

Interdicción vs. apoyos y salvaguardias en el ordenamiento jurídico peruano (*)

Interdiction vs. supports and safeguards in the Peruvian legal system

Reynaldo Mario Tantaleán Odar¹

Sumario: Introducción. **1.** La trivialidad en los procesos de apoyos y salvaguardias. **2.** El solicitante en el proceso de apoyos y salvaguardias. **3.** La búsqueda de la “mejor interpretación” de una voluntad que no existe. **4.** ¿Y el sujeto que necesita apoyos pero no los tiene? **5.** La interdicción actual y los apoyos actuales. **6.** Acerca de la participación del ministerio público. **7.** El tratamiento en caso de haber oposición. **8.** Sobre la publicidad de las medidas. **9.** ¿La discapacidad mental es un problema socio-político? **10.** La discapacidad mental vs. Los menores de edad. **11.** La plena capacidad civil y su repercusión penal. **12.** La extensión del esquema de apoyos: la asistencia. **13.** Un retorno parcial al esquema de interdicción: curador sin incapacitación. – A modo de conclusión. – Lista de referencias.

Resumen: En el presente trabajo se muestran las principales dificultades prácticas de la regulación actual simultánea de la interdicción y de los apoyos y salvaguardias en el sistema legal peruano. Para ello se trabaja con casos reales e hipotéticos y su problemática, y se culmina proponiendo algunas medidas para poder superar en algo estas inconvenientes.

Palabras clave: Interdicción, apoyos, salvaguardias, modelo social de discapacidad.

Abstract: In this work we show the main practical difficulties of the current simultaneous regulation of interdiction and of supports and safeguards in the peruvian legal system. For this we work with real and

(*) Recibido: 13/04/2020 | Aceptado: 04/05/2020 | Publicación en línea: 01/07/2020.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Doctor en Derecho. Juez Especializado de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Docente de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. yerioma@hotmail.com

hypothetical cases and their problems and we conclude by proposing some measures to overcome these drawbacks.

Key words: Interdiction, supports, safeguards, social model of disability.

Introducción

En nuestro Código Civil originalmente regía el esquema de interdicción y curatela para el tratamiento de la incapacitación de los sujetos que tenían alguna dificultad en el desarrollo de su personalidad.²

Con la dación del Decreto Legislativo 1384 se introdujo el modelo social de discapacidad y con él, la figura de los apoyos y salvaguardias, generando un tratamiento doble para la capacidad, pues por un lado se mantenía las instituciones de la interdicción y la curatela para algunos supuestos,³ mientras que para otros se fijó el trámite de apoyos y salvaguardias.⁴

La realidad ha ido enseñando que la mayoría de las personas que recurren a un juzgado por un caso de apoyos y salvaguardias, en puridad, lo hacen porque existe un sujeto con discapacidad que necesita cobrar una pensión sea de viudez o de orfandad u obtener otro beneficio económico, pero, pese a ser considerados sujetos plenamente capaces, la entidad encargada les exige contar con una sentencia judicial que así lo autorice.

Y como -al menos de un sondeo cercano- las notarías no están llevando a cabo los trámites de designación de apoyos, se hace necesario que estos sujetos recurran al despacho judicial para la obtención de dicha Resolución, aunque, lamentablemente, como esta debe ser elevada en consulta,⁵ para quedar ejecutoriada se requiere el pronunciamiento de la Sala Superior, lo que hace que el trámite se torne en excesivamente largo, pese a su urgencia.

Así las cosas, uno -desde fuera- se puede preguntar por qué si el sujeto con una discapacidad mental puede designar por sí mismo a sus apoyos y salvaguardias ante un notario, sigue recurriendo al Poder Judicial.

La respuesta es casi evidente, por lo regular los sujetos que “recurren” al Poder Judicial no son los que tienen una discapacidad mental leve, sino más bien los que adolecen de una discapacidad grave que prácticamente los imposibilita comunicarse o valerse por sí mismos. Y generalmente son los que ya tienen un proceso de interdicción culminado o en camino con la legislación derogada, o quienes tendrían que recurrir a dicho trámite si la modificación legal no se hubiese introducido.

² Cf. artículos 44º, 45º, 564º y 566º originales del Código Civil.

³ Cf. artículos 44.4, 44.5, 44.6, 44.7 y 44.8, 45-A y 581 del Código Civil.

⁴ Cf. artículos 42º, 45-B.1, 45-B.2 y 659-E del Código Civil.

⁵ Cf. artículo 408º inciso 2 del Código Procesal Civil.

Este conjunto de acontecimientos nos mueve a una serie de reflexiones que pasamos a desarrollar.

1. La trivialidad en los procesos de apoyos y salvaguardias

Al revisar las notas de teoría general del proceso y la explicación de cómo apareció el proceso judicial, la conclusión final es que todo trámite judicial finalmente se reservó para temas de relevancia para el derecho.

Es decir, no todo asunto social o interhumano es de importancia para el ordenamiento jurídico.

El proceso judicial fue concebido para que el aparato judicial se movilice cuando los sujetos en sociedad no fuesen capaces de solucionar alguna dificultad por sí mismos y que amerite la ineludible participación de un tercero con cualidades muy especiales.

Ciertamente, para nosotros, el proceso judicial está reservado para las incertidumbres o conflictos de intereses pero ambos con relevancia jurídica.⁶ Y se habla de relevancia jurídica cuando el legislador ha previsto la situación real en un supuesto de hecho normativo, a lo cual se arriba vía simple subsunción o a través de un ejercicio interpretativo (cf. Ledesma Narváez 2008a, 42).

Con ello, no es dable movilizar a toda la maquinaria judicial para la solución de un problema aparente o de un problema de mínima importancia.

Así las cosas, llama la atención cuando en la realidad los usuarios de justicia recurren al despacho para pedir apoyos a fin de brindar ayuda en las actividades cotidianas del auxiliado como son su vestimenta, su aseo personal, la toma de medicamentos, etc.

Como se puede observar, desde nuestro punto de vista, para este tipo de asuntos no se requiere de comunicación o autorización judicial, pues se trata de conductas regidas por la solidaridad humana, que no requieren de mandato judicial en sentido estricto. Y si alguien desea desplegar en favor de algún sujeto - usualmente un pariente- con discapacidad esta serie de acciones para su cuidado, ello es solamente una decisión personal que desde ningún punto de vista requiere de aquiescencia del magistrado. Es un absurdo pedir autorización al juez para brindarle cuidados a mis padres, cónyuge, hermanos o algún pariente con discapacidad. Ello es más bien un imperativo moral. Y si alguien no lo desea hacer, el juez no está en la capacidad de ordenar dicho apoyo, y por eso es que en nuestra legislación se exige que el apoyo acepte su designación.⁷

⁶ En el artículo III del Código Procesal Civil se lee que el juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, *ambas con relevancia jurídica*, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

⁷ Cf. artículos 13^o inciso e), 24.1 literal f), 30.1 literal g) y 42^o literal f). del Decreto Supremo 016-2019-MIMP que aprueba el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

En cambio, si el sujeto con discapacidad cuenta con bienes de importancia que no sabe cómo administrar, o sí sabe, pero se le dificulta ello; o si requiere hacer trámites administrativos o judiciales pero tiene aprietos varios para efectuarlos por sí solo, o situaciones similares, para estos casos está prevista la designación de apoyos y salvaguardias.

2. El solicitante en el proceso de apoyos y salvaguardias

Ya se conoce que la designación de apoyos se puede llevar a cabo ante un notario público.⁸ Y se sabe también que un trámite ante una notaría, si bien puede ser un poco más costoso -dinerariamente hablando- es mucho más rápido. Y si comparamos las ventajas y desventajas de hacer una designación de apoyos ante el Poder Judicial o ante una Notaría Pública, no cabe duda de que la tramitación ante esta es la más idónea, pues, a la larga, el trámite judicial resulta “costando” más, pues se pierde tiempo, hay que pagar tasas, hay que pagar un abogado, etc.

Pero si ello es así, ¿por qué se sigue recurriendo al Poder Judicial para la designación de apoyos y salvaguardias?

Como adelantamos, la práctica nos ha ido mostrando que quienes usualmente recurren al Poder Judicial son aquellos sujetos cuya discapacidad es tan grave que ni siquiera pueden expresar su voluntad. Es decir, de aquellos a quienes el código original consideraba incapaces absolutos y requerían de la figura de la interdicción. Pero ahora, estos sujetos son, por mandato aún incomprensible de la ley, capaces plenos en ejercicio.⁹

Y decimos incomprensible, porque al verificar su real estado y/o contrastarlo con las documentales médicas del expediente, no queda lugar a dudas de que ni siquiera pueden ubicarse en tiempo y espacio.

En efecto, en casi todas las audiencias al hacer preguntas al auxiliado, resulta que no puede contestar porque no entiende lo que se le pregunta, y a lo sumo identifica a sus acompañantes.

Entonces, el juzgador se pone en serias dudas, porque tiene que decidir la designación de “apoyos”, no de alguien que “sustituya” la voluntad del solicitante. Pero, como vemos, es evidente que no es posible detectar que el sujeto desea un apoyo, porque no se conoce su voluntad. Y solo le queda al juzgador “intuir” que quienes lo han traído a la audiencia son quienes realmente lo apoyarán, porque esa es la “supuesta voluntad”.

En resumen, suele ser el mismo auxiliado quien solicita la designación de apoyos, pese a haber evidencia de su falta de voluntad. Y si bien es cierto que se debe presumir que la voluntad de la persona con discapacidad es razonable, debiendo prevalecer sus deseos (Arstein-Kerslake 2010, 16), sin embargo, ello cuesta creer cuando en la audiencia se detecta que el sujeto ni siquiera puede comunicarse y donde la documental médica nos da cuenta de que su edad mental es de apenas unos 2 o 3 años de edad.

⁸ Cf. artículo 841º del Código Procesal Civil y artículos 45-B.1 y 659-D del Código Civil.

⁹ Cf. artículo 42º del Código Civil.

Este último asunto nos traslada a otro conexo, que consiste en que la ley exige que la solicitud la debe presentar el propio sujeto que designa los apoyos, y sólo excepcionalmente puede ser presentada por un tercero.¹⁰

Ciertamente, la solicitud puede ser presentada por un tercero pero sólo cuando no sea posible que lo haga el apoyado. Y se entiende que esta situación está prevista para cuando el auxiliado no puede presentar la solicitud por diversos motivos pero que no tengan que ver con su manifestación de voluntad o discernimiento, porque -insistimos- la ley presume, *iuris et de iure*, que es un sujeto plenamente capaz. Es decir, si el auxiliado presenta la solicitud, él debe ser plenamente consciente de lo que está haciendo.

Así, los ejemplos excepcionales serían que el sujeto no puede firmar la solicitud por defectos físicos, por estar hospitalizado, por una enfermedad que lo inmoviliza, por su avanzada edad, etc., pero jamás porque no entiende lo que está firmando.

No obstante, en la realidad, algunas veces la solicitud suele ser firmada por el propio auxiliado, quien, lamentablemente, ni siquiera sabe lo que está firmando, lo cual se comprueba al momento de la audiencia y al revisar la documental médica.

Esta podría ser una explicación de por qué no se recurre ante una notaría, porque un notario jamás va a avalar que un sujeto que ni siquiera sabe lo que hace, esté firmando una designación pública de apoyos.

Pero, ¿y acaso un juez sí podría avalar una situación similar?

Definitivamente que no, pero se sabe que en un proceso judicial, toda documentación presentada se la presume cierta porque es un acto unilateral que se da a conocer ante el mismísimo Poder Judicial.

Y el problema se complica porque en la audiencia se evidencia con claridad que la persona solicitante en realidad no sabe lo que está pidiendo, pero del contexto se desprende que quienes lo acompañan lo que desean es “apoyarla” en cobrar una pensión, o retirar una cantidad dineraria, que se torna en urgente para su atención personal.

Entonces, ¿acaso un juez debe rechazar toda la tramitación porque se verifica que la persona solicitante en puridad no ha presentado la solicitud? ¿No es evidente, acaso, que realmente dicho sujeto necesita de la atención afirmativa de la solicitud presentada, pese a que se ha comprobado que no la ha suscrito realmente, porque así urge?

Y el tema se enreda un poco más porque todas estas causas se elevan al superior, pues legalmente está ordenada la consulta, en caso de no ser apelada.¹¹ Y, como bien se conoce, la Sala de alzada, por lo general, únicamente verifica que la documentación coincida con lo resuelto, puesto que, en estricto, no hace una audiencia con el sujeto solicitante. Y como la solicitud figura presentada por el

¹⁰ Cf. artículos 842º y 843º del Código Procesal civil, artículos 844 659-D, 659-E y 659-F del Código Civil y artículo 14º del Decreto Supremo 016-2019-MIMP que aprueba el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

¹¹ Cf. artículo 408º inciso 2 del Código Procesal Civil.

auxiliado, no cabe duda de que su pedido tiene que ser atendido positivamente. De hecho, se ha dicho que en la mayoría de los casos el consentimiento es de la persona y la documentación se revisa en un tribunal, por lo que no es necesario que ninguna parte implicada comparezca en persona (Arstein-Kerslake 2010, 8).

Entonces, si el *a quo* resolviera negando la solicitud a base de que el sujeto no pudo firmarla por su real estado comprobado en audiencia, se corre el riesgo que, ante la apelación, el colegiado superior la revoque porque obra en autos la solicitud rubricada por el propio apoyado, quien legalmente es capaz.

Ante ello alguien podrá decir que toda la problemática anotada se ahorra con la presentación de la solicitud por parte de un tercero, también permitida por ley.¹² Sin embargo, ello no es del todo comprensible desde el esquema que insiste en que estos sujetos son plenamente capaces en ejercicio, cuando en la realidad no lo son (nos referimos a aquellos cuya discapacidad mental es muy severa); además de que actuar bajo este contexto exigiría que el juzgador averigüe la supuesta voluntad del futuro auxiliado,¹³ cosa por demás intrincada, cuando se trata de alguien que jamás ha tenido propiamente un discernimiento.

Resumiendo, la labor del juez es sumamente delicada porque la solicitud suele ir firmada por el futuro apoyado, pero el solicitante real es un tercero, ya que el socorrido no puede expresar su voluntad debido a una deficiencia mental grave que lo aqueja, y no queda más remedio que atender el pedido con la complicada normatividad propuesta por el legislador.

3. La búsqueda de la “mejor interpretación” de una voluntad que no existe

Conectado a lo acabado de decir, desde un inicio ha surgido la duda de cómo se debe actuar cuando los apoyos se los va a designar para un sujeto que no puede de ninguna manera expresar su voluntad, pese a haber desplegado los esfuerzos necesarios para ello.

Para ello se han postulado dos caminos: buscar la “mejor interpretación” de la voluntad del sujeto con discapacidad, teniendo en cuenta determinados criterios como sus creencias, voluntad pretérita, personalidad, gustos previos, etc.; o, bien, determinar el “interés superior de la persona con discapacidad” (Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 19).

La primera postura, o sea la de buscar la mejor interpretación de la voluntad a base de la voluntad pretérita es defendida por el Comité de derechos de las personas con discapacidad, y es la que ha sido acogida por nuestro legislador.¹⁴ En cambio, la

¹² Cf. artículo 38.2 y 43º del Decreto Supremo 016-2019-MIMP que aprueba el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1384.

¹³ Cf. artículo 659-B del Código Civil.

¹⁴ En el artículo 659-B del Código Civil se dispone que 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

segunda postura, la de establecer el interés superior del sujeto con discapacidad, es la defendida por el Consejo de Europa y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sobre ello, en hermenéutica se afirma que es posible interpretar diversas manifestaciones culturales, es decir, desplegadas por la conducta humana, y entre ellas está el propio comportamiento humano.

Sin embargo, se habla aquí de una “mejor interpretación”, pero no se sabe bien de qué. Y no se puede referir a la voluntad, porque justamente estamos en el supuesto en que no existe propiamente una voluntad.

Ello quiere decir que el punto de partida es erróneo, pues el análisis de la conducta previa sí puede dirigirse a averiguar la “voluntad previa” del sujeto pero jamás a interpretar que esa sería la voluntad actual, porque en hermenéutica no existe la interpretación de algo que existirá o que debiera existir, sino de algo que existe realmente. Es un absurdo pretender interpretar algo que no existe. Y cuando se habla del interés superior de la persona con discapacidad, evidentemente no se habla de interpretación, pues aquí ya no se puede hablar de voluntad del sujeto ni pretérita, ni actual.

En síntesis, no nos parece correcto hablar de una “mejor interpretación” cuando no se tiene definido el objeto interpretativo.

Pareciera más bien que lo que se tiene que definir es cuál es el mejor mecanismo de apoyo que le corresponde al sujeto que no puede expresar su voluntad y para ello hay dos itinerarios: evaluar su voluntad previa, o evaluar el contexto actual que rodea a la persona con discapacidad. Pero ello poco o nada tiene que ver con interpretar una voluntad actual, porque simplemente no la hay.

Asumiendo, entonces, que el verdadero problema es este, corresponde definir cuál de los dos caminos es el idóneo para fijar el tipo de apoyo adecuado para el sujeto en estas condiciones.

Se dice que se trata de criterios contrarios porque uno es subjetivo y el otro objetivo, es decir, el subjetivo es la evaluación del recorrido histórico del sujeto apoyado, mientras que el objetivo sería velar por el interés superior de la persona con discapacidad (cf. Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 20).

En realidad, nos parece que ello no es así, salvo por un tema de simple denominación (o sea propedéutico), porque la evaluación histórica de las creencias, voluntad pretérita, personalidad, gustos previos, etc. también requiere de una evaluación objetiva, porque es indispensable que el sujeto solicitante (que será distinto a la persona con discapacidad) acredite cuál ha sido la voluntad previa del sujeto a apoyar, al menos indiciariamente. Y ello requiere de un análisis eminentemente objetivo.

Y por la misma razón, indudablemente, la evaluación del interés superior de la persona con discapacidad no se puede llevar a cabo de modo subjetivo, sino que se requiere de bases reales y concretas, las que también tienen que ser probadas en el

asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

proceso. Además, llama la atención de que se hable del interés superior de la persona con discapacidad sin tener en cuenta su opinión.

En efecto, cuando evaluamos, por ejemplo, el interés superior del menor en un caso concreto, una fase ineludible en dicho análisis es la recepción y estudio de la voluntad del menor inmerso en el conflicto y sobre quién va a recaer la decisión.¹⁵

En el caso de la persona con discapacidad no queda en claro en qué consistiría la evaluación de su interés superior sin conocer su voluntad, porque el caso parte de que el sujeto con discapacidad no puede evidenciar su voluntad.

Aquí, entonces, no queda más remedio que evaluar el contexto actual y el contexto previo para tomar una decisión.

Demás está decir que esta “doble” evaluación (del contexto actual y el previo) es sencillo desde una perspectiva meramente académica, pero se torna en sumamente compleja al interior de la actividad judicial, porque el solicitante será un tercero distinto a la persona con discapacidad (porque esta no puede manifestar su voluntad), y, además, porque una evaluación de tal naturaleza implica un despliegue de energías por parte del juzgador que, a veces, por la cantidad de causas por atender, no sería posible en el modo deseado.

Pero el tema es mucho más complicado cuando el sujeto con discapacidad ha sufrido con ella desde siempre o casi siempre. Ciertamente, es posible chocarse con casos donde el futuro apoyado sufre con la discapacidad mental desde que nació o desde los primeros años de vida, de modo tal que siempre sus progenitores o representantes tomaron las decisiones por él.

Aquí será muy complicado hablar de una voluntad pretérita e, indirectamente, del contexto actual del cual se pueda desprender el interés superior del sujeto, ergo, la decisión a tomar, ineludiblemente, será más que todo intuitiva, conforme a lo que se pueda percibir, sobre todo en la audiencia respectiva, o con la ayuda de un equipo multidisciplinario.

4. ¿Y el sujeto que necesita apoyos pero no los tiene?

Un tema bastante delicado es el referido al caso del sujeto que necesita de apoyos, pero no cuenta con alguien cercano para que desempeñe tal labor.

Ciertamente, cuando se emitió el Decreto Legislativo 1384, existían muchos casos de sujetos con demencia o enfermedades mentales, internados en centro de salud mental u otros similares. Dado el referido decreto que los consideraba sujetos plenamente capaces, la duda surgió sobre qué se debía hacer con ellos.

Algunos centros médicos consultaron la posibilidad de retirarlos de sus establecimientos, pero decían que para ello necesitaban contar con una autorización judicial.

¹⁵ Cf. artículo XII de Convención de los Derechos del Niño, artículos IX y 85º del Código de los niños y adolescentes, artículo 4º inciso 1 de la Ley 30466 – Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, y artículo 9.1 del Reglamento de la Ley 30466, aprobado por Decreto Supremo 002-2018-MIMP.

Evidentemente un juzgador no podía “autorizar” que retiren a un sujeto con discapacidad mental severa de un establecimiento médico. En todo caso, si el establecimiento médico entendía que al tratarse de seres plenamente capaces correspondía “dejarlos ir” de sus instalaciones, simplemente debían hacer lo propio. Pero es obvio que ningún médico iba a autorizar dicha salida por el riesgo que ello implicaba en su función, aun cuando el propio decreto establece indudablemente que se trata de sujetos “plenamente capaces”.

Desde otra orilla, pero bajo el mismo rumbo, la policía puso en conocimiento que había “capturado” a un loco generando daños a las personas y a sus bienes, y lo ponían a disposición del Poder Judicial. La pregunta inmediata era, ¿para qué ponían a dicho sujeto a disposición del juzgado? Se esperaba que el juzgado ordene su internamiento en un centro mental o similar, porque al ser inimputable penalmente no era posible iniciarle una investigación de esta naturaleza. Sin embargo, era evidente que el juez no podía ordenar tal cosa.

La población reclamaba el actuar del Ministerio Público y del Poder Judicial, porque, efectivamente, corrían peligro su integridad física y el bienestar de sus patrimonios (a la que se puede sumar la prensa, las redes sociales, etc.).

Pero, cómo hacer entender a la población que se trataba de un ser “plenamente capaz” que “se puede valer por sí mismo”, y que, a lo sumo, requería solamente de alguien que lo auxiliase para desenvolverse.

En realidad, el actuar de la Policía tampoco era inadecuado del todo, pues tranquilamente podía concebir que el sujeto orate, al ser ahora “plenamente capaz”, debía responder por los daños que había ocasionado, y por eso estaba detenido.

Evidentemente, ello nos traslada a la dicotomía entre la responsabilidad penal y civil que comentaremos líneas abajo.

Ahora bien, ¿cómo solucionar un caso como este? Lamentablemente el legislador, una vez más, no se puso a pensar en ello, dejando todo el problema en la orilla del juzgador y el Ministerio Público.

Aquí era difícil recurrir al control difuso, sea constitucional, sea convencional, a fin de inaplicar la norma, porque formalmente no contradice al bloque constitucional; aunque la realidad nos mostraba que todo ello era absolutamente alejado del contexto.

Y como el Poder ejecutivo le “endosó” el problema al Ministerio Público y al Poder Judicial, correspondía a ellos solucionar esta dificultad.

¿Cómo se fue solucionando? El Ministerio Público tomó la iniciativa de solicitar expresamente al juez que ordene el internamiento del sujeto con discapacidad mental grave, a base de que se tenía que ponderar, por un lado, el dejarlo en libertad, y por el otro, el riesgo que corría la sociedad. Y amoldando al tratamiento legislativo vigente,¹⁶ se pidió que “el apoyo” de dicho sujeto sea el director del centro de salud

¹⁶ Se recurrió al Reglamento del Decreto Legislativo 1428 donde se indica que las personas desaparecidas en estado de vulnerabilidad -donde se incluyen a las que adolecen de alguna discapacidad- que son encontradas deben ser atendidas por el Ministerio de la Mujer, brindándoles un albergue temporal hasta que aparezcan sus familiares.

donde se lo iba a internar (aunque en puridad, se trataba más bien de un real curador).

Ante este escenario real y concreto, y no meramente “formal”, al juzgador no le quedaba más remedio que aceptar el pedido del Ministerio Público.

Para terminar ese caso, la última dificultad con la que nos enfrentamos es que quien funge de apoyo tiene que aceptar el encargo,¹⁷ y en un caso como este, queda en claro que el Director del establecimiento muy pocas veces va a aceptar *motu proprio* ser “apoyo” de un paciente. No queda más remedio que ordenárselo.

5. La interdicción actual y los apoyos actuales

Hay que recordar que el modelo de interdicción, es decir, aquel en virtud del cual se entiende que un sujeto con incapacidad absoluta o relativa, requiere ser declarado interdicto y designarle un curador para que supla su voluntad, está vigente aún en el Perú.

Ciertamente, luego del exabrupto “ingreso” del Decreto Legislativo 1384, en el Perú se incorporó el esquema de los apoyos y salvaguardias para quienes adolecieran de cualquier discapacidad, sea esta física, mental, intelectual o sensorial,¹⁸ sin importar el nivel o gravedad de estas, desterrando el esquema de interdicción y curatela porque era necesario apoyar la voluntad del sujeto con discapacidad y no suplirla.

Pero el legislador se olvidó que los supuestos de interdicción no solamente se conectaban con temas relacionados con discapacidades, sino que también había casos de otra índole, como, por ejemplo, asociados a temas económicos o de dependencia a sustancias.

Efectivamente, entre los casos de interdicción se contemplaba también a los incapaces relativos, resultado de la prodigalidad y la mala gestión, como asuntos económicos;¹⁹ así como al toxicómano y al ebrio habitual, como supuestos de dependencia a sustancias;²⁰ todo ello dejando de lado el supuesto del penado con interdicción civil anexa, caso en el cual al estar ya declarado como interdicto, solamente le corresponde la designación de un curador.²¹

Con todo lo dicho, a la razón le cuesta creer que un pródigo o dilapidador sufra de una “discapacidad” tal que requiera ser declarado interdicto y designársele un curador, pero a un sujeto con esquizofrenia paranoide grave e irreversible se le considere con plena capacidad y, a lo sumo, necesite solo de apoyos.

¹⁷ Cf. artículos 13º inciso e), 24.1 literal f), 30.1 literal g) y 42º literal f) del Decreto Supremo 016-2019-MIMP que aprueba el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

¹⁸ Cf. Observación general N° 1 (2014) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, del 19 de mayo de 2014, punto 9.

¹⁹ Cf. artículo 44º incisos 4 y 5 del Código Civil.

²⁰ Cf. artículo 44º incisos 6 y 7 del Código Civil.

²¹ Cf. artículo 44º inciso 8 del Código Civil.

Igualmente es enigmático que a un sujeto que ha desplegado una mala gestión se le tenga que declarar interdicto y nombrársele un curador, pero a un demente con una edad mental de 1 año se le repute como plenamente capaz y solo requiera de apoyos, “si él lo estima necesario”.

Piénsese, de similar modo, en el toxicómano o en el ebrio habitual que se da cuenta de lo que hace, pues tiene gran cantidad de espacios lúcidos en su actuar, pero que sufre de esta dependencia. ¿Por qué a él si hay que declararlo interdicto y asignarle un curador, y no hacer lo propio *-a fortiori-* con un sujeto cuya deficiencia mental es tan severa que no tiene el raciocinio necesario para la comprensión de sus actos?

Y si trasladamos este razonamiento a los presos -pensemos en un estafador a gran escala con un coeficiente intelectual súper alto- el asunto se puede tornar en más abstruso, pues al recluso realmente sólo se le debería privar del derecho a la libertad y no de otros derechos.

Por lo dicho hasta aquí, queda en claro que si el toxicómano o el ebrio habitual, resultado de su enfermedad, ve muy mermado su nivel mental, al punto de no comprender sus actos, es preferible -por un tema *pragmático*- tratar el tema solo como interdicción y ulterior curatela, y no como de apoyos y salvaguardias, dado que también encaja en el supuesto de discapacidad mental.

En conclusión, existen situaciones irreconciliables e incomprensibles entre los tratamientos actuales de apoyos y salvaguardias para un sujeto con discapacidad mental grave, y el de interdicción para un mal gestor, un pródigo, un ebrio o un toxicómano.

6. Acerca de la participación del ministerio público

Otra vacilación que se ha ido generando y, a su vez, propiciando aprietos prácticos, es acerca de si el representante del Ministerio Público debe o no participar en este tipo de procesos.

Al tratarse de un proceso no contencioso, tal y como lo precisa la nueva regulación,²² es evidente que no hay partes en el proceso.

Desde luego, esta clase de procesos no tiene partes en sentido estricto, pues ella es una noción que implica enfrentamiento entre dos sujetos, por lo tanto, solo es aplicable a los procesos contenciosos. Y por ello corresponde reemplazar el concepto de parte por el de peticionario, peticionante o pretensor, quien no es sino el sujeto que en nombre propio o en cuyo nombre se reclama la emisión de un pronunciamiento judicial que constituya, integre o acuerde eficacia a determinada situación o relación jurídica privada. Recuérdese que no hay parte ni contraparte porque el peticionario no pide nada contra nadie (Ledesma Narváez 2008b, 655). Ergo, el Ministerio Público definitivamente no es parte.

²² Cf. artículo 749º inciso 13 del Código Procesal Civil y artículo 36º del Decreto Supremo 016-2019-MIMP que aprueba el Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Pero, si bien no es parte, la interrogante es si debe o no intervenir de alguna otra manera. Así, algunos juzgados inician el trámite con citación o comunicación al Ministerio Público, en el entendido de que ya no es parte.

Sin embargo, el Ministerio Público, con igual dicotomía, en algunos casos se ha negado a intervenir y en otros ha ido aceptando su participación. Para lo primero arguye que no tiene por qué participar, pues se trata de un proceso no contencioso donde “no están de por medio derechos de sujetos incapaces”, lo cual, formalmente es correcto, además de que el incorporado subcapítulo 12 en el Código Procesal Civil²³ regula el trámite del establecimiento de apoyos y salvaguardias sin mencionar la participación del Ministerio Público.²⁴ Mientras que para lo segundo afirma que, si bien se trata de sujetos formalmente capaces, en la realidad pueden ser víctimas de abuso, por lo que su participación se justifica.²⁵

Este escollo procesal, insistimos, tiene repercusiones serias. Piénsese en un caso sumamente urgente, donde el juzgador no ha notificado al Ministerio Público, porque las veces anteriores en que lo hizo, el Fiscal respondió diciendo que no tenía por qué intervenir. Continúa la causa y finalmente sentencia. Pero como el expediente tiene que ir en consulta de modo obligatorio, la Sala al resolver, olvidándose que se trata de un caso sumamente urgente, anula toda la tramitación, so pretexto de que el Ministerio Público debió participar “como parte” o de “cualquier otra manera”. Y ordena un nuevo trámite desde la admisión de la solicitud.

Un abogado que conoce de litigio sabe perfectamente que la elevación y su solución por parte de la Sala Superior puede tomar varios meses. Y no entiende bien, por qué la Sala ordena la participación del Ministerio Público, cuando en otras ocasiones este ya comunicó que “no va a participar en este tipo de procesos”.

El resultado se lo puede vaticinar. El juez de primera instancia ordena la notificación al Ministerio Público, indicándole que los vocales ordenan su participación. El Ministerio Público contestará diciendo que no tiene por qué intervenir, máxime cuando los vocales no le pueden ordenar su participación porque pertenecen a otra institución. Con ello, el juzgador retomará la causa, llevando a cabo la audiencia y sentenciando nuevamente. Y ante la nueva elevación a la Sala, lo más optimista y saludable que puede suceder es que los vocales confirmen el fallo. Pero también se corre el riesgo de tocarse con vocales que nuevamente anulen lo resuelto exigiéndole al juzgador que “ordene” al fiscal que intervenga en el caso, y así caeríamos en un dilema sin sentido, y siempre en perjuicio de los litigantes. Es más, en el caso en que la vocalía confirme la sentencia, igualmente ya se generó un perjuicio a los solicitantes por la demora improductiva.

²³ Cf. artículos 841º a 847º del Código Procesal Civil.

²⁴ Ver en similar sentido el artículo 96-A de la Ley Orgánica del Ministerio Público que regula las atribuciones del Fiscal Provincial de Familia.

²⁵ En el artículo 759º del Código Procesal Civil se dispone que cuando se haga referencia al Ministerio Público en los procesos regulados en el título sobre procesos no contenciosos, este deberá ser notificado con las resoluciones que se expidan en cada proceso, para los efectos del artículo 250º inciso 2 de la Constitución, pero no emite dictamen.

Desde nuestra perspectiva, como el Ministerio Público es una institución independiente, si el fiscal es de la opinión que debe participar, pues que intervenga; y si es de la opinión que no debe intervenir, pues que no intervenga. Es decir, en tanto el legislador no fije de manera clara la participación del Ministerio Público, no se debe recurrir a interpretaciones que perjudiquen a los solicitantes, o, mejor dicho, toda interpretación de la ley debe encaminarse a proteger al auxiliado.

Por consiguiente, si el juzgador al ir viendo el caso entiende que es prudente comunicar al Ministerio Público para que intervenga en la causa, que lo haga; pero si este no desea intervenir, ello no es responsabilidad del juez y, por tanto, no hay supuesto de nulidad para invalidar la tramitación, pues no se olvide que el carácter de un dictamen es meramente ilustrativo, por lo que su omisión no puede generar vicio nulificante alguno.²⁶

7. El tratamiento en caso de haber oposición

De otro lado hay que tener en cuenta que estamos ante un proceso no contencioso, y en este tipo de procesos se entiende que no hay contienda porque el asunto no lo amerita. Sin embargo, es posible que la incertidumbre jurídica que se pretende resolver se transforme en una contienda porque algún sujeto entienda que la decisión de la incertidumbre lo puede afectar.

Es por ello que en este tipo de procesos se prevé la posibilidad de una contradicción por parte del sujeto emplazado.²⁷ Como acabamos de decir, la presentación de esta contradicción genera como efecto el *transformar* al proceso originalmente no contencioso en una suerte de trámite contencioso. Pero, lamentablemente, al legislador nuevamente se le olvidó este pequeño detalle porque asumió, sin más, que el auxiliado es un sujeto plenamente capaz, y, por tanto, no había posibilidad de controversia porque la designación de los apoyos, a fin de cuentas, era decisión del sujeto “plenamente capaz”.

No obstante, la realidad otra vez contradijo al mandato legal, pues es viable una contradicción cuando la solicitud la presenta un tercero que pretende aprovecharse de la situación del sujeto con discapacidad grave, y sale al frente otro sujeto que da cuenta de ello y contradice la solicitud.

Pero también hemos visto algún caso donde el solicitante tenía una discapacidad mental leve y él pedía expresamente que su apoyo fuese una tía y no su propia madre, porque esta se había desentendido de él. Sin embargo, en audiencia la madre contestó diciendo que todo ello era mentira, que, en realidad, la tía quería aprovecharse de la situación de su hijo -quien tenía algunos inmuebles dejados por su padre en herencia- y lo había manipulado, pues los bienes en arrendamiento generaban algunos ingresos económicos considerables.

En este caso, formalmente la petición del sujeto es plenamente atendible dado que su discapacidad mental le permitía expresar su intención; empero, siempre queda la duda remota de si la madre tenía o no algo de razón. Y ello solamente se podrá detectar más adelante con algún informe o comunicación al respecto, en caso

²⁶ Cf. artículo 89-A literal b) de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

²⁷ Cf. artículo 753º del Código Procesal Civil.

de haberlos; pero en ese supuesto, posiblemente sea demasiado tarde para remediar lo resuelto.

Pues bien, sobre esta posible situación, el artículo 754º del Código Procesal Civil postula una solución que consiste en que, una vez admitida la solicitud en un proceso no contencioso, el juez debe fijar fecha para la audiencia de actuación y declaración judicial. Y, de haber contradicción, corresponde al Juez ordenar la actuación de los medios probatorios que la sustentan. Luego, si se solicita, debe conceder al oponente o a su apoderado cinco minutos para que la sustenten oralmente, procediendo a continuación a resolverla, pudiendo, excepcionalmente, reservarse su decisión por un plazo que no excederá de tres días contados desde la conclusión de la audiencia.

Como se aprecia, nuestro Código Procesal Civil reguló anticipadamente este problema para los casos oriundos sin contienda, y lo que queda es su aplicación para los supuestos de apoyos y salvaguardias, todo ello sin perder de vista que el juez es el director del proceso, y si estimase que la defensa de la contradicción merece un tratamiento con algo más de detenimiento, así lo debe ordenar.

Sintetizando, en caso de haber oposición, hay que laborar con el mandato previsto en el artículo 754º del Código Procesal Civil, pero si dicha tramitación resultase insuficiente, estimamos que el juzgador puede adecuar la tramitación a una similar a la sumarísima, teniendo a la contradicción como una suerte de contestación de la solicitud, la cual se la entendería como demanda.

8. Sobre la publicidad de las medidas

En cuanto a la publicidad de las medidas dictadas, el tema es bastante controversial porque en el artículo 22º de la Convención de los Derechos de la Persona con Discapacidad se dispone que los Estados deben proteger la privacidad de la información personal y relativa a la salud y rehabilitación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás.

Se entiende el postulado de la Convención, por cuanto se trata de un tema conectado al derecho a la intimidad de dichos sujetos.

No obstante, no hay que perder de vista que un registro público tiene una finalidad clara, la cual es brindar seguridad a toda la población sobre los datos de las personas con las cuales se tiene cierto acercamiento. O sea, todo registro público busca garantizar que sus datos sean reales, y por ello existe la presunción *iuris et de iure* de que todos conocemos la información registrada, así ello no sea verdad.²⁸

Dicho de modo ejemplificador; con la regulación actual, por ejemplo, si un sujeto con discapacidad mental celebra un acto o negocio jurídico sin la participación de su apoyo, pese a estar así designado, dicho acto adolece de un defecto que puede desencadenar su invalidez.

Pensemos, entonces, en que un sujeto con estas características dispone de un bien suyo sin la participación de su apoyo respectivo. Luego el apoyo tiene toda la legitimidad para pedir que se anule tal contrato, afectando al tercero con quien se ha contratado.

²⁸ Cf. artículo 2012º del Código Civil.

Justamente para estos casos es que existe el registro, de modo tal que el tercero tiene la facultad de revisar los registros públicos y enterarse de que su co-contratante para actuar requiere de la ayuda de un apoyo. Y si el tercero aun así contrata o si fue negligente al no revisar el registro, por la presunción de conocimiento público, no puede luego defenderse arguyendo que desconocía del estado de su co-contratante.

Con lo dicho, si tomamos al pie de la letra el mandato de la Convención, se dejaría desarmado a cualquier tercero que pretendiese celebrar un acto jurídico con el sujeto con discapacidad, pues como el punto de partida es que se trata de sujetos plenamente capaces en ejercicio, no se podría presumir *prima facie* que necesitan de algún apoyo.²⁹

Para el caso peruano en el artículo 847^o del Código Procesal Civil se dispone que la resolución final de un proceso de apoyos y salvaguardias debe indicar quién o quiénes serían las personas o instituciones de apoyo, a qué actos jurídicos se restringen, por cuánto tiempo van a regir y cuáles son las medidas de salvaguardia, de ser necesarias, y añade que tal resolución se *inscribe en el Registro Personal* conforme al artículo 2030^o del Código Civil.

Como se puede apreciar, el legislador peruano se desentendió totalmente de la disposición efectuada en la Convención.

Sobre este tema puntual se ha postulado un registro especial que recoja las situaciones descritas pero sujeto a publicidad formal limitada (Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 27), idea con la cual concordamos perfectamente.

Efectivamente, el fallo correspondiente se podría inscribir en los Registros Públicos, pero no serían de acceso ilimitado, de tal modo que al interior de la SUNARP se tendría que disponer que quien pretendiese acceder a las anotaciones de esa índole debería previamente acreditar su legitimidad para ello.

Así, en el caso propuesto, el tercero estaría en el deber de acreditar el estado de negociación con el sujeto con discapacidad y poder acceder al registro para verificar su real situación, y ya luego contratar con toda la seguridad que el caso amerita.

9. ¿La discapacidad mental es un problema socio-político?

Desde nuestro punto de vista, muchas de las dificultades generadas por la modificación civil se deben a un error de presupuesto en la concepción del modelo de la discapacidad³⁰ en que se basa el Decreto Legislativo 1384, tal y como se reconoce expresamente en su Primera Disposición Complementaria Transitoria, en su parte final.

²⁹ Por ello se habla del principio de presunción de capacidad (Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 23).

³⁰ Es de hacer notar que en doctrina se habla de que a partir del siglo XXI rige más bien el modelo de Derechos Humanos: XXI, que consiste en que la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra los derechos de estas personas como derechos fundamentales. Por consiguiente, todas las personas, gozan de igual dignidad, todas las personas tienen derecho a participar plenamente en actividades y acceder en iguales condiciones a las oportunidades que el resto (Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 3).

Ciertamente, el citado decreto de basa en el llamado modelo social de discapacidad plasmado en la Observación general N° 1 (2014) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, del 19 de mayo de 2014. Y en este documento, en el punto 14, se afirma lo siguiente:

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.

Como ya lo venimos diciendo, definitivamente esta afirmación no nos parece acertada. Decir que la capacidad mental, medida siempre desde el punto de vista médico, es más bien un fenómeno que depende de los contextos sociales y políticos no es correcto. Es decir, el hecho de que una sociedad discrimine a un sujeto con discapacidad es una cosa, pero otra muy distinta es que se afirme que la capacidad mental depende del contexto socio-político.

De ser esto totalmente cierto, entonces, cómo es que se va a determinar quién necesita apoyos y ajustes razonables y quién no. Si el punto de partida es que todos son capaces, cuál debe ser la base para un juez, en el caso en que el pedido lo haga, sobre todo, un tercero distinto al sujeto con discapacidad.

Dicho de otro modo, si bien es cierto es necesario corregir una serie de actos discriminatorios hacia las personas con discapacidad, para ello, sin embargo, no es ni adecuado ni prudente afirmar que su discapacidad está en la sociedad y no en el sujeto. En todo caso, el sujeto tiene una discapacidad y parte de la sociedad necesita entender tal situación y facilitarle un desarrollo con los ajustes razonables que fuera menester, pero esto es otra cosa.

Es cierto que el objetivo del modelo es loable por su justicia, pues persigue un cambio de trato para con las personas con discapacidad de cualquier índole, procurando que cada uno de estos sujetos decida autónomamente sobre sí, y, a lo sumo, con la ayuda de alguien de su confianza (*vid.* Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 7).

Pero, la discapacidad mental definitivamente es un tema médico; solamente un diagnóstico médico podrá decir quién tiene una discapacidad mental y quién no. La discapacidad mental no es un tema social o político.

Y por ello mismo es que la solución postulada trae muchas dificultades en su aplicación – como estamos viendo- porque parte de sus concepciones son absolutamente irreales.

10. La discapacidad mental vs. Los menores de edad

Vamos a insistir en otro punto que enfrenta dos modelos teóricos plasmados normativamente.

Por un lado, tenemos al modelo social de discapacidad que pone énfasis en la rehabilitación de una sociedad, que ha de ser concebida y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas, gestionando las diferencias e integrando la diversidad (Pérez Bueno *apud* Victoria Maldonado 2013, 824). Es decir, para este modelo la discapacidad, en realidad, radica en la propia sociedad y nunca en la persona, de manera que aquello que pueden aportar a la sociedad las personas con

discapacidad se halla estrechamente vinculado con la inclusión y la aceptación de la diferencia de modo tal que, junto a una variante denominada modelo de la *diversidad*, el *discapacitado* es una persona diversa a otra y su presencia en la sociedad, en igualdad de derechos, implica un elemento de enriquecimiento (De las Heras García 2010, 6). Por ello se dice que la discapacidad es una construcción social, ergo, no es la deficiencia que impide a las personas con discapacidad acceder o no a un determinado ámbito social, sino los obstáculos y barreras que crea la misma sociedad, que limitan e impiden que las personas con discapacidad se incluyan, decidan o diseñen con autonomía su propio plan de vida en igualdad de oportunidades (Victoria Maldonado 2013, 817).

De otro lado tenemos al modelo de capacidad o autonomía progresiva por el cual se entiende que los menores de edad propiamente no son incapaces, sino que son sujetos cuya capacidad está en construcción o consolidación. Este modelo, traducido en garantía, ha sido elevado a la categoría de principio al interior del derecho de menores, y por él es indudable que la capacidad no aparece repentinamente en un sujeto, sino que se la va construyendo de a pocos, desde que uno es pequeño, hasta que llega a afianzarse y consolidarse definitivamente (*cf.* Viola 2012, Venegas Sepúlveda 2010).

Ello explica por qué un pequeñito no tiene discernimiento, pero conforme va avanzando en edad, su discernimiento se va aclarando y su voluntad afirmando. Y por ello mismo es que es investigable un hecho delictivo cometido por un menor de edad, aunque el tratamiento es distinto cuando es mayor de 14 años, donde la medida socio educativa que se le impone es propiamente una sanción (*vid.* Cruz Blanca 2018).

Esta concepción ha sido acogida por nuestro ordenamiento jurídico en el Reglamento de la Ley 30466 – Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño, aprobado por Decreto Supremo 002-2018-MIMP, que en el literal j) de su artículo 3º consagra como principio el desarrollo progresivo del menor, declarando que se considera a las niñas, niños y adolescentes en su edad y sus características, con un proceso de desarrollo particular y con un ritmo propio de maduración y no como una mera suma de funciones fragmentadas o un inventario de capacidades o incapacidades más o menos temporarias o permanentes.

Así mismo, este paradigma explica por qué existe responsabilidad civil en un menor de edad por los daños que genera, siempre que cuente, cuando menos, con discernimiento.

A diferencia del modelo social de discapacidad, la autonomía progresiva está basada en diversos estudios que demuestran que la capacidad de un sujeto no aparece de la noche a la mañana, sino que se va formando de a pocos, de manera que es posible hablar de una capacidad ya consolidada en un joven, y aún en construcción en un niño o adolescente.

Este paradigma cuenta, entonces, con un pertinente sustento científico.

Insistimos, una cosa es que se haya detectado que existen una serie de barreras discriminatorias para algunos sujetos con discapacidad, y otra muy distinta, afirmar que la “causa” de su discapacidad es el comportamiento de la sociedad.

Esta última afirmación es absolutamente absurda y acientífica. No hay modo de conectar causalmente a la conducta de terceros con la aparición de una discapacidad. La causa de la discapacidad mental o física la puede responder la medicina. Una persona es ciega o sorda, no porque los demás digan que no ve o no escucha. La ceguera o la sordera son resultado de una evaluación médica. Igualmente, una enfermedad mental grave no aparece porque a la sociedad se le ocurrió tratar mal a un loco; ello es inconcebible. Que esté mal que parte de la sociedad trate mal a un vesánico, es cierto, y que se requiera implementar mecanismos para empoderar a un sujeto con discapacidad y comience a decidir autónomamente, dentro de sus circunstancias y en la medida de lo posible, también lo es; pero definitivamente, aquella conducta -reprochable, por cierto- no es la causa de la locura o de la discapacidad.

El inadecuado comportamiento discriminatorio de un sector de la sociedad obedece a sus concepciones culturales, a su formación, a su idiosincrasia, etc. O sea, esta formación en un sector de la población desemboca en una suerte de cosmovisión que se traduce en una conducta discriminatoria hacia los demás, porque estos cuentan con alguna situación (edad, sexo, ingresos económicos, religión, nivel de instrucción, origen étnico, discapacidades, etc.) diferente a la del sujeto que los maltrata.

Ello quiere decir que la discapacidad, como una de las tantas situaciones que generan trato discriminatorio, coexiste con el conjunto de patrones culturales del sujeto que discrimina, de manera que, al encontrarse con este tipo de sujeto, se materializa el acto discriminatorio. Ergo, la discapacidad existe de modo independiente al acto discriminatorio, de manera que haya o no discriminación, la situación de discapacidad (así como la de nivel cultural, religión, origen étnico y demás) seguirá existiendo. O ¿acaso cuando todos los sujetos tratemos a los demás de modo igual habrán desaparecido la discapacidad, o la religión, el origen étnico, el nivel de instrucción, etc.?

No se olvide que una relación causal se evidencia cuando al suprimir la causa, el efecto desaparece de modo ineluctable. Y ello no sucede para el caso de la discapacidad mental, que concierne a un tema objetivo, que sigue y seguirá existiendo por más que uno se esfuerce en tratar, sea bien o sea mal, al sujeto.

El tema pasa más bien por aceptar las diferencias de cualquier índole, y, a base de la dignidad del ser humano, tolerarlas mutuamente, a fin de evitar cualquier acto que discrimine. Parece más bien un asunto pedagógico, de educación, de respeto y empatía.

Retomando el rumbo, en caso de colisión entre los modelos sociales de discapacidad y el de autonomía progresiva, debiera dársele preferencia al segundo, porque su basamento es la realidad en sí, debidamente contrastada.

Veamos, según las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo 1384, un sujeto con discapacidad mental grave, cuya edad mental sea de 2 años, por ejemplo, es un sujeto plenamente capaz; pero, en cambio, un adolescente que no ha cumplido los 16 años es un sujeto absolutamente incapaz.³¹

³¹ Cf. artículos 43º al 45º del Código Civil.

Si eso es cierto, el primer sujeto es responsable de cualquier daño que cause, y la totalidad de sus actos jurídicos son plenamente válidos. Ciertamente, en la actualidad ello se refleja en la regulación vigente,³² pero, cómo podría reprochársele la conducta a alguien que médicamente no tiene discernimiento, pero que la ley lo presume consciente. Así mismo, cómo concebir que sus actos jurídicos son totalmente válidos.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, el adolescente de 15 años de edad no debiera ser responsable por los daños que genere y sus actos jurídicos debieran adolecer de nulidad, pues se trata de un sujeto absolutamente incapaz. Efectivamente, en el inciso 1 del artículo 43º del Código Civil se sigue designando a los menores de 16 años como incapaces absolutos de ejercicio. Sin embargo, lo raro es que la legislación se modificó estableciendo que el menor sí es responsable de los daños que genere; es más, es responsable ya no de modo solidario con sus representantes, sino de modo exclusivo.

Veamos. El artículo 1975º del Código Civil fue derogado y en él se disponía que la persona sujeta a incapacidad de ejercicio quedaba obligada por el daño que ocasionase, siempre que haya actuado con discernimiento; entre tanto el representante³³ legal de la persona incapacitada era solidariamente responsable.

Como se recuerda, con este artículo se lograba que el resarcimiento por algún daño generado por un menor con discernimiento fuese asumido por su propia persona y compartido solidariamente con su representante.

Pero si esto se derogó, ¿de dónde sacamos que el menor sigue siendo responsable pero ya sin que lo auxilie su representante en el supuesto de resarcir?

Lo que sucede es que al legislador se le olvidó que la responsabilidad de un menor de edad por los daños que cause no solo se regulaba en el artículo 1975º, sino también en el 458º del Código Civil; y este último no fue derogado.

El artículo 458º reza: *El menor capaz de discernimiento responde por los daños y perjuicios que causa.*

Por ello, el resultado final es que si un menor con discernimiento causa un daño le corresponde resarcirlo, pero ya no de modo solidario con sus representantes, pues sobre esto último no quedó norma subsistente en el ordenamiento jurídico.

Y en cuanto a sus actos jurídicos, estos se suponen que son inválidos, pero la causal lamentablemente fue retirada del Código Civil. Ciertamente, se ha derogado el numeral 2 del artículo 219º que aludía a la nulidad del acto jurídico por incapacidad absoluta del agente.

Como vemos, el modelo social de discapacidad trastocó el esquema civil respecto de los menores, desarticulando -entre otros- la construcción que propugna la autonomía progresiva de los menores, tanto para la celebración de actos jurídicos, como para la responsabilidad civil en caso de generar daños.

³² Cf. artículos 140º inciso 1 y 219º del Código Civil.

³³ Obviamente debe leerse en el sentido no del representante sino de la persona al cuidado del sujeto, al momento de la generación del daño (*vid.* Espinoza Espinoza 2012, 938).

11. La plena capacidad civil y su repercusión penal

Todo lo que acabamos de decir genera, como corolario, una serie de titubeos en cuanto a los efectos penales del tratamiento introducido.

Veamos, si un sujeto con discapacidad mental grave comete un hecho ilícito de naturaleza penal con repercusiones civiles, por ejemplo, unas lesiones graves, ¿cómo debe ser el tratamiento?

Si acabamos de decir que este sujeto es plenamente capaz y debe responder por los daños que genere, ¿acaso dejó de ser inimputable penalmente?

Hasta donde sabemos, en un caso como el mostrado, el sujeto sigue siendo inimputable penalmente, y así debe ser. Es absurdo pensar que un sujeto con discapacidad mental es pasible de reproche penal (*vid.* Espinoza Espinoza 2012, 935).

Pero de este modo se cae en el contradictorio de que, por el mismo hecho y los mismos efectos antijurídicos, es imputable civilmente, pero inimputable penalmente.

Alguien podrá argüir que hay diferencia entre la materia penal y la civil, de modo que existen conductas civiles que no repercuten penalmente; a lo que hay que replicar que, si bien los subordenamientos jurídicos pueden tener peculiaridades, todos ellos pertenecen a un solo ordenamiento jurídico, el cual reclama coherencia (*vid.* Bobbio 2013, 180 y ss.), y es evidente que ello se ha resquebrajado con la modificatoria introducida.

Es decir, no se puede afirmar que un sujeto es plenamente capaz para desplegar actos jurídicos y para el resarcimiento de daños en caso de generarlos, por tener un completo discernimiento, pero inimputable penalmente, porque no tiene discernimiento.

Pensemos ahora en el caso del adolescente infractor. En el ámbito penal el menor ha sido considerado inimputable pero para el tratamiento penal de adultos, pues existe un tratamiento penal para menores, en virtud del cual se le impone una sanción llamada socio-educativa, siempre que tenga más de 14 años; y en el hipotético de ser menor se recurre a unas medidas de protección. En todo caso, queda en claro que existe una forma de regulación según la edad del menor.

Entre tanto, en sede civil siempre se ha dicho que el discernimiento se debe evaluar caso por caso (y por ello en sede civil no se trabaja con edades), de modo que, si un menor sin discernimiento genera un daño, no tiene por qué resarcir, pero si lo tuviese que hacer –por tener discernimiento– está en el deber de resarcir solidariamente junto a su representante.³⁴

Resumiendo, en la actualidad, el tratamiento penal vigente no ha variado, pero en el civil se ha dicho, contradictoriamente, que, al ser un sujeto menor de edad, es absolutamente incapaz, o sea *no tiene discernimiento*, pero en caso de generar daño y *tener discernimiento* (¿?) tendrá que resarcir él solo y ya no con sus representantes.

³⁴ Ya se indicó que en el original artículo 1975º, hoy derogado, se contemplaba esta regulación.

En conclusión, es indispensable revisar la coherencia que tiene que existir al interior de todo el ordenamiento jurídico peruano que se ha visto trastocado parcialmente por la introducción repentina de este modelo, que hasta la fecha no termina de cuajar.

12. La extensión del esquema de apoyos: la asistencia

Con todo lo mostrado, nos parece que es recomendable efectuar algunos cambios para intentar darle algo de coherencia a nuestro sistema normativo.

Así, creemos que el esquema de apoyos y salvaguardias sería pasible de extensión -con ciertos *ajustes razonables*- para los casos en los cuales actualmente se mantiene la interdicción.

Efectivamente, estamos convencidos de que un mal gestor o un pródigo, no tienen defecto mental alguno que les impida desenvolverse normalmente, por tanto, ni siquiera merecerían contar con un apoyo, salvo para temas económicos. Justamente, si el defecto que los ha incapacitado es concerniente a un asunto netamente económico o de administración patrimonial, entonces, se les puede designar un apoyo solamente para esos rubros. Hoy en día al ser un interdicto, se piensa que su estado afecta todas sus esferas vitales, lo cual no es cierto.

Efectivamente, bajo el esquema de interdicción y curatela, una persona puede llegar a perder gran parte de sus derechos fundamentales, como elegir el lugar de residencia, el derecho al voto, el decidir con quién quiere casarse, o tomar decisiones sobre su propia integridad corporal, siendo que se puede perder estos derechos simplemente por haber sido privado totalmente de su capacidad jurídica de obrar (Arstein-Kerslake 2010, 3).

Dicho de mejor modo, el esquema actual de interdicción y curatela para el mal gestor y el pródigo no es desacertado si se lo utiliza correctamente, de manera que se los debiera incapacitar solamente para los temas de administración patrimonial, entre tanto el curador los debiera “suplir” solamente en tales asuntos, por lo que los demás espacios vitales permanecen invariables, de tal modo que un mal gestor o un pródigo se pueden casar, pueden adoptar, pueden reconocer un hijo, etc. Pero, lamentablemente se piensa que el mal gestor o el pródigo, al ser “incapacitados” lo son para todos los actos civiles, lo que se deriva de que en la sentencia respectiva no se precisa lo propio.

Por ello, creemos que sería posible que en estos casos se designe un apoyo que oriente y los ayude a no cometer los mismos errores de manejo patrimonial, sin que se suplante sus voluntades, pero que tampoco se les deje decidir de modo absolutamente libre sin auxilio alguno.

A este apoyo, técnicamente en otras latitudes se les denomina asistente, de manera que al pródigo o al mal gestor les corresponde designarles un asistente que los auxilie únicamente en los temas propios donde han errado. Este asistente incluso puede ser un profesional, que bien podría ser un contador o economista, para el caso en comento.

En Alemania, por ejemplo, si la persona no indica quién quiere que sea su *betreuer*, se da preferencia en el nombramiento a sus familiares o aquellos que tienen una relación cercana con la persona, y en caso de que no existieran, el tribunal

nombrará a un profesional. Por ello se habla de una toma de decisiones compartida (Arstein-Kerslake 2010, 10-11, Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 28).

Estos asistentes, incluso, son de uso para las personas hospitalizadas de larga duración sin parientes o debilitados por edad y fácilmente sugestionables, depresivos, entre otros (Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 27-28).

Es de hacer notar que en el anteproyecto de Reforma al Código Civil peruano, en la propuesta del artículo 44^º, se habla justamente de un régimen de asistencia.

Desde otra orilla, si se piensa en el toxicómano y el ebrio habitual, cuya incapacitación es por temas de dependencia, creemos que el esquema también debe ser el de apoyos del mismo modo en que se labora con un sujeto con discapacidad mental leve. Es decir, el apoyo debe orientar en algunas decisiones a tomar teniendo en cuenta su salud deteriorada. Y en todo caso, ante la posibilidad de cualquier riesgo, preferentemente patrimonial, se puede recurrir a las salvaguardias.

La única atingencia a hacer consiste en recalcar que este tratamiento sería solamente posible de utilización cuando el nivel de dependencia no haya generado una discapacidad mental grave; pues se sabe que el consumo excesivo de alcohol y otras drogas puede desembocar en una deficiencia mental severa, de modo tal que el sujeto puede perder prácticamente de modo total el discernimiento. Ya lo anticipamos, para estos casos, el esquema de apoyos no nos parece el más idóneo.

Para culminar, estimamos que las salvaguardias solamente serían pasibles de uso para el caso del mal gestor o el pródigo, o cuando el toxicómano o el alcohólico estuvieran inmersos en temas económicos.

Dicho de modo más claro, concordamos con la experiencia de Canadá, donde la designación de apoyos requiere de contar obligatoriamente con un monitor (salvaguardia) cuando se trate de la representación para la gestión de los asuntos económicos de la persona, siendo que tanto las personas de apoyo como los monitores estarían obligados a presentar informes periódicos y completos sobre su trabajo con la persona que necesita apoyo (Arstein-Kerslake 2010, 14 y 16).

13. Un retorno parcial al esquema de interdicción: curador sin incapacitación

Si bien, por un lado, estamos de acuerdo con la extensión del esquema de apoyos y salvaguardias para algunos de los casos que no se comprendieron de modo original, desde otra óptica estimamos necesario una suerte de retorno al esquema de interdicción para algunos casos puntuales.

Como se recuerda el esquema de interdicción y curatela consiste en declarar incapaz a un sujeto de valerse por sí mismo, entre tanto el curador suple su voluntad.

Desde nuestro punto de vista esto sigue sucediendo cuando el solicitante de apoyos y salvaguardias es un tercero, porque el futuro auxiliado no tiene mecanismo de expresar su voluntad, toda vez que su nivel de discernimiento es prácticamente nulo.

No nos engañemos, el sujeto que funge de apoyo en estos casos, en realidad, suple la voluntad de su apoyado. Eso es de fácil constatación en las audiencias, aunadas a la revisión de la documentación médica.

Entonces, realmente, al sujeto cuya discapacidad mental es de suma gravedad corresponde nombrarle un curador, porque, objetivamente, se va a suplir la voluntad del apoyado. Y para ello la declaración previa del sujeto como interdicto o como incapaz es lo correcto, a fin de evitar cualquier acto posterior que atente contra sus propios intereses.

Veamos, se considera a la legislación sueca como un buen ejemplo de normatividad en cuanto a sujetos con discapacidad.

Allí, el *forvaltarskap* supone la asignación de un administrador o persona de confianza y la pérdida de la capacidad jurídica en función de la asignación del administrador por parte del tribunal. Este puede sustituir y tomar decisiones por el interdicto. Equivale al curador en nuestra legislación. Por su parte el *god man* -equivalente a los apoyos o asistentes- no está autorizado a obrar sin el consentimiento de la persona a la que proporciona apoyo, y su nombramiento no modifica los derechos civiles (Arstein-Kerslake 2010, 5).

Sin embargo, hasta la propia legislación sueca permite el nombramiento de un *forvaltarskap*, claro está que como último recurso, pues también requiere el consentimiento de la persona, salvo que sea imposible que el tribunal escuche la opinión de la persona debido a su discapacidad. Es decir, se recurre al sistema de *forvaltare* cuando las demás formas de asistencia resultan insuficientes, pues se trata de una figura residual.

En resumen, atendiendo a la propuesta del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, Suecia ha suprimido las figuras equivalentes al curador o al tutor peruano y ha propiciado los apoyos con mucho éxito, pues, por ejemplo, el *god man* es utilizado para prestar asistencia a las personas enfermas o con discapacidad intelectual, y, en el caso de los refugiados, las personas desaparecidas o las personas que residen en el extranjero (Arstein-Kerslake 2010, 6); pero aun allí se mantiene de modo excepcional la curaduría, si bien sin incapacitación y para casos extremos.

En consecuencia, para el hipotético del sujeto que por cualquier causa y habitualmente está privado de discernimiento o no puede expresar su voluntad de modo indubitable, la designación de un curador es entendible,³⁵ pues en puridad no queda otro recurso al que acudir.

Entiéndase, entonces, que esta declaración de incapacidad no pretende atentar contra la dignidad del sujeto, sino por el contrario, busca protegerlo por su delicada situación. No se olvide que la figura de la interdicción y la curatela nacieron bajo el auspicio de los valores de la solidaridad, la misericordia y la justicia social (*vid.* Espinoza Espinoza 2012, 954), aunque al Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad le preocupa la prevalencia de un enfoque paternalista (Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 23).

Con todo lo anotado se va evidenciando que el esquema de interdicción y curatela no es posible de aplicación cuando la discapacidad no sea de naturaleza mental o intelectual. O sea, para cuando la discapacidad sea física o sensorial el

³⁵ En el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano, de manera muy flexible, se recurre a la figura de la asistencia para todos los casos, dejando un amplio abanico de posibilidades.

modelo de apoyos y salvaguardias, indudablemente, es el idóneo. Y como sucede en la provincia de Columbia Británica de Canadá, si una persona quiere firmar un acuerdo de representación (léase designación de apoyos para el Perú) no tiene que demostrar su capacidad jurídica para hacerlo; únicamente está obligada a comunicar su deseo de contar con el apoyo de un representante, poder demostrar la capacidad de seleccionar, y disfrutar de una relación de confianza con el representante (Arstein-Kerslake 2010, 13).

Y, como acabamos de decir, para el supuesto de la persona privada habitualmente de discernimiento o que no puede expresar su voluntad de modo indubitable, la designación de un curador es la salida apropiada, o más técnicamente, una curatela proteiforme, o sea la que puede implicar complemento de capacidad o representación, siempre de modo excepcional (Casas Planes y Marín Cáceres 2020, 26).

Pero, si no se desea laborar ya con este esquema, porque -se aduce- declararlo incapaz es atentatorio contra su dignidad, entonces, simplemente corresponde que no se lo declare incapaz, y solamente se le designe un curador.

A modo de conclusión

Debe quedar bien en claro que es nuestra intención que todos los sujetos que adolecen de algún tipo de discapacidad sean tratados como verdaderas personas sin ningún atisbo discriminatorio, y se les facilite los accesos y ajustes razonables para un pleno desenvolvimiento de sus personalidades.

Pero es también nuestro deber advertir sobre los riesgos que implica la imposición de cambios repentinos sin detenerse en las consecuencias.

Venimos insistiendo en que el esquema de apoyos y salvaguardias es saludable, pero no hay que olvidar que, así como un curador o un tutor pueden tomar decisiones en contra de los deseos de la persona y aprovecharse de ella de varias maneras, no es menos cierto que también es factible que contra la persona que necesita el apoyo se manifiesten situaciones de abuso, pues se trata de un colectivo que corre mayor riesgo de ser víctimas de explotación y engaño (Arstein-Kerslake 2010, 8 y 15).

Además, no se debe perder de vista que en la misma Suecia, donde el esquema funciona casi a la perfección, se ha criticado que algunos apoyos no cuentan con una formación adecuada en los derechos de la persona con discapacidad y las necesidades específicas que pueda tener. Y ello se explica porque, por ejemplo, en Alemania, una persona sin titulación académica y sin formación específica puede convertirse en *betreuer* y cobrar 27 euros por hora, desencadenando el desempeño de dicho papel por parte de muchas personas que no cuentan con la formación o titulación adecuadas, influyendo en la validez del sistema en general, toda vez que pueden obrar en contra de la voluntad de las personas que auxilian, existiendo un riesgo razonable de sustitución en la toma de decisiones (Arstein-Kerslake 2010, 7 y 12).

Ergo, es necesario mirar hacia otras latitudes para ganar experiencias, pero también es indispensable mirar nuestra propia realidad, trasladando lo correcto a nuestro entorno, siempre con una debida adecuación.

Así, coincidimos en que, por muy espléndido que sea el esquema sueco, por ejemplo, no se recomienda que algunos aspectos de tal sistema se utilicen como prototipo a seguir en las futuras reformas de otros (Arstein-Kerslake 2010, 8).

El resultado al que arribó la comisión encargada de la reforma del Código Civil, en este aspecto, era mucho más saludable por su amplitud y elasticidad. Sin embargo, el cambio ya se hizo y solamente queda ir parchando de a pocos las hendeduras dejadas por tan precipitada “evolución”.

Lista de referencias

- Arstein-Kerslake, Anna. *El sistema español en materia de capacidad jurídica: aspectos que faltan y otros sistemas que podrían servir de mejores modelos*. 3 de marzo de 2010.
[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B155915EAE9AC4E205257C9B0060A6F2/\\$FILE/CapacidadJuridica_03032010.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/B155915EAE9AC4E205257C9B0060A6F2/$FILE/CapacidadJuridica_03032010.pdf) (último acceso: abril de 2020).
- Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. 4ª edición. Traducido por Jorge Guerrero R. Bogotá: Temis, 2013.
- Casas Planes, María Dolores, y Laura Marín Cáceres. «Derecho de las personas con discapacidad.» *Módulo VI del Diplomado de Posgrado en Derecho de Familia, niñez y adolescencia*. Jaén, 2020.
- Cruz Blanca, María Jesús. «Legislación penal juvenil española y política criminal en torno a sus sucesivas reformas.» *Cubalex*, nº 38 (enero-diciembre 2018): 68-82.
- De las Heras García, Manuel Ángel. «Discapacidad y modelo social en el marco de la Convención de la ONU de 2006: Personas Mayores y Derecho Civil.» *Informes Portal Mayores*. 2010.
<http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/heras-discapacidad-01.pdf> (último acceso: 25 de septiembre de 2018).
- Espinoza Espinoza, Juan. *Acto jurídico negocial - Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.
- Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de las personas - Concebido y personas naturales*. Sexta edición. Vol. I. II vols. Lima: Grijley - Iustitia, 2012.
- Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Vol. I. 3 vols. Lima: Gaceta Jurídica, 2008a.
- Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Vol. III. 3 vols. Lima: Gaceta Jurídica, 2008b.
- Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª edición. Lima: Grijley, 1994.
- Palacios, Agustina. «El modelo social de discapacidad y su concepción como cuestión de Derechos Humanos.» *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*. enero-junio de 2017.
<http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/RCCS/article/view/2190/pdf> (último acceso: 25 de septiembre de 2018).

- Palacios, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca, 2008.
- Torres Vásquez, Aníbal. *Acto jurídico*. Quinta edición actualizada y aumentada. Vol. I. II vols. Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- Venegas Sepúlveda, Paula Andrea. «Autonomía progresiva: el niño como sujeto de derechos.» *Repositorio académico de la Universidad de Chile*. 2010.
<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107103> (último acceso: abril de 2020).
- Victoria Maldonado, Jorge A. «El modelo social de la discapacidad: Una cuestión de derechos humanos.» *Revista de Derecho UNED*, nº 12 (2013): 817-833.
- Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. Novena edición actualizada, revisada y aumentada. Lima: Gaceta Jurídica, 2013.
- Viola, Sabrina. «Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente.» *Revista electrónica Cuestión de derechos*. 2012.
http://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/electivas/816_rol_psicologo/material/unidad2/obligatoria/autonomia_progresiva_ninios.pdf (último acceso: abril de 2020).