

EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ÁMBITO NOTARIAL

Rosalía Mejía Rosasco¹

Introducción

Los países americanos una vez liberados de la península española en las primeras décadas del siglo XIX, continuaron por mucho tiempo rigiéndose por la legislación española, tales como la Novísima Recopilación de las Leyes de España, Las Partidas, Las Leyes de Toro, que tenían la influencia del Código de Napoleón o Código Francés de 1804.

El Código de Napoleón o Código Civil Francés, surge inspirado en los principios de la Revolución, espíritu de igualdad y libertad de los ciudadanos, libertad de trabajo, libertad de conciencia, laicismo del Estado, libre acceso a la propiedad y aplicación del individualismo como base del derecho. Constaba de una introducción que estuvo a cargo de Portalis, un título preliminar (“De la publicación de las leyes en general, de sus efectos y aplicación”) y tres libros. El Libro I: “De las personas”, el Libro II: “De los bienes y las diferentes modificaciones de la propiedad”, Libro III: “De los modos de adquirir el dominio”.

El Libro I dedicado a las personas, regula la capacidad y goce de los derechos civiles bajo criterios de desigualdad, por cuanto reconoce la capacidad y goce de los derechos del ciudadano francés, pero restringe al mínimo el derecho de las mujeres. Impone el concepto dualista de capacidad de goce y capacidad de ejercicio, aceptando que existen ciudadanos a quienes resultaba válido negar la capacidad de ejercicio.

El Código Civil Francés de 1804 tiene por eje la protección jurídica del derecho de propiedad individual, el tema de los derechos de las personas los aborda de manera superficial o los ignora, a excepción de la reivindicación del derecho de la propiedad para todos los ciudadanos.

Los primeros códigos civiles en América que se promulgaron a partir de la independencia, regulaban en forma separada la capacidad de goce de la de ejercicio, para lo cual establecían las causales que determinaban la capacidad restringida del ejercicio de los derechos o la nula capacidad o incapacidad de la persona. Los códigos civiles se fueron perfeccionando, se promulgaron nuevos textos hacia finales del siglo XIX, sin embargo permanecían inalterables las disposiciones de la capacidad jurídica de comienzos de siglo. Estos eran: La capacidad de ejercicio

¹ Doctora en Derecho. Notaria de Lima. Profesora del Posgrado en Derecho en la Universidad San Martín de Porres. Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de la Comisión de Asuntos Americanos de la Unión Internacional del Notariado.

no le pertenece a todos los seres humanos; “La Ley piensa por el incapaz”, o el Juez determina lo que es mejor para la persona declarada incapaz; aceptaba un régimen de sustitución de la capacidad jurídica a través de figuras como la curatela u otras similares.

Los largos años de formación y práctica profesional de los operadores jurídicos bajo los mismos parámetros de la capacidad de la persona y sus restricciones, se presentaron acompañados de una aceptación generalizada en la sociedad de que el régimen de capacidad jurídica regulado en la legislación se encontraba justificado en la supuesta protección de la persona incapaz. La consecuencia ha sido la existencia de una fuerte barrera actitudinal que dificulta la aceptación del modelo social que impone la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD).

El desarrollo de los derechos humanos, el principio de dignidad, autonomía, calidad de vida y principalmente el derecho de igualdad de todos los seres humanos, fueron abriendo las puertas a algunos cambios en la legislación civil en materia de capacidad jurídica recién a finales del siglo XX.

Capítulo I

Recuento Histórico

En el presente capítulo, se desarrollará el marco conceptual que resulta indispensable para la implementación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) en las legislaciones nacionales, así como en la toma de conciencia de la sociedad respecto al derecho a igual oportunidad en igualdad de condiciones que exige el artículo 8 de la CDPD. Haremos un recuento histórico de los derechos humanos en los documentos internacionales, para luego precisar aquellos más relacionados con nuestro tema: el principio de la dignidad, el derecho de libertad, el derecho a la igualdad, el derecho a la autonomía, la no discriminación y el proyecto de vida.

1.1 Los derechos fundamentales en los documentos internacionales

Desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente Francesa el 26 de agosto de 1789 y proclamada bajo la influencia de la doctrina de los derechos naturales, se han producido las más significativas transformaciones históricas del proceso evolutivo del constitucionalismo y la posición de la persona en el sistema jurídico en general. Se puede señalar como punto de quiebre de este desarrollo el fin de la Segunda Guerra Mundial, hito fundamental que dividió el pasado y la proyección en el futuro de los derechos de la persona frente al Estado y en su interacción en la sociedad.

A partir de la Constitución Alemana, denominada “Ley Fundamental”, o; “Ley Básica”, promulgada en Bonn el 8 de mayo de 1949², las constituciones modernas establecen en forma privilegiada un listado de los derechos fundamentales que aparecen como principios orientadores del sistema jurídico. Estos ostentan la calidad de mandato imperativo para los ciudadanos en general y, especialmente, para todos los poderes del Estado. En el siglo XX, se produjeron violaciones generalizadas de los derechos humanos, especialmente en los gobiernos totalitarios y en el nacionalsocialismo. El conocimiento de las atrocidades cometidas contra la persona durante dicho conflicto armado motivó que se buscara la incorporación en la legislación internacional y nacional de los derechos humanos, así como el compromiso a todo nivel de salvaguardarlos para evitar la repetición de tales vejámenes. La magnitud del genocidio, absurdamente justificado por cuestiones de raza y religión, fue una cruenta demostración del ejercicio del poder descontrolado de los gobernantes, quienes llegaron a desconocer la dignidad humana.

² Este fue un documento promovido por franceses, británicos y estadounidenses que tuvo como objetivo evitar la reiteración de los atropellos a los derechos de la persona acaecidos en la Segunda Guerra Mundial.

Conforme lo reconoce el preámbulo de la Constitución de la Unesco, aprobada el 16 de noviembre de 1945, “la grande y terrible guerra que acaba de terminar no hubiera sido posible sin la negación de los principios democráticos de la dignidad, la igualdad y el respeto mutuo de los hombres”. En esta declaración se expresan los tres principios que, a partir de este documento, configuran el eje de desarrollo de los derechos fundamentales en los documentos internacionales, en las constituciones y en la legislación interna: la dignidad, la igualdad y el respeto mutuo de los hombres. A partir de ese hito, no es posible aceptar situación alguna en la que se desconozcan tales principios, ya que tanto el Estado como los ciudadanos en general están obligados a reconocerlos frente a cualquier circunstancia.

En este contexto surge la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. En dicho documento, los derechos humanos adquieren un carácter jurídico de norma positiva del Derecho Internacional, sustentados en la dignidad.

El preámbulo de la Declaración manifiesta lo siguiente: “que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”. De modo congruente con los principios establecidos en el preámbulo, declara los siguientes derechos civiles: a la igualdad, a la no discriminación, a la vida, a la libertad, a la seguridad, al reconocimiento de su personalidad, a contraer matrimonio y fundar una familia (así como a su disolución), a la protección de la familia por parte de la sociedad y el Estado, a la propiedad, y al desarrollo libre y pleno de su personalidad. Establece que solo se puede limitar a la persona al ejercicio de sus derechos y disfrute de sus libertades con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los mismos en los demás, así como de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general en una sociedad democrática.

Por lo tanto, la Declaración Universal de Derechos Humanos constituye el primer documento que consagra la protección de los derechos fundamentales de todas las personas frente al poder de los Estados. No obstante, la Asamblea General de Naciones Unidas obtuvo su aprobación a través de un consenso obtenido con mucha dificultad, ya que algunos Estados no apoyaron la propuesta. El objeto de la Declaración, según lo declara expresamente, era proclamar un ideal común “por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella promuevan mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades”.

Aunque se ha discutido en doctrina sobre su valor jurídico, la invocación efectiva del contenido de la Declaración ha servido de sustento para resolver cualquier acto de amenaza, atropello,

violación o restricción de los derechos consagrados en ella. Si bien el documento no tiene por sí mismo efectos de coacción, ya que los Estados que lo han suscrito y ratificado se someten a cumplir sus preceptos de buena voluntad, ha promovido –y así los posteriores documentos internacionales de similar categoría– la consolidación de una noción colectiva de la protección de los derechos humanos. Del mismo modo, ha impulsado la búsqueda de medios alternativos de justicia en caso estos sean vulnerados. Ello ha generado una conciencia colectiva internacional que persigue no solo redactar declaraciones o pactos internacionales, sino que aspira influir en la modificación del orden constitucional interno de los Estados, incluso dentro del ámbito privado y colectivo de la sociedad, para adecuarlos a esta nueva visión internacional. En consecuencia, como afirma Van Boven, ningún miembro de la comunidad internacional ha desatendido los derechos que esta Declaración consagra hasta el momento (citado por Travieso, 1996, pp. 267-268).

Inmediatamente después de la Declaración de los Derechos Humanos, se proclamaron otros documentos internacionales con el objeto de establecer obligaciones jurídicas cuyo incumplimiento genera responsabilidad de los Estados, entre los que se encuentran los Pactos de Derechos Humanos de la ONU de 1966; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1976. En el continente americano, fue de especial importancia la aprobación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, que ratificó los enunciados y principios ya establecidos en la Declaración de los Derechos Humanos. Es en esta última que por primera vez una convención incluye el concepto de persona identificándolo con su naturaleza humana, al sostener, en forma simple pero significativa, que “persona es todo ser humano”.

Como se ha podido apreciar, los derechos humanos reconocidos en los documentos internacionales se encontraban en un inicio remitidos –a propósito de la Segunda Guerra Mundial– a graves y generalizadas violaciones como la tortura, el genocidio, los tratos vejatorios y demás. Los derechos fundamentales, proclamados en los primeros documentos internacionales de la década de 1950, constituyen los principios rectores del desarrollo de los documentos posteriores. Estos últimos comprenden los pactos internacionales, convenios, tratados y, paralelamente, las constituciones que han introducido los derechos fundamentales en cada una de las legislaciones nacionales.

No obstante, dicha tendencia va a enfocarse en situaciones concretas que comprometen las obligaciones del Estado y de la ciudadanía en general. A partir de la década de 1990, se aprobaron diversos convenios y convenciones dirigidos al reconocimiento de los derechos y principios proclamados en los documentos anteriores, mas con el objetivo de aplicarlos y ejecutarlos en situaciones en las que la persona se encuentra en estado de vulnerabilidad y, por lo tanto, requiere de una especial atención. Estos últimos documentos se promulgaron ante la evidencia de diversas

situaciones de discriminación y ausencia de respeto a la dignidad de personas tales como los menores y las personas con discapacidad. Se presenta un consenso en el interés de los derechos humanos, este se orientaría a resolver las crisis, ya no de los pueblos frente a los soberanos o las autoridades de los gobernantes, sino de la violación de los derechos humanos por la ciencia o la tecnología –al utilizar al hombre como medio y no como fin en sí mismo– y, directamente, por los ciudadanos particulares.

En el último caso, los conflictos se encuentran presentes en las interrelaciones entre las personas, por lo que se exige una mayor participación en la defensa de los derechos humanos de parte de los particulares en las relaciones privadas. La violencia, antes presentada entre los soberanos que ostentaban el poder y los ciudadanos particulares, ha cambiado de escenario, pues lamentablemente cada vez más se producen actos violentos y de abuso a la persona en estado vulnerable dentro de la familia.

Así, han sido acreditados actos generalizados de violación de los derechos fundamentales y el respeto a la dignidad, aun en los núcleos más íntimos de la sociedad. La violencia contra los más vulnerables y desprotegidos –la mujer, los menores, los ancianos y las personas con discapacidad– constituyen el fundamento de los documentos internacionales proclamados en los últimos cuarenta años. Los dos primeros casos han sido ya reivindicados por convenios internacionales y legislaciones internas, mientras los dos últimos recién comienzan a ser tomados en cuenta, aún con incipientes e incompletos dispositivos legales.

Otro aspecto de particular interés ha sido el de la desigualdad y sus múltiples formas: falta de acceso homogéneo a la educación o la salud, así como la ausencia de justicia o su aplicación tardía.

1.1.1 Dignidad

Desde una perspectiva filosófica, en el siglo XX se ha desarrollado la concepción que identifica al hombre como destinatario genérico del Derecho, asociado este último a una concepción concreta de dignidad, hecho que constituiría su atributo definitorio de ser humano. Con la aparición del Estado y el Derecho en el mundo moderno, se produjo la consolidación de los derechos como límites del poder. La base de dicho planteamiento se sustenta en que estos expresan una serie de exigencias de dignidad, ya que su negación supondría dejar de considerar a los seres humanos como fines. Así, se concluye que emplear a las personas como medios supondría negarles su personalidad moral y su esencia, lo que implica la negación del ser humano como sujeto

autónomo³. De lo expuesto, se puede afirmar que los derechos se conciben como garantías de la autonomía, ya que la dignidad se vincula con la libertad y la igualdad.

La dignidad humana es un concepto que puede tomar múltiples significaciones. A pesar de encontrarse mencionado desde las primeras declaraciones que invocan y defienden los derechos de la persona, ninguna presenta una definición del mismo. No obstante, ello no convierte la dignidad en un concepto vago, incoherente o inútil. Por el contrario, la ausencia de definición en los documentos internacionales sería más bien deliberada. El alcance universal de los documentos internacionales exige el respeto por las diferencias entre las sociedades, lo que determina que estas no recurran a definiciones categóricas en sus textos y así evitar el posible rechazo de parte de algún Estado determinado que las encuentre ofensivas. De ese modo, la definición de dignidad humana se encuentra implícita en los textos de los convenios internacionales; es responsabilidad de cada Estado definirla y desarrollar su contenido en su legislación interna (Tealdi, 2008, pp. 183-184). Etimológicamente, el término “dignidad” proviene del vocablo latín *dignitas*, que significa “excelencia”, “superioridad”, “grandeza” y “realce”. Filósofos y juristas han opinado en torno a la dignidad de la persona humana. Hoyos Castañeda dice de ella que “Se encuentra referida a toda persona y a toda la persona”. Se refiere con ello que la dignidad abarca a la persona en toda su dimensión: cuerpo y alma (2000, p. 81). Alegre Martínez coincide con la perspectiva humanista de la dignidad, al señalar que “la dignidad tiene como sujeto a la persona humana, tanto en su dimensión corporal, como en su dimensión racional, que aseguran su sociabilidad, responsabilidad y trascendencia” (1996, p. 17).

En búsqueda de una definición actualizada de la dignidad vinculada a la defensa del derecho de la autonomía, coincidimos con el Tribunal Constitucional Español que define la dignidad como “un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”. De esa forma, se reconoce con ello que el derecho de la persona de diseñar su proyecto de vida es una manifestación de su propia dignidad (Pacheco Zerga, 2007, p. 128).

El respeto a la dignidad humana constituye, en la cultura occidental, uno de los principios fundamentales de las sociedades democráticas: los actos de incumplimiento de este deber tienen repercusiones que trascienden fronteras. En un mundo globalizado, se han creado los mecanismos

³ Las teorías de los derechos humanos de primera generación adoptan el presupuesto de que la persona es el individuo, es decir, el ser humano como titular de sus derechos. Según C. S. Nino, los rasgos característicos de la personalidad moral serían su capacidad de elegir fines e intereses, de formular deseos, y de revisar deseos o abandonarlos (1989, p. 173).

internacionales con facultades especiales para asumir la defensa de la persona humana, aun contra los actos cometidos en ejercicio de los poderes del Estado.

El primer instrumento jurídico internacional que se refiere a la dignidad humana es la Carta de las Naciones Unidas del 25 de junio de 1945. Tres años más tarde, el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, inicia de la siguiente manera: “*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana (...)*”. El art. 1 de dicho documento reconoce que la libertad y la igualdad en dignidad y derechos son inherentes a todos los hombres⁴.

La incorporación de la dignidad en el derecho constitucional se inició con la Constitución Alemana. Este documento garantiza el respeto a la dignidad del ser humano⁵, concepto que será incorporado en forma expresa o subyacente en los textos constitucionales posteriores.

Respecto a las funciones constitucionales de la dignidad, Landa Arroyo (2006, pp. 26-31). reconoce las siguientes:

1. **Función legislativa.**- *Es la base de todo el orden fundamental de una comunidad democrática y libertaria.*
2. **Función ordenadora.**- *Limita la actividad de los poderes públicos y privados para evitar las infracciones directas o indirectas contra los derechos y libertades de las personas.*
3. **Función temporal.**- *Es la expresión unitaria de la voluntad política del pueblo de dar forma y modo a los principios y valores de la comunidad.*
4. **Función esencial.**- *Se asienta en los principios y valores de libertad y autonomía.*
5. **Función integradora.**- *Constituye el motor transformador de la propia realidad que permite el consenso y la integración social.*
6. **Función limitadora.**- *La clásica función limitadora de la dignidad humana debe adecuarse a una concepción del poder limitado y, por tanto, controlado, ya sea este*

⁴ Art. 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

⁵ Art. 1. Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

público o privado; por cuanto la dignidad es vinculante a todos los que participan en la comunidad.

7. **Función libertaria.**- *Desarrolla su función libertaria en la medida que asegura la libertad y la autodeterminación de la persona humana*

La dignidad, por tanto, se encuentra intrínsecamente vinculada a los derechos fundamentales, los atraviesa de manera tal que no pueden desvincularse en sus orígenes, en el desarrollo, en sus límites y finalmente en su interpretación. En su aplicación práctica, la dignidad supone el reconocimiento y la defensa de la persona como deber de los ciudadanos y el Estado. Conforme lo reconoce el ya citado texto de Landa Arroyo, “la dignidad humana es vinculante, en tanto se le concibe de acuerdo con la teoría institucional como categoría jurídica positiva y como categoría valorativa” (Ibídem, p. 31).

1.1.2 Autonomía

La autonomía es un concepto jurídico que se deriva de los derechos fundamentales de libertad e identidad. Etimológicamente «autonomía» es un vocablo que se compone de dos conceptos: “auto” y “nomia”. El primero significa “por uno mismo”, “de sí mismo”; mientras que el último se deriva del griego *nomos* –que quiere decir ley, norma, costumbre– y de su extensión “nomia”: sistematización de las leyes, normas o conocimientos de una materia específica. Por tanto, se reconoce como persona autónoma a aquel capaz de administrar, sistematizar y decidir sus propias normas, reglas y costumbres (Bucay, 2010, p. 103).

La autonomía constituye la más representativa cualidad del ser humano, la capacidad para decidir sobre la forma en la que quiere relacionarse con quienes le rodean. La autonomía privada es, en realidad, el ejercicio del más significativo derecho de la persona: su libertad. En materia del Derecho Civil, es la aptitud de esta para decidir sobre su propio destino, lo que se conoce como la posibilidad de autodependencia⁶.

El desarrollo de la Bioética, a partir de los años 60 del siglo pasado, obligó a connotados filósofos como Edmund Pellegrino a investigar las raíces filosóficas de la autonomía en pensadores como Locke, Kant y Mill. De esa forma, reconoció también el sustento político y social de los derechos fundamentales de la persona a partir de la década de 1970, lo que determinó un nuevo concepto de autonomía reconocido en la relación médico-paciente: la capacidad de autogobierno.

⁶ “Ser autodependiente significa ser auténticamente el que soy, actuar auténticamente como actúo, sentir auténticamente lo que siento, correr los riesgos que auténticamente quiera correr, hacerme responsable de todo eso y, por supuesto, salir a buscar lo que yo auténticamente crea que necesito sin esperar que los otros se ocupen de esto” (Bucay, 2010, p. 56).

Como precisa Pellegrino, la autonomía es “la capacidad de autogobierno, una cualidad inherente a los seres racionales que les permite elegir y actuar en forma razonada, sobre la base de una apreciación personal de las futuras posibilidades evaluadas en función de sus propios sistemas de valores” (1990, p. 380). Por su parte, Carlos S. Nino la define como “la valiosa elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana”. El mismo autor limita el rol que del Estado frente a dicho principio: “el Estado (y los demás individuos) no deben intervenir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida (...) e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución” (1989, p. 199). Desde una concepción ética que fundamenta el derecho a la identidad de la persona como ser único en su integridad, Fromm añade lo siguiente:

(...) la vida del hombre no puede ser vivida repitiendo los patrones de su especie; es él mismo –cada uno– quien debe vivir. El hombre es el único animal que puede ser fastidiado, que puede ser disgustado, que puede sentirse expulsado del paraíso (citado por Savater, 1998: p. 33).

De ese modo, en todos los casos se señala la capacidad de elegir como la cualidad esencial y definitiva de la persona autónoma.

La incidencia de la autonomía de la persona en todas las materias del Derecho es una realidad cada vez más tangible. El legislador en su función creativa ha tenido que aceptar la imposibilidad de prever, en solo una norma legal, todos los escenarios en los que pudieran resultar aplicables los preceptos que establece. En este contexto de ejercicio de la autonomía de la persona, El Poder Judicial encargado tradicionalmente a la resolución de conflictos entre las partes además de tener un rol protagónico en tomar decisiones respecto a los derechos de las personas en estado vulnerable, en especial el niño, el adolescente, la persona adulta mayor y la persona con discapacidad, abre su función a un nuevo paradigma que es velar por el respeto de la autonomía de la persona en cualquier condición en que ésta se encuentre. Las funciones creadora y juzgadora no resultan suficientes, por lo que se han ampliado recientemente las posibilidades de solución de los conflictos en forma directa entre las partes, o a través de un tercero como el mediador o conciliador. Los operadores del derecho, tanto jueces como notarios están obligados a intensificar su actuación en la prevención del conflicto, mediante el incremento de la función asesora, orientadora e informadora a los ciudadanos. El notario ~~por~~ cumple a un rol cada vez más preeminente en la sociedad, por la prestación de sus servicios , con el objeto de instruir a las personas antes de asumir compromisos, sean estos contractuales, patrimoniales o familiares.

En la actualidad, son muchas las crecientes manifestaciones de la autonomía de la persona en el ámbito civil, entre las que se encuentran las relaciones familiares. Se intenta buscar en la libertad de regulación de los sujetos la posible solución de los problemas que les incumben, para los que no siempre resultan adecuadas ni las reglas del ordenamiento, ni la intervención de los tribunales, pues se trata de la resolución de conflictos que podrían no haber surgido con una mínima previsión por parte de los interesados.

Por ello, los modelos excesivamente protectores o tuitivos de los individuos en el régimen jurídico de las sociedades han demostrado su inoperancia para el adecuado tratamiento y solución de muchas cuestiones que afectan la intimidad, y los deseos de los particulares en sus relaciones más íntimas y familiares. La excesiva participación de las autoridades y la formulación de normas que pretenden encasillar todas las situaciones a los límites de la previsión del legislador atentan contra el libre desarrollo de la personalidad del individuo y el ejercicio de su autonomía.

1.2 El proyecto de vida

El proyecto de vida es el diseño que realiza cada persona respecto de su propia existencia. Este encuentra sustento en los derechos fundamentales a la vida y a la libertad, así como en el principio de la dignidad humana.

Tradicionalmente, el derecho a la vida ha sido considerado como el derecho prioritario, el que precede a cualquier otro. Es un derecho inviolable, porque transgredirlo significa la desaparición de los demás; es universal ya que protege al ser humano desde el inicio de su creación, incluso antes de ser persona, al momento de la fecundación. El sistema jurídico se organiza de tal manera que, una vez identificada la creación de un nuevo ser humano, desde que se encuentran completos los cuarenta y seis cromosomas indispensables para su existencia, se reconoce el derecho a la vida y se dispone lo conveniente para que complete su desarrollo hasta convertirse en persona.

Por otro lado, el derecho a la libertad se ha ampliado y especificado en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia; actualmente, es este el que se considera como el origen de todos los demás derechos del hombre. Se entiende que una vida sin libertad no merece ser vivida, porque dicho valor es el presupuesto básico para reconocer la dignidad de la persona (Camps, 2001, p. 88).

Sobre tales presupuestos, se puede afirmar que el ser humano no es solo racional, sino fundamentalmente un ser libre, temporal y coexistencial, ya que posee la capacidad de reconocerse a sí mismo, ubicado en tiempo, lugar y circunstancia. Es consciente de su temporalidad, pues su vida es un transcurrir en el tiempo: tiene un inicio y llega inexorablemente a su fin. Debido a que el ser humano no se conforma con su mera existencia, siente el impulso de fijarse una meta

mediante un itinerario a ser desarrollado a lo largo de su vida. Por ello, es capaz de programar una sucesión de actos y obras que lo dirijan a alcanzar sus objetivos.

A lo largo de su existencia, la persona crea diversos tipos de proyectos para desarrollar cada una de sus actividades y, al mismo tiempo, entrelazarlas en busca de su realización personal. Estos son evaluados y rediseñados constantemente, porque la persona no es estática, sino un ser variable y vulnerable a diversas circunstancias, tales como la edad, la salud, sus fracasos y éxitos, entre otros. El proyecto de vida es un diseño individual que parte del conocimiento que cada persona tiene de sí mismo, sus fortalezas, sus debilidades, sus inclinaciones, sus preferencias, es decir, a partir del reconocimiento de su propia individualidad como ser humano, tanto física como psíquicamente. Todo ello, unido a la convicción de la temporalidad de su existencia, lo lleva a proyectarse, a vivir siempre en camino al mañana: tal realidad controla su presente y lo impulsa hacia el futuro.

En la doctrina nacional, el máximo exponente del proyecto de vida fue Carlos Fernández Sessarego. Según ha reconocido en innumerables ocasiones, este concepto maduró a partir de la década de 1970, bajo la influencia del enfoque personalista de la doctrina y la legislación italiana. Dicho autor plasmó su sustento en la redacción del Libro I de las Personas en el Código Civil de 1984.

Coincidimos con Fernández Sessarego en que la posibilidad de la persona de proyectar es la manera inherente de “ser del ser humano en cuanto libre y temporal”. De forma más enfática, señala lo siguiente: “Se vive proyectando, se proyecta viviendo la vida temporal de la libertad. Es imposible para el ser humano, en cuanto ser libre y temporal, dejar de proyectar” (1996, p. 5).

El proyecto de vida, si bien se dirige al futuro, se decide en el presente y se despliega en el transcurrir del tiempo. Asumido de acuerdo a sus valores, le otorga sentido a su existencia y, en consecuencia, permite a la persona impregnar su vida de un mínimo de bienestar. De ese modo, le otorga la confianza de ser el dueño de su propio destino, con lo cual se percibe a sí mismo como un ser libre, que vive de acuerdo a su propia naturaleza y en respeto de su dignidad.

El derecho a diseñar el proyecto de vida surge con el reconocimiento de la capacidad de la persona, se puede mantener vigente aunque la persona no manifieste voluntad o se encuentre en estado de coma. Por tanto, a pesar que la vida de la persona discurra hacia un futuro incierto, el hombre pretende controlarlo y convertirse en el hacedor de su propio destino, pues es él quien lo diseña y crea las condiciones necesarias para que este se cumpla.

Una de las exigencias para desarrollar este cometido radica en que cada uno pueda reconocerse a sí mismo y ser respetado por todos los demás como un ser diferente, único en sus propias inclinaciones, particularidades y preferencias. En consecuencia, la elección debe fundarse en la autodependencia: provenir exclusivamente de sí mismo, no bajo las órdenes, influencias o

amenazas de otro. Ahora bien, la autodependencia, factor que posibilita la autorregulación de la persona y la realización de su proyecto de vida, no implica permitir que cada uno actúe en forma egoísta, desconsiderada, desconociendo el derecho de los otros. Esta debe entenderse, más bien, como el derecho de trazarse reglas a uno mismo en forma responsable y solidaria para con los demás.

El proyecto de vida se sustenta también en el reconocimiento del derecho a la igualdad de todos los seres humanos: en que cada persona, aunque igual a los demás en su naturaleza, solo es idéntica a sí misma por poseer una identidad y ser irrepetible. El concepto jurídico de igualdad del hombre tiene como objetivo evitar jerarquías entre las personas; es el fundamento del reconocimiento de los mismos derechos y obligaciones para todos en idénticas condiciones. Asimismo, justifica la prohibición de la discriminación, independientemente de la diferencia en que esta pretenda sustentarse.

Paradójicamente, una de las consecuencias de dicho concepto es que las diferencias deben ser respetadas por igual. Afirma al respecto Fromm:

(...) todos los hombres son iguales en cuanto a aquellas capacidades humanas básicas como las vinculadas con el goce de la libertad y la felicidad (...). [Sin embargo] Cada hombre es un universo para sí mismo, y es sólo su propia finalidad. Su meta es su realización de su ser, incluyendo aquellas mismísimas peculiaridades que son características de él y que lo hacen diferente de los demás. La igualdad es así la base para el desarrollo total de las diferencias, y su resultado es el desarrollo de la individualidad (2009, p. 27).

Por ello, no debe confundirse la igualdad con la uniformidad. Esta última significa la pérdida de la individualidad, lo que conlleva a la deformación de la esencia del ser humano que es diverso por su propia naturaleza.

Asimismo, el ejercicio de la libertad en el diseño del proyecto de vida se relaciona con la búsqueda de la calidad de vida. A partir del bienestar que cada quien pueda alcanzar en la medida que se perciba a sí mismo como el hacedor de su existencia, será posible que aporte lo mejor de sí en cada una de sus relaciones personales o profesionales frente a la sociedad. En general, la suma de estas satisfacciones individuales es un factor decisivo para obtener el desarrollo de las colectividades.

La posibilidad de cada persona de diseñar y ejecutar su proyecto de vida es valorada por sus implicancias psicológicas, sociológicas y económicas. El impedimento a su libre desarrollo ha recibido el nombre de daño al proyecto de vida que incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia decisión (...) afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia (1996, p. 28).

1.3 El libre desarrollo de la personalidad y la participación en la sociedad de la persona

Insistiendo en la relación de la persona frente al Estado, así como en sus relaciones entre particulares en la sociedad, Fernández Sessarego destaca el principio de autonomía de la persona respecto a cualquier ingerencia pública o privada que limite o impida que cada uno diseñe y ejecute su proyecto de vida. Respecto al rol que le corresponde al Derecho frente a la libertad de la persona, el autor señala en términos inmejorables lo siguiente:

El Derecho fue creado para proteger, en última instancia, la libertad personal, a fin de que cada ser humano, dentro del bien común, pueda realizarse en forma integral, es decir, pueda cumplir con su singular “proyecto de vida”, el mismo que es el resultante de la conversión de su libertad ontológica en acto, conducta o comportamiento (2005, pp. 7-8).

Fernández Sessarego sostiene que la libertad de la persona es el objeto de protección prioritaria del Derecho, de manera tal que las normas tienen como función “eliminar, hasta donde sea posible, los obstáculos que pudieran impedir el libre desarrollo personal ‘el proyecto de vida’, es decir, de lo que la persona desea ser y hacer en su vida” (Ibídem).

Por otro lado, Fernández Sessarego reconoce que el mérito de esta facultad del ser humano radica en su aplicación en la convivencia con sus congéneres. El ser humano no es un ser solitario; por el contrario, es esencialmente un ser social y el libre desarrollo de su personalidad lo ejercita en su vinculación con los demás. Así, la única manera en la que puede desarrollar su autonomía es relacionándose con los demás, sin afectar el derecho de cada uno de los otros, que a su vez le deben el respeto de su libertad.

La persona humana, en cuanto bien supremo del derecho, no se constituye como un elemento aislado, dotado de plenos poderes, premunida de derechos absolutos e ilimitados, con prescindencia del interés comunitario, con abstracción del contexto social dentro del cual está inmersa. La estructural coexistencialidad de la persona asegura no solo su pleno y libre desarrollo sino que, al mismo tiempo, debe permitir solidariamente el que todas las demás personas con las que se encuentra en existencial comunicación, puedan también estarlo (2001, p. 92).

El aspecto más relevante, por tanto, consiste en establecer los mecanismos que permitan a la persona expresar su voluntad en forma segura, de manera tal que los terceros puedan conocerla y respetarla.

Remontándose a Aristóteles en su reflexión acerca del hombre como un animal político, Bauman sostiene lo siguiente:

El hombre es el único animal dotado de lenguaje (...). El poder del lenguaje se encuentra en la intención de expresar qué es ventajoso y qué dañino, qué es justo y qué es injusto.

Es precisamente en esto en lo que el hombre se diferencia de los otros animales: sólo él tiene noción del bien y el mal, de la justicia y de la injusticia: y es en asociación con otros seres vivientes que poseen de este don como constituye una casa y un Estado (2011, pp. 7-8).

En el mundo del Derecho, el lenguaje cobra importancia a través de los documentos en los que se plasma lo manifestado por la persona. Los compromisos, autorizaciones y, en general, toda declaración, cobran importancia jurídica en la medida en que aparecen en documentos extendidos con las formalidades legales. De esa manera, la persona tiene la certeza de ser escuchada y hacer que los hechos sucedan conforme a su voluntad. En ese contexto, la figura del notario en la sociedad cobra una singular importancia por ser el profesional dotado de la fe pública suficiente para recibir, formalizar y conservar la voluntad de la persona respecto al proyecto de vida que diseña, transforma, modifica y vuelve a establecer tanto durante su vida, como para después de su propia muerte.

1.4 Convenios de protección de los derechos de la persona en estado vulnerable de la segunda mitad del siglo XX

Como se evidencia en las disposiciones mencionadas del Protocolo de San Salvador, en las últimas dos décadas del siglo XX, la protección de los derechos humanos se ha regulado en diversos Convenios Internacionales que contienen normas expresas de protección a las personas en situación de vulnerabilidad y discriminación en la historia de la humanidad: las mujeres, los menores y las personas con discapacidad, siendo este último sector de la población vulnerable el más invisibilizado por cuanto ni siquiera se encontraba identificado como concepto.

1.4.1 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer fue aprobada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981, tras su ratificación por veinte países. En 1989, en el décimo aniversario de la Convención, alrededor de cien naciones declaran que se consideran obligadas por sus disposiciones.

El convenio tiene como objetivo obtener la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos de las actividades sociales, culturales, políticas, económicas. La convención proclama que esta igualdad es “indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz”. Es a partir del reconocimiento

de la igualdad y la no discriminación de la mujer que se equipara como ser humano respecto del hombre y, en consecuencia, no pierde el derecho de libertad y desarrollo individual de su persona bajo ninguna circunstancia. Si bien el matrimonio y la maternidad le otorgan determinadas obligaciones, en ningún caso, estas pueden atentar contra su dignidad y el respeto a los derechos fundamentales. El proyecto de vida que cada mujer determina respecto de su existencia es el sustento de sus decisiones respecto al derecho a elegir pareja, formar una familia bajo el modelo que elija y criar a sus hijos según sus propios valores⁷.

1.4.2 La Convención sobre los Derechos del Niño

Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas, proclamada mediante Resolución No 44/25 de 20 de noviembre de 1989, fue incorporada en nuestra legislación en el Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337, publicado el 7 de agosto del 2000.

La Convención es un documento con carácter de tratado internacional que cuenta con una mayoritaria ratificación que en noviembre del 2005 alcanzaba los 192 países. Tiene el mérito especial de ser el primer compromiso formal para asegurar el cumplimiento de los derechos humanos y verificar los progresos alcanzados a favor de la infancia y adolescencia. Del mismo modo, establece la obligación de rendir cuentas sobre su cumplimiento en forma periódica al Comité de los Derechos del Niño (Unicef, 2015).

Esta Convención no es un texto declarativo de principios genéricos, ya que tiene efecto jurídico vinculante en la legislación de los países que la adoptan. Entre otras cosas, introduce un nuevo concepto del niño como un sujeto de derecho en desarrollo y reconoce que es una persona con derechos propios, que no requieren ser exigidos necesariamente por sus padres o representantes. De ese modo, el menor no es más un sujeto pasivo, sino que se le reconoce el derecho de ejercicio y goce de los derechos fundamentales en su integridad y el respeto a su dignidad. Para ello, se parte del reconocimiento de su identidad, el derecho a formar su propia opinión y expresarla.

Artículo 12.-

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

⁷ No podemos dejar de recordar que hasta antes de la vigencia del Código Civil de 1984, la mujer en el Perú tenía que obtener autorización de su cónyuge para trabajar. De la misma forma, existían actos de discriminación amparados en la ley respecto a la restricción de derechos de las madres solteras, que conllevaban incluso a la discriminación de sus hijos respecto de los derechos de los hijos matrimoniales.

2. *Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*

Como consecuencia del reconocimiento de los derechos fundamentales, la Convención establece expresamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor y el respeto a su privacidad.

Artículo 16.-

1. *Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.*

2. *El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.*

La Convención de los Derechos del Niño ratifica la protección horizontal de los derechos fundamentales de la persona desde el inicio de su existencia. Además, determina que las obligaciones y responsabilidades no corresponden solo a las autoridades, pues las amplía a otros agentes como los padres, profesores, profesionales de la salud, investigadores y los propios niños. Por otro lado, en forma sorprendente reconoce, por primera vez y en forma contundente, el derecho de autonomía a los niños, rompiendo el carácter protector y asistencial vigente hasta ese momento que había sido recogido en la legislación internacional y nacional de los Estados. Los derechos de autonomía reconocidos a los niños en la Convención corresponden a las libertades civiles de primera generación: libertad de expresión, libertad de pensamiento, conciencia y religión, y el derecho a la intimidad, regulados en los arts. 13, 14 y 16 respectivamente (Talavera, 2012, p. 97). Como consecuencia del derecho de autonomía del niño, podemos reconocer que, bajo los mismos términos, el derecho a tomar decisiones respecto a su proyecto de vida se reconoce aun a los menores, aunque por supuesto teniendo en cuenta la capacidad de discernir de acuerdo a su desarrollo.

1.4.3 La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)

Las personas con discapacidad pertenecían al sector de la población en situación de vulnerabilidad incorporados en el concepto “persona incapaz”. La legislación no reconocía a la persona con

discapacidad en su condición de vulnerabilidad que surge a partir de la interacción en la sociedad y no solo por la deficiencia personal. El derecho había mantenido la estigmatización de las personas con discapacidad, concentrando su mirada y regulación en la deficiencia de la persona, confundiendo ésta con una enfermedad que justificaba su discriminación hasta obtener la rehabilitación de la persona, lo que en la práctica muy rara vez o nunca ocurría.

Es recién en la década de los 60 y 70, que se presentan los reclamos de las propias personas con discapacidad en los Estados Unidos de Norteamérica. Reclamaban una participación igualitaria en todos los sectores de la sociedad y rechazaban la benevolencia. Resumían su petición en solicitar el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones y no más favores excepcionales. Es en este escenario que plantean por primera vez que la discapacidad no surgía únicamente por la deficiencia de la persona, sino que la construcción social los había discriminado al no pensar en sus necesidades cuando definió los bienes y servicios. Este fue el inicio de la presentación del modelo social que desvía el enfoque en la deficiencia de la persona hacia las barreras actitudinales y de accesibilidad que existen en la sociedad⁸.

El resultado de los logros obtenidos por las personas con discapacidad en Norteamérica fueron inspiradores en otras legislaciones, llamaron la atención de los colectivos de que replicaron en sus países la protesta, hasta que finalmente la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció la necesidad de crear un instrumento específico para la protección y promoción de los derechos de las personas con discapacidad. La elaboración de proyecto tiene el gran mérito de haber contado con la participación directa y activa de representantes de organizaciones de personas con discapacidad que fueron los mejores en describir la situación de vulnerabilidad, la discriminación, las condiciones requeridas para obtener el acceso que asegure su participación en las diversas actividades en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás, así como los ajustes razonables y asistencia a través de apoyos, que colaboren en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, pero eliminando toda forma de sustitución de la voluntad, preferencias e historia de vida de las personas con discapacidad.

La Convención fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York, quedó abierta a la firma el 30 de marzo de 2007. Entró en vigor el 3 de mayo de 2008, a los 30 días de la ratificación de la veintava parte de los Estados firmantes. Actualmente, son más de 140 países ratificantes. Todos los países que

⁸ SALMON, E. y Bregaglio, R. Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Instituto de Democracia y Derechos Humanos PUCP Lima - Perú.

conforman la Unión Internacional del Notariado, de los 5 continentes, salvo escasas excepciones han ratificado la CDPD, aunque un menor número ha suscrito también el Protocolo Facultativo. Adjuntamos como anexo en el presente trabajo un cuadro que hemos preparado con la indicación de los países que integran la Unión Internacional del Notariado y han ratificado la CDPD así como su Protocolo Facultativo.

El propósito de la Convención es el reconocimiento del goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertad. Compromete a todos los miembros de la sociedad en un cambio respecto a la discapacidad, inclusive respecto al tratamiento de la salud: de un modelo médico o rehabilitador se pasa a un modelo social o integrador, que considera la discapacidad como una situación derivada de estructuras y condicionamientos sociales. El problema de la discapacidad deja de explicarse a partir de la deficiencia de la persona, para pasar a hacerlo a partir de las “deficiencias” de la sociedad, que se traducen en barreras discapacitantes. Considera que las causas que dan origen a la discapacidad son preponderantemente sociales.

A partir de la Convención, las personas con discapacidad reciben una mirada desde su dimensión humana y personal: aunque se reconoce que se encuentran en una situación de desventaja social, se asume que debe ser compensada mediante la adaptación de la sociedad a sus necesidades y no al revés. Por otro lado, el modelo social de integración se sustenta en la dignidad, la libertad entendida como autonomía de la persona con discapacidad que exige que la persona sea el centro de las decisiones que le afecten, negando toda forma de sustitución y la igualdad de todo ser humano, en cualquier circunstancia que se encuentre, por diversa que esta sea. El Estado y la sociedad asumen el compromiso de procurar medidas de accesibilidad para fomentar la participación activa de todas las personas en igualdad de condiciones, con el objeto de que cada persona logre los objetivos que considere esenciales, el desarrollo de su proyecto de vida, de manera tal que alcance su propio bienestar, según su propio criterio.

El propósito de la Convención y la definición de las personas con discapacidad contenida en el artículo 1 de la Convención constituye un cambio radical respecto al concepto tradicional de capacidad civil, que dividía a las personas en capaces e incapaces a partir de las deficiencias de la persona. El nuevo enfoque social que plantea la Convención se centra en las barreras sociales que impiden o limitan el ejercicio de la capacidad de la persona con discapacidad. Por tanto, la discapacidad surge en la interacción de la persona en la sociedad.

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.

En el texto de la definición de las personas con discapacidad del artículo 1, es relevante tener en cuenta que el término utilizado en la definición de las personas con discapacidad es que “incluyen a aquellas que tengan deficiencias (...), a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, (...) Participación plena (...), en igualdad de condiciones que las demás”. La Convención por tanto no presenta una lista estática de quienes son las personas con discapacidad. Los factores sociales, culturales e históricos pueden definir las deficiencias y presentar o no barreras que permitan o limiten la participación en igualdad de condiciones. Es por ello que en las primeras legislaciones que han modificado la regulación de la capacidad jurídica, han definido a la persona con discapacidad incluyendo a aquellas contenidas en el artículo 1 de la Convención, pero han incorporado o no a otro grupo de personas. Tal es el caso de las personas toxicómanas, los ebrios habituales, los pródigos y los malos gestores, que en el Perú conservan la condición de personas con capacidad restringida, pero en otros países podrían ser incorporados como personas con discapacidad.

El artículo 2 de la Convención presenta una lista de definiciones de conceptos nuevos que resultan claves para realizar los cambios en las legislaciones, de manera tal que permitan la participación efectiva de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones y todos los aspectos de su vida. Los Estados Partes están obligados a incorporar en su legislación los nuevos conceptos señalados en el artículo 2 de la Convención, y darle el detalle del contenido que permita asegurar la implementación del modelo social del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Artículo 2

Definiciones

A los fines de la presente Convención:

La “comunicación” incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como

el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso;

Por “lenguaje” se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal;

Por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;

Por “ajustes razonables” se entenderán 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;

Por “diseño universal” se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El “diseño universal” no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten.

El artículo 3 establece los principios de la Convención que sirven de sustento y atraviesan cada una de los mandatos. Los principios son: a) La dignidad, la autonomía individual incluyendo la libertad de tomar las propias decisiones, (esto es el derecho a cometer errores), y la independencia de las personas (entendemos la no influencia en las decisiones); b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) la igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños, niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

El artículo 4 contempla obligaciones generales de los Estados Partes, entre las cuales destaca la obligación de modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres, prácticas existentes que

constituyan discriminación contra las personas con discapacidad. De manera tal, que todas las legislaciones de los países ratificantes de la convención que mantienen legislaciones ajenas a los principios y mandatos de la Convención, que siguen contemplando la incapacidad para las personas con discapacidad, la interdicción y la curatela se encuentran en una clara y abierta transgresión de la CDPD.

El artículo 5 contempla la obligación de los Estados Partes de reconocer la igualdad de todas las personas y eliminar la discriminación por motivos de discapacidad. Este artículo tiene una aplicación transversal.

Los artículos 6 y 7 se refieren a las obligaciones especiales que tienen los Estados Partes respecto de las mujeres, niños y niñas con discapacidad.

El artículo 8 denominado Toma de Conciencia, contempla una serie de medidas que deben adoptar de manera inmediata, efectiva y pertinente los Estados Partes con el propósito de sensibilizar a la población respecto a las personas con discapacidad, educar en el respeto de los derechos y la dignidad de las personas. Como ya lo había mencionado anteriormente, este artículo contempla bajo la denominación Toma de Conciencia, la llave para abrir las puertas al entendimiento y cumplimiento de la CDPD, si no trabajamos en el esfuerzo de sensibilizarnos y comprender la dignidad de la persona, la autonomía, el respeto a la diversidad y la igualdad en el acceso al ejercicio de todos los derechos de todo ser humano, no llegaremos a implementar en la sociedad el cambio que impone la Convención.

Los artículos 9 al 30 desarrollan una serie de derechos más concretos para lograr el propósito de la Convención.

El artículo 12 que muchos consideran la piedra angular de la CDPD es el de mayor trascendencia y discusión, ordena “Igual reconocimiento como persona ante la ley” de las personas con discapacidad. En los numerales 3 y 4 del artículo 12 contempla la posibilidad de la persona con discapacidad de contar con apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de la capacidad jurídica, el deber de proporcionar salvaguardias para impedir los abusos de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, evitar el conflicto de intereses y la influencia indebida.

Apoyo y salvaguardias son dos conceptos nuevos en que introduce por primera vez la Convención, con motivo de asegurar a las personas con discapacidad el ejercicio de la capacidad jurídica. Más adelante comprobaremos que el reto del legislador es darle contenido en la redacción de las normas a estos dos nuevos conceptos jurídicos. El numeral 3 que regula el apoyo lo define como “medidas pertinentes”, su objetivo es cubrir las necesidades de la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.

El numeral 4 del artículo 12 define las salvaguardias como “medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica”, utiliza dos adjetivos para definir su contenido: “adecuadas y efectivas”. Su objetivo es asegurar “respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida”. Además delimita las salvaguardias al señalar “que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona”. Una precisión importantes es “que se apliquen en el plazo más corto posible”, además establece la obligación de “exámenes periódicos”, es por ello que no pueden ser indefinidas, resulta indispensable un plazo de revisión.

El numeral 5 del artículo 12 establece la obligación de los Estados Partes de reconocer 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, así como velar por que las personas con discapacidad no sean privadas de su bienes de manera arbitraria.

Por su singular importancia y debido a que subyace en las nuevas obligaciones establecidas en la legislación peruana que regula la capacidad jurídica, transcribimos a continuación el artículo 12:

Artículo 12

Igual reconocimiento como persona ante la ley

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

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

El artículo 31 establece la obligación de que los Estados Partes recopilen datos estadísticos y de investigación, que será utilizada para evaluar el cumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones frente a la Convención. El artículo 32 reconoce la importancia de la cooperación internacional a los efectos de promover el cumplimiento efectivo de las obligaciones asumidas en la Convención; contempla la posibilidad de asociarse, cuando corresponda con organizaciones internacionales y regionales pertinentes y la sociedad civil, en particular organizaciones de personas con discapacidad.

Los artículos 33 al 40 asumen las cuestiones relativas a la aplicación y supervisión de la Convención, tanto a nivel de los propios Estados Partes, como a nivel internacional.

El artículo 34 crea el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, describe quienes son sus integrantes, la organización interna, y su vinculación con las Naciones Unidas. El artículo 35 detalla los Informes que presentarán los Estados Partes en forma periódica sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones establecidas en la Convención.

Finalmente los artículos 41 al 50 se encuentran referidos a las formalidades de la firma, adhesión de los Estados, la entrada en vigor, las reservas, las denuncias que se pueden efectuar, presentación de la Convención en formatos accesibles y los idiomas de los textos auténticos.

1.4.4 El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

El Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad fue aprobado conjuntamente con la CDPD. No todos los Estados Partes de la Convención han aprobado el Protocolo facultativo. Es probable que por tratarse de un órgano de control, se hayan presentado reservas en cuanto a su ratificación.

El artículo 1 del Preámbulo del Protocolo, establece el acuerdo de las obligaciones que asumen los Estados Partes que aprueben el Protocolo así como la competencia que tiene el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

Artículo 1

Todo Estado Parte en el presente Protocolo ("Estado Parte") reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ("el Comité") para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sujetos a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas.

Los artículos 2 al 7 establecen los requisitos de admisión de las denuncias, el trámite de investigación y descargo del Estado denunciado y la conclusión sobre el fondo de la denuncia que incluye las sugerencias puede ser la solicitud al establecen el trámite de las denuncias, la formulación de observaciones y recomendaciones que estime convenientes. Los artículo 8 al 18 se refieren a las formalidades de la ratificación de los Estados Partes.

1.4.5 Observaciones generales aprobadas por el CRPD

El Comité PCD es el órgano de control de la CDPD, para tal efecto ha recibido las facultades necesarias que le permiten la vigilancia, supervisión directa o a través del trámite de las denuncias presentadas por los interesados. De conformidad con lo establecido en los artículos 35 a 37 de la CDPD la función de control puede realizarla a través de informes periódicos, o según lo indican los artículos 1 a 5 del Protocolo Facultativo, mediante comunicaciones individuales, además de realizar investigaciones de oficio por violaciones sistemáticas y generalizadas, según lo disponen los artículos 6 y 7 del Protocolo Facultativo.

El artículo 4.7.1 del Reglamento del Comité PCD establece que el Comité de PCD puede emitir Observaciones Generales de diferentes artículos de la CDPD, con el objeto de complementar, precisar e interpretar los preceptos de especial relevancia de la CDPD. Las Observaciones Generales adoptadas por el Comité PCD son las siguientes:

1. Observación general núm. 1 (2014) – Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley.
2. Observación general núm. 2 (2014) – Artículo 9: Accesibilidad.
3. Observación general núm. 3 (2016) sobre las mujeres y las niñas con discapacidad.
4. Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva.
5. Observación general núm. 5 (2017) sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.
6. Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación

7. Observación general núm. 7 (2018) sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención.

La Observación general núm. 1, se encuentra referido al “Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley”, contiene la clave para identificar el principio básico del cambio que propone la CDPD al reconocerle iguales derechos a las personas con discapacidad, antes marginadas y discriminadas.

Con el objeto de conseguir una mejor interpretación del artículo 12 de la Convención, la Observación general núm.1, se remite a una revisión histórica de otros documentos internacionales que antecedieron a la Convención, donde encuentra el fundamento del derecho de igualdad como un derecho humano que sustenta el respeto a la autonomía individual, incluida la libertad de tomar decisiones, y la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre el hombre y la mujer; y el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

En los numerales 5 y 6 de la Observación núm. 1 se remite a La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, que especifica que el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley es operativo “en todas partes”; al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que no es posible suspender ese derecho ni siquiera en situaciones excepcionales; a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer garantiza la igualdad de la mujer ante la ley y exige que se reconozca a la mujer una capacidad jurídica idéntica a la del hombre, en particular para firmar contratos, administrar bienes y ejercer sus derechos en el sistema de justicia; a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que establece el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley y a gozar de igual protección de la ley; a la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho a la personalidad jurídica y el derecho de toda persona a ser reconocida como tal ante la ley.

La revisión de la implementación de la CDPD por diversos exponentes de la doctrina internacional así como los textos de las Observaciones generales plantean en los últimos años una nueva

calificación del modelo social de la CDPD, describiéndolo como un modelo de derechos humanos, el que resulta del nuevo enfoque de la discapacidad como superación del modelo social.⁹

Como conclusión de la rápida relación de los principales tratados internacionales referidos a los derechos humanos, se puede afirmar que en la actualidad el derecho supranacional establecido en las convenciones internacionales que regulan los derechos humanos, tiene como objetivo la protección y eficacia de los derechos del hombre de forma universal. Ello ha determinado la apertura de los sistemas constitucionales y legales nacionales a una conciencia generalizada internacionalmente que tiene como consecuencia la consolidación de una protección homogénea de los derechos humanos a nivel supra estatal. Por consiguiente, la relación de los Estados se ha venido estructurando con base en problemas de actualidad que han atravesado fronteras y, por tanto, resultan comunes a los diversos territorios (Del Rosario, 2012, pp. 117-119).

⁹ PALACIOS, Agustina. ¿Un nuevo modelo de derechos humanos de la discapacidad? Algunas reflexiones – Liberas Brisas- Frente al necesario impulso de una nueva ola del modelo social. Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos. Vol 4 (2) Año 2020 ISSN 2525- 1623 Licencia: CC BY

Capítulo II

La capacidad jurídica en la legislación peruana antes de la adecuación a la CDPD

En el presente capítulo presentaremos la legislación peruana que se encontraba vigente a partir de la promulgación del Código Civil de 1984, las principales modificaciones que hubo en la regulación de la capacidad jurídica en los primeros 15 años del siglo XXI, así como la asignación al notario de nuevas competencias en materia de capacidad jurídica. El propósito de este capítulo es entender el proceso previo que tuvo que llevarse a cabo antes del gran cambio en la regulación de la capacidad jurídica adecuada a la CDPD.

2.1 La Capacidad Jurídica en el Código Civil

El Código Civil de 1984 reconocía a la persona como una categoría del sujeto de derecho, que resulta inherente a la persona natural desde su concepción y durante toda su vida, sólo se extingue con la muerte que pone fin a la persona humana. En cuanto a la capacidad jurídica, no contenía una definición; sin embargo, la regulaba adoptando una posición dualista, a saber, capacidad de goce y capacidad de ejercicio. El artículo 3 del Código Civil era un reconocimiento de la capacidad jurídica o de goce, no distinguía una de otra; es decir, la capacidad jurídica solo alcanzaba el goce y la capacidad de ejercicio admitía excepciones, no era universal.

La capacidad de ejercicio de todas las personas mayores de edad se encontraba regulada en el artículo 42° del Código Civil, que establecía: “Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43° y 44°.”

La pérdida o restricción de la capacidad de ejercicio establecida en el Código Civil era: “absolutamente incapacidad”, en los casos señalados en el artículo 43°, y “relativamente incapaces”, descritos en el artículo 44°. Sirviéndose sólo de este binomio de “capacidad absoluta” versus “capacidad relativa”. El Código agrupaba en una sola norma las diferentes circunstancias en las que la persona podía verse legalmente privada de la capacidad de ejercicio. En la misma categoría se encontraban las causas naturales (la edad), las personas que bajo el modelo médico rehabilitador eran consideradas como personas con alteración de la salud mental, lo que por actos propios incurrieran en disposición riesgosa de su patrimonio para sí mismos o para su familia (prodigalidad) así como las personas que por acto propio eran sancionados penalmente con la inhabilitación civil.

La calificación de incapacidad absoluta o incapacidad relativa, incluía a las personas con discapacidad. El artículo 43° numerales 2 y 3 del Código Civil señalaba que eran personas con

“Incapacidad Absoluta”: “aquellos que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento”, y; “Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable. El artículo 44° que establecía las personas que tienen incapacidad relativa incluía en los numerales 2 y 3 “a los retardados mentales” y “los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad”. En consecuencia, las personas con discapacidad intelectual o cognitiva, eran calificadas en el Código Civil de 1984 como incapaces absolutos o incapaces relativos, según lo detallado anteriormente.

El Juez era la autoridad competente para determinar en cada caso, según el informe médico psiquiatra, la calificación de la persona respecto al ejercicio de su capacidad jurídica. En los casos de “incapacidad absoluta” o, “incapacidad relativa”, el Juez declaraba la interdicción de la persona y le imponía un curador que lo sustituía en el ejercicio de su capacidad jurídica, administraba sus bienes, cobraba su pensión y demás derechos patrimoniales que pudieran corresponderle, además ejercía representación de la persona interdicta en el ejercicio de cualquier acto jurídico o personal. En los casos de disposición de bienes de las personas con discapacidad era el Juez quien autorizaba expresamente al curador para realizar el acto de disposición.

El Juez declaraba la interdicción de la persona incapaz, nombraba un curador según un orden de prelación pre establecido en el mismo Código Civil, eligiendo al más cercano de los familiares, o al cónyuge. La voluntad de la persona “incapaz” no era tomada en cuenta en el proceso de nombramiento del curador en cuanto a la elección de la persona, así como tampoco en cuanto a las facultades que le eran asignadas¹⁰.

El curador sustituía a la persona declarada interdicta en el ejercicio de todos sus derechos civiles. No existía en la realidad control del ejercicio de las funciones del curador. El cargo era prácticamente vitalicio. Durante la existencia de este régimen de capacidad jurídica no se presentó un solo caso en el que se haya restituido la capacidad jurídica de alguna persona declarada interdicta.

La persona con capacidad jurídica que devenía en alguna causal de “incapacidad” tampoco se encontraba protegida en cuanto al respeto de su voluntad y manifestaciones previas ante el supuesto de perder su capacidad jurídica. El Código Civil no regulaba los poderes preventivos o las voluntades anticipadas o directivas anticipadas.

2.2 Ley 26842 Ley General de la Salud

¹⁰ MEJÍA, Rosalía. Estipulaciones de autotutela para la propia incapacidad: la penúltima voluntad. 1ra. ed. Lima: Editora y Librería Jurídica Grijley, 2009.

En el año 1997 se promulgó en el Perú la Ley General de Salud Ley N° 26842, innovadora en América del Sur, que reconoció por primera vez los derechos de toda persona usuaria de los servicios de salud acorde con los derechos humanos, la dignidad de la persona y los principios rectores de la Bioética que propician el respeto de la persona frente a toda medida que pueda convertirla en un objeto frente a la ciencia y la tecnología, sin reconocer que esta es el fin y no el medio.

La Ley 26842 promulgada bajo la vigencia de la Constitución de 1993, contemplaba derechos a toda persona usuaria de los servicios de salud, entre estos, el derecho del paciente a ser informado y, a prestar consentimiento previo o rechazar cualquier medida de salud respecto de su persona.

Artículo 15.- Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho:

a) El respeto a su personalidad, dignidad e intimidad; b) A exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece; c) A no ser sometida, sin su consentimiento, a exploración, tratamiento o exhibición con fines docentes, d) A no ser objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos o tratamientos sin ser debidamente informada sobre la condición experimental de estos, de los riesgos que corre y sin que medie previamente su consentimiento escrito o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere, o si estuviere impedida de hacerlo; e) A no ser discriminado en razón de cualquier enfermedad o padecimiento que le afectare; f) A que se le brinde información veraz, oportuna y completa sobre las características del servicio, las condiciones económicas de la prestación y demás términos y condiciones del servicio; g) A que se le dé en términos comprensibles información completa y continuada sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de los medicamentos que se le prescriban y administren; h) A que se le comunique todo lo necesarios para que pueda dar su consentimiento informado, previo a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento, así como negarse a este; (...).

La Ley General de la Salud tuvo un impacto en la regulación de la capacidad jurídica del Código Civil de 1984 que se encontraba regulado bajo el modelo médico – rehabilitador. Se presentaba una contradicción en cuanto a la interdicción y curatela de la persona declarada “incapaz” y los derechos que como paciente eran reconocidos en la Ley General de la Salud. Ley promulgada unos

años después que reconocía la capacidad de ejercicio de toda persona en las medidas de la salud como un derecho y un deber personalísimo. Por tanto, las personas con capacidad de ejercicio restringida, contempladas en los incisos 2 y 3 del artículo 43° y los incisos 2 y 3 del artículo 44° a quienes se les declaraba interdictos y nombraba un curador por razones de la salud mental (hoy reconocidas como discapacidad intelectual o cognitiva), se encontraban ante la vigencia de dos normas contradictorias.

2.3 Ley 30490 Ley de la Persona Adulta Mayor

Otro factor que impactó en las instituciones de la curatela y la interdicción fue el incremento del tiempo de vida. En efecto, el promedio de vida de las personas se incrementó considerablemente en las últimas décadas del siglo pasado. En 1984, año en el que se promulgó el Código Civil, la esperanza de vida de las personas en el Perú era de 62 años¹¹; sin embargo, en el año 2010, el promedio de vida de las personas en el Perú se incrementó a 74 años¹² y sigue elevándose. Según el último informe del Instituto Nacional de Estadística (INEI) en el reporte difundido con ocasión del Día Mundial de la Población, la esperanza de vida al 2020 se ha incrementado a 76.9 años en promedio, lo que significa un alza de once años en las últimas tres décadas.

El aumento de la población adulta mayor ha determinado que cada vez más se presenten casos de personas que habiendo gozado de capacidad plena, por razones de accidentes cardiovasculares, enfermedades degenerativas y otras causas relacionadas con el deterioro de la salud de personas de edad avanzada, devengan en una situación de discapacidad. Lo que conlleva la posibilidad de no poder manifestar voluntad y permanecer en tal estado durante varios años. Ante esa posibilidad, se advertía las consecuencias de ser “incapacitados” y quedar sujetos a la interdicción y curatela que anulaba su personalidad jurídica, negaba la imposición de su voluntad, preferencias, en fin, dejaba de ser tomado en cuenta en las decisiones más trascendentales de su propia existencia.

En el año 2016 se promulgó la Ley 30490 Ley de la Persona Adulta Mayor, que define como tal a la persona que tiene 60 o más años de edad. Establece que la ley se aplica teniendo en cuenta los siguientes enfoques: “(...) de derechos humanos, género, intergeneracional e intercultural, que son desarrollados y establecidos en el reglamento de la presente ley, de acuerdo a la normatividad vigente”.

¹¹ Perú – Esperanza de vida al nacer. Datosmacro, s/f. Disponible en: <https://datosmacro.expansion.com/demografia/esperanza-vida/peru?anio=1985>

¹² Perú – Esperanza de vida al nacer. Datosmacro, s/f. Disponible en: <https://datosmacro.expansion.com/demografia/esperanza-vida/peru?anio=2010>. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA – PERÚ. Estimaciones y Proyecciones de Población por Departamento, Sexo y Grupos Quinquenales de Edad, 1995-2025. Boletín de Análisis Demográfico N° 37, Lima, 2009.

La Ley 30490 reconoce que la persona adulta mayor es titular de derechos humanos y libertades fundamentales y ejerce, entre otros, el derecho a tener una vida digna, plena independiente, autónoma y saludable, a contar con igualdad de oportunidades, a la no discriminación por razones de edad y a no ser sujeto de imagen peyorativa, a participar activamente en todas las esferas de la sociedad, a recibir información adecuada y oportuna en todos los trámites que realice, a brindar su consentimiento previo e informado en todos los aspectos de su vida, a recibir atención integral en salud y participar del proceso de atención de su salud por parte del personal de salud a través de una escucha activa, proactiva y empática, que le permita expresar sus necesidades e inquietudes. El Reglamento de la Ley 30490 Ley de la Persona Adulta Mayor, Decreto Supremo N° 007-2018-MIMP, fue promulgado con fecha 26 de agosto del año 2018, días antes de la promulgación del Decreto Legislativo 1384, lo que explica su vinculación directa con la nueva regulación en materia de capacidad jurídica. El Reglamento define el “Enfoque Inclusivo o de Atención a la Diversidad”:

4.6 Enfoque Inclusivo o de atención a la Diversidad

La Sociedad y el Estado reconocen la diversidad y el derecho de todas las personas, brindando así el acceso a un desarrollo integral en todas las etapas de la vida.

A partir del modelo social, las personas en condición de discapacidad deben gozar de igualdad de oportunidades al ejercer cada uno de sus derechos. Para ello, la sociedad reconoce y respeta su dignidad como persona, así como sus habilidades, sus competencias, y las contribuciones que brinda. Asimismo, el Estado debe realizar los ajustes razonables e implementar entornos con accesibilidad para garantizar el desarrollo pleno de las personas con discapacidad en todos los aspectos de su vida.

El Reglamento se adelanta a la modificación del Código Civil reconociendo el derecho de igualdad de las personas en el ejercicio de sus derechos, independientemente de sus habilidades y competencias. Asimismo, describe la obligación del Estado para eliminar las barreras que impidan la accesibilidad de todas las personas a través de ajustes razonables.

De otro lado, el Reglamento crea los Centros Integrales de Atención al Adulto Mayor, CIAM:

Artículo 11.- Centros Integrales de Atención al Adulto Mayor

Los Centros Integrales de Atención al Adulto Mayor, en adelante CIAM, constituyen servicios creados por los Gobiernos Locales que tienen como función principal la coordinación y articulación de intervenciones locales con instituciones públicas, privadas y la sociedad civil para la atención de la problemática de las personas adultas

mayores de su jurisdicción; asimismo promueve el autocuidado de la persona adulta mayor y su participación e integración social, económica y cultural.

Resulta importante conocer el rol que cumple el CIAM en la sociedad, por cuanto conforme desarrollaremos más adelante, la nueva legislación en materia de capacidad jurídica que establece el sistema de apoyos y medidas de salvaguardía, otorga al CIAM funciones en la supervisión del ejercicio de facultades de los apoyos de las personas adultas mayores, especialmente cuando los apoyos ejercen facultades de representación para el cobro de pensiones de las personas adultas mayores.

2.4 Ley 29633, Ley que fortalece la tutela del incapaz o adulto mayor

La primera medida de reforma en la legislación de la curatela. El año 2010 se promulgó la Ley 29633, Ley que fortalece la tutela del incapaz o adulto mayor, que reconoció el derecho de las personas adultas mayores (a partir de los 60 años, según la legislación nacional), a designar la persona de su curador de forma anticipada en caso de ser declarada interdicta en el futuro por encontrarse en alguna de las causales previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 43°, o, 2 y 3 del artículo 44° del Código Civil vigente en dicha oportunidad.

Por primera vez establece el derecho de elegir a la persona que podría ser designada como curador ante su futura “incapacidad”, además deja a su entera voluntad la elección de la persona a ser designada, no lo obliga a designar al cónyuge o algún miembro de la familia. En forma expresa reconoce también la posibilidad de rechazar la persona que no desea que sea nombrado como curador. Dispone la posibilidad de otorgar facultades al curador designado, lo cual permitía que la propia persona adulta mayor con capacidad plena diseñe su proyecto de vida para el periodo de su existencia en que requiera del nombramiento de un curador, ya sea por encontrarse imposibilitado de manifestar voluntad o en alguna de las situaciones determinadas en las normas detalladas.

La designación anticipada de curador, se formalizaba ante notario, en presencia de dos testigos y se inscribía en la Oficina Registral. En el caso supuesto de que la persona deviniera en incapaz y se solicitara su interdicción y nombramiento de curador, el Juez estaba obligado a solicitar a la Oficina Registral la información acerca del posible nombramiento anticipado. En caso de encontrarse inscrita la escritura pública correspondiente, el Juez declaraba interdicta a la persona

y al nombrarle al curador estaba obligado a respetar la voluntad anticipada de la persona en la escritura pública inscrita¹³.

2.5 La ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad por el Estado peruano

Mediante Resolución Legislativa N° 29127 de fecha 30 de octubre del 2007, ratificada el 30 de enero de 2008, el Estado peruano aprobó la CDPD y su Protocolo. Ambos documentos entraron en vigencia el 3 de marzo de 2008. De conformidad con la Cuarta Disposición final y Transitoria de la Constitución Política del Perú:

“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

En consecuencia, a partir del año 2008, en mérito al mandato constitucional era posible aplicar el control de convencionalidad; sin embargo, fueron escasas las sentencias que se animaron a hacerlo.¹⁴

La reforma en materia de capacidad jurídica resultaba un imperativo pendiente del compromiso que tenía el Estado peruano, como Estado Parte 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.

2.6 Ley 29973 Ley General de la Persona con Discapacidad

A partir de la aprobación de la Convención y antes de la reforma del Código Civil que reconoce los derechos de las personas con discapacidad, se promulgaron algunas disposiciones legales que introdujeron reformas al Código Civil, Código Procesal Civil y Ley del Notariado que modificaron

¹³ MEJÍA, Rosalía. Hacia la protección de la voluntad de la persona vulnerable. Comentarios a la ley que faculta la designación del propio curador en la legislación peruana. Actualidad Jurídica, n. 216. Disponible en: <http://notariosaliamejia.com/pdf/2.pdf>

¹⁴ La sentencia más resaltante fue la emitida el 15 de junio del 2015, por el Juez Edwin Romel Bejar Rojas, Juez del 3° Juzgado de Familia en el Cusco al resolver el Expediente 1305-2012 denegó la petición de una madre de declarar interdictos a sus dos hijos de 47 y 45 años con esquizofrenia paranoide, solicitando ser nombrada curadora. El Juez declaró infundada la demanda, designó apoyos y salvaguardias para lo cual aplicó el control difuso de convencionalidad siguiendo los mandatos de la CDPD y la Observación General N° 01 del Comité de la CDPD.

la regulación de la capacidad jurídica en aspectos puntuales a favor de un grupo determinado de personas con discapacidad intelectual, pero no respetaron los mandatos del artículo 12 de la Convención. No se presentaron grandes cambios al régimen existente de la regulación de la capacidad jurídica hasta antes del año 2018 en el que se promulgó el Decreto Legislativo 1384.

La Ley 29973, de fecha 13 de diciembre de 2012, Ley General de la Persona con Discapacidad, y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 002-2014-MIMP, fue el primer intento de incorporar los mandatos de la CDPD. 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.

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 igualdad de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en las mismas condiciones que las demás personas, 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, el derecho 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 leído por el notario o el testigo testamentario que el testador designe. Ante el supuesto que el testador fuera una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, el testamento por escritura pública debía ser 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 el régimen de la capacidad jurídica establecido en el Código Civil de 1984. En consecuencia, a partir de la promulgación de Ley 29973, 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.

2.7 Proyectos de Reforma del Código Civil en materia de Discapacidad

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 la 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). 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, 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 curatela¹⁵; 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.

2.8 Decreto Legislativo 1310 del 30 de diciembre del 2016 que estableció el Proceso No Contencioso de Curatela Especial

La legislación en materia de capacidad jurídica sufrió un grave retroceso respecto a los esfuerzos de lograr la implementación de los mandatos de la Convención al promulgarse el Decreto

¹⁵ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Perú. Séptimo período de sesiones. 16 a 20 de abril de 2012. CRPD/C/PER/CO/1. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fPER%2fCO%2f1&Lang=en

Legislativo 1310 que reinsertó en la legislación una nueva modalidad de curatela para la persona con discapacidad, a través de 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 al Inciso 3 del Artículo 44° del Código Civil:

Artículo 43°. Incapacidad Absoluta

Son absolutamente incapaces

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

Artículo 44°. Incapacidad Relativa

Son relativamente incapaces

(...)

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 atravesaba un sector importante de personas mayores de 60 años que perciben una pensión de jubilación de diversos organismos públicos y/o privados que en la mayoría de las ocasiones era el único medio de subsistencia que contaban. Lamentablemente, las entidades que otorgan las pensiones, exigían certificados de salud mental y solicitaban la presencia física de los pensionistas. Muchos de ellos no se encontraban en pleno estado de capacidad física o intelectual, lo que era utilizado como pretexto para exigir la declaración de interdicción y el nombramiento de curador como requisito previo para el pago de sus pensiones. Hasta que no se cumpliera con ese requisito impuesto por las autoridades, éstas negaban el pago de la pensión, con el consecuente perjuicio económico para el beneficiario, por cuanto el proceso judicial podía demorar mas de dos años.

En el nuevo proceso no contencioso de designación de curador especial para el cobro de pensiones, la persona a ser designada como curador se encontraba prevista en un orden de prelación que incluía al cónyuge, conviviente y demás familiares o terceros, según lo dispuesto 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 trámite era de un proceso no contencioso de competencia notarial. La prueba principal que sustentaba la petición era el certificado médico que debía señalar en forma expresa 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.

Tal como era de esperarse, el proceso no contencioso de Curatela Especial establecido por el Decreto Legislativo 1310, promulgado en el año 2016 en circunstancias que había un trabajo avanzado para la aprobación de un proyecto de reforma integral de la capacidad jurídica que eliminará la interdicción y la curatela para las personas con discapacidad, fue objeto de observación del Comité de Seguimiento de la CDPD 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 con discapacidad en el cobro de su pensión¹⁶. 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.

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

¹⁶ MESA Y DISCAPACIDAD Y DERECHOS DE LA COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Informe Alternativo para el Comité por los Derechos de las Personas con Discapacidad 2019 – Perú. Lima, 2019. Disponible en: <https://drive.google.com/.../173or6kEOExOag1j6zJeXW.../view>.

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, 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 su actuación, 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.

Capítulo III

La implementación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad

En el presente capítulo desarrollaremos las normas que contienen la implementación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Perú. Analizaremos el Decreto Legislativo 1384 de fecha 3 de setiembre del año 2018, mediante el cual se llevó a cabo la derogación, modificación y sustitución integral de las normas que regulaban la capacidad jurídica en el Código Civil, Código Procesal Civil y Ley del Notariado por los Decretos Legislativos, así como su reglamento y otras normas complementarias que completaron la nueva regulación de la capacidad jurídica. Confirmaremos que a medida que el derecho reconoce la autonomía de las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, la función del Juez cede al notario la función de asesorar, informar, orientar al usuario, formalizando a través de los instrumentos públicos la voluntad libremente ejercida por la persona en los actos con relevancia jurídica.

3.1 La nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Código Civil

- El nuevo concepto de la capacidad jurídica

De conformidad con la CDPD, la nueva legislación establece un cambio de paradigma al reconocer la capacidad jurídica de goce y ejercicio de las personas con discapacidad en todos los aspectos de sus vidas. Establece el derecho de igualdad de la capacidad jurídica a partir de un enfoque sustentado en el modelo social que reconoce la capacidad jurídica como un derecho humano.

Artículo 3.- Capacidad jurídica

Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.

Artículo 42.- Capacidad de ejercicio plena

Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad. Excepcionalmente tienen

plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.

En la condición de personas con incapacidad absoluta solo han quedado los menores de 16 años, salvo para aquellos actos determinados en la ley. La legislación peruana otorga la mayoría de edad a las personas mayores de 18 años.

Las implicancias en el ejercicio de la función notarial respecto a esta nueva regulación de la capacidad jurídica es que todas las personas con discapacidad que se encuentren ante la posibilidad de manifestar voluntad para celebrar un acto jurídico, pueden acudir al notario para formalizar actos y contratos en igualdad de condiciones que los demás.

Aunque será objeto de mayor desarrollo, adelanto en señalar que las personas con discapacidad que con anterioridad a la vigencia del Decreto Legislativo 1384 hubiesen sido judicialmente declarados interdictos, tengan o no curador vigente, tienen que realizar un trámite judicial de restitución de capacidad jurídica para poder ejercerla.

3.2 Capacidad de ejercicio restringida

El Decreto Legislativo 1384 establece como principio que la capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Mantiene las instituciones de curatela e interdicción para los casos de las personas con incapacidad relativa, previstos en los incisos 4 al 9 del artículo 44 del Código Civil. Incorpora el inciso 9 al artículo 44 del Código Civil referido a la persona en estado de coma, concepto que anteriormente no había sido contemplado en disposición alguna que regule la capacidad jurídica.

El Decreto Legislativo 1384, elimina del listado de personas con capacidad restringida contempladas en el Código Civil anterior, a las personas que “adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad (inciso 3 del artículo 44 del Código Civil anterior).

El nuevo texto del artículo 44 que mantiene vigente la capacidad restringida, dispone lo siguiente:

Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida

Tienen capacidad de ejercicio restringida:

- 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.*
- 2.- (Derogado).*
- 3.- (Derogado).*
- 4.- Los pródigos.*
- 5.- Los que incurren en mala gestión.*

6.- *Los ebrios habituales.*

7.- *Los toxicómanos.*

8.- *Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.*

9.- *Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad*

3.2.1 Interdicción y curatela para las personas con capacidad restringida

Los artículos 564 y 566 del Código Civil en sus textos modificados por el Decreto Legislativo 1384, regulan la curatela y la interdicción de las personas con capacidad restringida. El artículo 564 establece que se encuentran sujetas a curatela las personas a que se refiere en artículo 44 numerales 4, 5, 6, 7 y 8. El artículo 566 señala que no se puede nombrar curador para las personas contempladas en el artículo 44, numerales 4 al 7 sin que proceda la declaración de interdicción.

En consecuencia, la interdicción y la curatela como medidas que favorecen la sustitución del ejercicio de las personas con discapacidad se mantiene en el Código Civil solo y exclusivamente para las personas con capacidad restringida, mas no para las personas con discapacidad.

Artículo 45- A.- Representantes Legales

Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44 contarán con un representante legal que ejercerá los derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela.

La situación de los ebrios habituales y toxicómanos, generó muchas dudas con respecto a la posibilidad de ser considerados personas con discapacidad. El debate finalmente fue resuelto aplicando el enfoque social de la discapacidad que la define a partir de la interacción de las personas con discapacidad que enfrentan las barreras actitudinales y del entorno que impiden o limitan su participación en la sociedad para el ejercicio de su capacidad jurídica. Las personas contempladas en las causales de capacidad restringida que se mantienen en el Código Civil, no se encuentran en la situación descrita en la definición de personas con discapacidad, por lo que resultaba conveniente mantener la calificación de capacidad restringida para ellos.

En los casos en que una persona tenga la doble condición de ebrio habitual o toxicómano y además sea una persona con discapacidad, el Decreto Legislativo 1384 reconoce el derecho a la designación de apoyos y salvaguardias. El legislador ha priorizado la situación de discapacidad, por lo que reconoce la posibilidad de designar apoyos y salvaguardias. Este es el único caso en que la norma señala la obligación de presentar certificado de discapacidad para designar 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.

3.2.2 Persona en estado de coma

La persona en estado de coma mantiene el apoyo designado con anterioridad (numeral 3 del Art. 45° B del Código Civil). Es la primera vez que en la legislación peruana se regula la capacidad jurídica 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 la posibilidad de recuperar la salud.

La posibilidad de ejecutar la designación anticipada del apoyo que pudiera haber otorgado la persona antes de encontrarse en tal estado, permite que su voluntad y preferencias, manifestadas previamente, se hagan efectivas cuando se encuentre en estado de coma. Asegura que se tomen decisiones de acuerdo a su voluntad y preferencias, exonerando al Juez de la obligación de investigar acerca de su vida anterior al estado de coma.

El avance de la ciencia y la tecnología permite a los profesionales de la salud diagnosticar con anticipación el deterioro de enfermedades crónicas, incurables y degenerativas. Incluso establecen plazos en los que se irán presentando e incrementando deficiencias físicas, intelectuales, cognitivas, sensoriales. De tal manera que permiten en forma previa elegir a la persona que prestará asistencia en esa etapa de su vida, así como determinar las funciones que deberá cumplir.

3.3 La manifestación de voluntad y su relevancia en el ejercicio de la capacidad jurídica

La definición y los requisitos de validez del acto jurídico se encontraban regulados en el artículo 140 del Código Civil. La redacción vigente hasta antes del Decreto Legislativo 1384 era la siguiente:

Artículo 140. Requisitos de Validez

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. *Agente capaz.*
2. *(...)*

El Decreto Legislativo 1384 modifica el artículo 140 del Código Civil, adecuándolo a la nueva regulación de la capacidad jurídica.

Artículo 140.- Noción de Acto Jurídico: elementos esenciales

El acto jurídico es la manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1.- *Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.*
- (...)*

Teniendo en cuenta que toda persona mayor de dieciocho años tiene capacidad plena de ejercicio, el enfoque de la validez del acto jurídico se centra ahora en la manifestación de voluntad de la persona. El Decreto Legislativo 1384 modifica la redacción original del artículo 141 del Código Civil que define la manifestación de voluntad. Amplía las formas antes reconocidas de manifestación de la voluntad suficiente y para crear efectos jurídicos, en especial en los casos de personas con discapacidad.

Artículo 141.- Manifestación de voluntad

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 existencia¹⁷.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Con mayor precisión, el Reglamento define a las personas con discapacidad que pueden manifestar

¹⁷ El resaltado en negrita es nuestro para ilustrar las novedades en el texto de la norma a partir del Decreto Legislativo 1384.

su voluntad, y; a las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad, incorporando conceptos como “comunicación e interacción con el entorno”, y, “comprender los alcances y efectos que produce la realización del acto jurídico (...)”.

Artículo 2.- Definiciones

Para la aplicación de las disposiciones del Código Civil en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad y el presente Reglamento, se establecen las siguientes definiciones:

(...)

7. Persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad.- Aquella persona con discapacidad que, independientemente de contar con las medidas de accesibilidad y/o ajustes razonables, establece comunicación e interacción con el entorno y manifiesta de manera expresa comprender los alcances y efectos que produce la realización del acto jurídico de designación, así como de las facultades.

8.- Persona con discapacidad que no puede manifestar su voluntad.- Aquella persona con discapacidad que a pesar de contar con las medidas de accesibilidad, utilizar ajustes razonables, y realizar los esfuerzos reales, considerables o pertinentes, no logra establecer comunicación e interacción con su entorno.

La distinción de la persona con discapacidad respecto a la posibilidad de manifestar voluntad es el criterio utilizado por el legislador para determinar la autoridad competente para que la persona con discapacidad pueda designar voluntariamente apoyos y salvaguardias.

En los casos de personas que no puedan manifestar voluntad para realizar actos jurídicos, un tercero solicita al juez la designación de apoyo excepcional, en todos los demás casos de manifestación de voluntad expresa de acuerdo con las posibilidades incorporadas en el artículo 141 del Código Civil, antes detallado, la persona con discapacidad puede acudir al notario para designar apoyos en forma directa ante el notario.

3.4 Designación especial de apoyo notarial de persona que no manifiesta voluntad

Una cuestión de excepción a la regla de las implicancias de la manifestación de voluntad en la designación de apoyos se encuentra regulada en el Decreto Legislativo 1310 antes detallado que reguló la designación de curador especial, éste era un trámite no contencioso notarial para el caso de la persona adulta mayor que no manifiesta voluntad y es pensionista.

El Decreto Legislativo 1310 fue modificado por el Decreto Legislativo 1417 que regula ante los

mismos supuestos la designación de apoyo para cobro de pensiones o beneficios derivados de ésta, devolución de aportes económicos, o subvenciones de programas nacionales de asistencia no contributivas, de la persona adulta mayor que no manifiesta voluntad. Se ha mantenido la formalidad de trámite como un proceso no contencioso de competencia notarial. Este es el único caso en que el notario tiene competencia para designar apoyo de una persona que no manifiesta voluntad.

Posteriormente se promulgó el Decreto Supremo N° 015-2019-MIMP, Reglamento que regula las salvaguardias establecidas en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1310 y el procedimiento para su ejecución. Detalla las salvaguardias especiales que deberá implementar el Centro Integral de Atención al Adulto Mayor de la municipalidad distrital del domicilio de la persona adulta mayor que no manifiesta voluntad a favor de quien ha designado el apoyo especial. Incluso otorga facultades especiales al Director del Centro Integral de Atención al Adulto Mayor para que en caso de tomar conocimiento de presuntas irregularidades en el desempeño de las funciones de los apoyos proceda a realizar las siguientes acciones: a) Informar a las entidades que otorgan el beneficio económico para que suspendan el cobro; b) Informar a las autoridades y al Ministerio Público de ser el caso, cuando ocurran presuntos actos de maltrato o agresión a la persona con discapacidad de quien preste asistencia o lo tenga bajo su custodia; c) Solicitar al Juez la designación de un nuevo apoyo.

La persona elegida como apoyo en este proceso no contencioso será elegida de acuerdo con un orden de prelación establecido en el artículo 4.3 del Decreto Legislativo 1417. En primer lugar será designado como apoyo especial el apoyo previamente designado, en caso no hubiera, se elegirá al cónyuge o a los familiares más cercanos de la persona que no manifiesta voluntad.

Artículo 4.- 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.

4.1 Procedencia del apoyo: Procede la designación de apoyo en la vía notarial o judicial para las personas adultas mayores, definidas en el artículo 2 de la Ley N° 30490, Ley de la Persona Adulta Mayor, y que tengan calidad de pensionistas o beneficiarias de la Ley N° 29625, Ley de Devolución de Dinero del FONAVI a los Trabajadores que Contribuyeron al mismo, o beneficiarias o usuarias de programas nacionales de asistencia no contributivos; con el objeto de percibir su pensión o beneficios derivados de estas, devolución de aportes económicos o subvenciones económicas.

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 el Código Procesal Civil.

3.5 La incorporación en el Código Civil de las medidas de apoyo y salvaguardias

Las personas legitimadas para presentar la solicitud de designación de apoyo mediante el Proceso no Contencioso son:

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

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

Los requisitos para iniciar el trámite son: a) Solicitud, b) Certificado médico de neurólogo o psiquiatra que acredite la imposibilidad de manifestar voluntad de la persona adulta mayor, c) declaración de dos testigos, d) Declaración jurada de la persona que va a ser designada como apoyo de no tener antecedentes penales, policiales y judiciales, e) declaración jurada de la persona que va a ser designada como apoyo de no ser deudor alimentario, f) Documento que acredite la condición de apoyo previamente designado o el vínculo o condición invocada para ser designado apoyo. Presentada la solicitud, el notario dispone la publicación de un extracto de la solicitud en el Diario Oficial El Peruano y uno de mayor circulación. transcurridos quince (15) días hábiles desde la publicación sin haberse formulado oposición, extiende la escritura pública nombrando apoyo y señalando sus facultades. En caso de oposición, remite lo actuado al Juzgado de Paz Letrado.

Con el objeto de regular las medidas de apoyos y salvaguardias como medidas destinadas a facilitar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, el Decreto Legislativo 1384 incorporó en el Código Civil un nuevo Capítulo al Título II “Instituciones Supletorias de Amparo

Familiar”, de la Sección Cuarta “Amparo Familiar” del Libro III “Derecho de la Familia” del Código Civil: CAPÍTULO CUARTO: Apoyos y salvaguardias. El Reglamento, Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP, estableció nuevas estipulaciones que precisan los alcances y formalidades de los apoyos y salvaguardias.

3.5.1 Acceso a la designación de apoyos y salvaguardias en el Código Civil

La designación de apoyos, ajustes razonables y salvaguardias es un derecho reconocido en el artículo 45 del Código Civil: “...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”. El artículo 45-B señala expresamente las personas que pueden designar apoyos y la autoridad competente para realizar el trámite.

Artículo 45-B- Designación de apoyos y salvaguardias.

Pueden designar apoyos y salvaguardias:

- 1. Las personas con discapacidad que manifiestan su voluntad puede contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente.*
- 2. Las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad podrán contar con apoyos y salvaguardias designados judicialmente.*
- 3. Las personas que se encuentren en estado de coma que hubieran designado un apoyo con anterioridad mantendrán el apoyo designado.*
- 4. Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el numeral 9 del artículo 44 contarán con los apoyos y salvaguardias establecidos judicialmente, de conformidad con las disposiciones del artículo 659-E del presente Código.*

Sin embargo, el artículo 659-A del Código Civil amplía la posibilidad de designar apoyos y salvaguardias a cualquier persona mayor de edad que considere necesario contar con asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica.

CAPÍTULO CUARTO Apoyos y salvaguardias

Artículo 659–A.- Acceso a apoyos y salvaguardias

La persona mayor de edad puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos y salvaguardias que considere pertinentes para coadyuvar a su capacidad de ejercicio.

El artículo 659-D ratifica que cualquier persona mayor de edad puede designar apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica.

Artículo 659–D.- Designación de los apoyos

La persona mayor de edad que requiera de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede designarlo ante un notario o un juez competente.

Desde una perspectiva de los derechos humanos, consideramos que la interpretación más extensiva es la que resulta aplicable. En consecuencia, la legislación peruana permite la posibilidad de designar apoyos y salvaguardias a cualquier persona mayor de edad, salvo disposición expresa en contrario como en el caso de las personas con capacidad restringida, para quienes se mantiene la interdicción y la curatela, con excepción de los ebrios habituales y los toxicómanos que sean personas con discapacidad.

3.5.2 Clases y forma de designación de apoyo

El artículo 14 del Reglamento define las diferentes clases de apoyo y las formas de designación, las clasifica en: Facultativo y excepcional.

Artículo 14.- De la forma de designación del apoyo

La forma de designación del apoyo puede ser:

a) Apoyo facultativo.- Es designado por una persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad, en vía notarial o judicial.

b) Apoyo excepcional.- Es designado de manera excepcional por el/la juez/a, cuando se trata de una persona con discapacidad que no puede manifestar su voluntad o una personas con capacidad de ejercicio restringida conforme al numeral 9 del artículo 44 del Código Civil, a pesar de habersele brindado las medidas de accesibilidad, los ajustes razonables y/o realizado los esfuerzos reales, considerables o pertinentes.

3.5.3 Definición de apoyos

El nuevo artículo 659-B del Código Civil contiene la definición de apoyos. Determina que es una forma de asistencia, no de sustitución, que su función es facilitar el ejercicio de derechos de la persona a quien asiste, establece que la representación es opcional y señala en que forma debe interpretarse la voluntad de la persona a quien asiste.

Artículo 659–B.- Definición de apoyos

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

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

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

El artículo 9 del Reglamento complementa la definición de apoyos, señalando que tiene la función de facilitador en el ejercicio de la capacidad jurídica en actos jurídicos, la posibilidad de pluralidad de apoyos de distinta naturaleza, ratifica la representación como excepcional y solo en los casos expresos determinados al designar el apoyo.

Artículo 9.- Del apoyo

9.1 El apoyo es una forma de asistencia libremente elegida por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de actos que produzcan efectos jurídicos, en el marco de sus derechos. Puede recaer en una o más personas naturales, personas jurídicas sin fines de lucro o instituciones públicas.

9.2 El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente en la escritura pública o sentencia de designación.

El artículo 10 del Reglamento formula con mayor detalle los actos que realizará el apoyo en su condición de asistente de la persona con discapacidad. Las acciones descritas son de facilitador y de orientador, en ningún caso de reemplazar o sustituir en forma alguna la voluntad de la persona a la que presta asistencia.

Artículo 10.- Actuación de la persona designada como apoyo

La persona designada como apoyo puede realizar las siguientes acciones, sin perjuicio de otras que se precise en el documento de designación:

- a) Facilitar la comunicación de la persona que cuenta con apoyo.*
- b) Facilitar la comprensión de los actos que produzcan efectos jurídicos y sus consecuencias.*
- c) Orientar a la persona que cuenta con apoyo, en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos.*
- d) Facilitar la manifestación de voluntad de la persona que cuenta con apoyo.*

3.5.4 Facultades de representación de los apoyos

El Decreto Legislativo 1384 estableció que, 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. Con el objeto de insistir en la diferencia de la función del apoyo de la persona con discapacidad respecto a la anterior institución de la curatela, el artículo 11 del reglamento ratifica que aún en el ejercicio de la representación, el apoyo no se convierte en un apoderado común, por cuanto siempre está obligado a respetar los derechos, la voluntad y preferencias expresadas previamente por la persona a la que asiste, incluso aquellas que no estuvieran detalladas como límites en el documento mediante el cual se otorga la representación.

Artículo 11.- De la facultad de representación

11.1 La persona con discapacidad puede otorgar a la persona designada como apoyo, facultades de representación, conforme a las reglas generales de representación contenidas en el Código Civil.

11.2 En el caso de la designación excepcional de apoyos prevista en el artículo 659-E del Código Civil, el/la juez/a puede otorgar facultades de representación a los apoyos, en caso que, habiéndose realizado los esfuerzos reales, considerables y pertinentes, y prestando las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, no se haya obtenido una manifestación de voluntad de la persona que recibirá el apoyo. Así mismo, debe verificar que las facultades de representación sean necesarias para el ejercicio y protección de sus derechos.

La facultad de representación ejercida por la persona de apoyo, se realiza respetando los derechos de la persona que cuenta con apoyo y conforme al criterio de la mejor interpretación de la voluntad.

11.3 En caso se otorguen facultades de representación, la escritura pública o sentencia de designación de apoyo, debe establecer, de manera expresa, los actos para los cuales se faculta dicha representación. La persona designada como apoyo tiene la obligación de actuar respetando los derechos, la voluntad y preferencias de la persona que cuenta con apoyo.

3.5.5 Persona que puede ser designada apoyo

El artículo 15 del Reglamento establece que pueden ser designadas apoyo una o más personas mayores de edad con capacidad plena, personas jurídicas sin fines de lucro. En los casos en que una persona se encuentre albergada en una institución, el Juez designar temporalmente, de manera excepcional al Director del establecimiento.

En cuanto a las personas que no pueden de ser designadas por el Juez como apoyos, la norma ha determinado que las personas condenadas por violencia contra los integrantes del grupo familiar o personas condenadas por violencia sexual. Esta prohibición no existe en el caso de la designación de apoyos voluntaria que puede realizar la persona que manifiesta voluntad.

Artículo 15.- Del tipo de persona en la que recae el apoyo

15.1 Designación de persona natural

Puede designarse como apoyo a una o más personas mayores de edad con capacidad de ejercicio plena.

En los casos de la designación excepcional de apoyos contemplada en el artículo 659-E del Código Civil, no pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia contra los integrantes del grupo familiar o personas condenadas por violencia sexual.

15.2 Designación de personas jurídicas sin fines de lucro

Puede recaer en una o más personas jurídicas sin fines de lucro, cuyo objeto se encuentre acorde a las funciones que desempeñará como apoyo y esté inscrita en Registros Públicos.

15.3 Designación de institución pública

En caso la persona que no pueda manifestar su voluntad se encuentre 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, el/la juez/a puede

designar, de manera excepcional, como apoyo temporal al Director/a en ejercicio de funciones del establecimiento donde se encuentre albergada.

El/La juez/a, atendiendo la situación concreta de la persona determinará los alcances y/o facultades del apoyo.

De conformidad con lo establecido en el artículo 659-C del Código Civil la persona que designa apoyos elige la forma, identidad alcance, duración y cantidad de apoyos así como las facultades que otorga a cada uno de ellos. La designación de apoyos es diseñada por la propia persona de conformidad con lo que considera requiere de asistencia para el ejercicio de su capacidad. Es un acto personalísimo adecuado a su proyecto de vida.

Artículo 659–C.- Determinación de los apoyos

La persona que solicita los apoyos determina su forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos. Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas.

3.5.6 Participación del apoyo en los actos jurídicos

El artículo 12 del Reglamento ha determinado 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, 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, salvo disposición expresa en contrario. Puede acudir ante el notario o ante cualquier autoridad que preste un servicio público o entidad privada y celebrar actos jurídicos sin la participación de la persona designada como apoyo. Esta disposición ratifica la autonomía de la persona con discapacidad respecto del apoyo designado, así como la validez de los actos jurídicos que pudiera celebrar sin la presencia del apoyo.

La designación de apoyos es un acto inscribible, por tanto la autoridad ante quien se presenta una persona con discapacidad, tendría que acceder al Registro de Personas Naturales, donde se inscribe para verificar las funciones y participación del apoyo de la persona con discapacidad que acude a celebrar un acto jurídico.

Artículo 12.- De la participación de la persona designada como apoyo en la realización

de actos que produzcan efectos jurídicos

12.1 La participación de la persona designada como apoyo es obligatoria en caso se haya determinado en el documento de designación.

12.2 Durante la realización del acto que produzca efectos jurídicos, se debe dejar constancia de la participación de la persona designada como apoyo, únicamente cuando se facilite o interprete la manifestación de voluntad.

3.5.7 Responsabilidad de la persona que cuenta con apoyos

Uno de los principales efectos de la nueva regulación de la capacidad jurídica se presenta en materia de responsabilidad civil al haber determinado la responsabilidad de la persona con discapacidad en sus propios actos, aún los realizados con la persona de apoyo. Así mismo reconoce la posibilidad de la persona con discapacidad de repetir contra el apoyo.

Artículo 1976–A.- Responsabilidad de la persona con apoyo

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

3.5.8 Contenido 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.

Artículo 659–C.- Determinación de los apoyos

La persona que solicita los apoyos determina su forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos. Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas.

El Reglamento formula precisiones con respecto al alcance y/o facultades del apoyo, la duración del cargo, así como la posibilidad de designar apoyos alternativos ante la posible imposibilidad de ejercer el cargo el apoyo designado.

Artículo 17.- Del alcance y/o facultades de la persona designada como apoyo

La persona que designa el apoyo determina los alcances y/o facultades que tiene la o las personas designadas como apoyo.

La actuación de la persona designada como apoyo no puede exceder los alcances y/o facultades otorgadas.

Artículo 18.- De la duración de la designación del apoyo.

La persona que designa el apoyo determina el plazo de actuación del apoyo o el acto para el cual se faculta a la persona designada como apoyo.

Artículo 20.- Designación de apoyos alternativos

En caso la persona o el/la juez/a lo estime conveniente, puede contemplarse la designación de una persona natural o persona jurídica sin fines de lucro como apoyo alternativo, en previsión que el titular no pueda ejercer las facultades encomendadas. Asimismo, podrá señalar en qué persona(s) no puede recaer tal designación.

3.5.9 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 Personal. El registro es de acceso abierto al público en general, previo pago de los servicios. Los notarios tenemos contratado acceso directo a través de internet a la información inscrita en los diferentes registros.

3.5.10 Designación judicial excepcional de apoyos

La designación de apoyos, como se ha señalado anteriormente es una decisión libre y voluntaria de la persona con discapacidad que manifiesta voluntad. Sin embargo, en los casos en que la persona no manifieste voluntad y resulte necesaria la designación de apoyos, el artículo 659 establece la designación por excepción que puede realizar el Juez.

Artículo 659–E.- Excepción a la designación de los apoyos por juez

El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44. Esta medida se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener

una manifestación de voluntad de la persona, y de habersele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos.

El juez determina la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que requiere apoyo. Asimismo, fija el plazo, alcances y responsabilidades del apoyo. En todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida. No pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual.

El proceso judicial de determinación de apoyos excepcionalmente se inicia por cualquier persona con capacidad jurídica.

3.5.11 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. 659º - E del Código Civil).

3.5.12 Apoyo temporal de la persona con discapacidad que no puede manifestar voluntad

El artículo 15.3 contempla la posibilidad de 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 encuentra albergada bajo la atención de un director de un establecimiento especializado requiera con urgencia la designación de apoyos.

3.5.13 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 debe recaer tal designación.

Artículo 659 F.- Designación de apoyos a futuro

Toda persona mayor de 18 años de edad puede designar ante notario el o los apoyos necesarios en previsión de requerir en el futuro asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, la persona puede disponer en qué personas o instituciones no debe recaer tal designación, así como la forma, alcance, duración y directrices del apoyo a recibir. En el documento debe constar el momento o las circunstancias en que su designación de apoyos a futuro surte eficacia.

3.5.14 Los apoyos están exentos de otorgar garantía

Las personas que realicen el apoyo no tienen la obligación de garantizar su gestión. Así mismo, la norma no ha previsto el pago de honorarios a las personas que ejerzan la función de apoyos. La persona que designa el apoyo consideramos tendría libertad para designar un honorario o beneficio al apoyo que ejerza el cargo, no encontramos impedimento alguno, a pesar de no encontrarse específicamente reconocido en la ley.

Artículo 659-H- Exención de la garantía de gestión

La persona o personas que realicen el apoyo están exentas de la obligación de garantizar su gestión, salvo lo dispuesto en el artículo 426.

Capítulo IV

Los cambios en la función notarial a partir de la nueva regulación de la capacidad jurídica

En este capítulo desarrollaremos el impacto que tuvo la modificación del régimen legal de la capacidad jurídica en el ejercicio de la función notarial. Describiremos las nuevas obligaciones de los notarios en la atención de los usuarios, a partir del reconocimiento de igualdad en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Las obligaciones del notario de proporcionar medidas de accesibilidad, ajustes razonables, participación de personas de confianza, apoyos que faciliten la manifestación de voluntad de las personas con discapacidad. Señalaremos esas características especiales de las escrituras públicas de designación de apoyo.

4.1 Función notarial anterior a la reforma de la capacidad jurídica

Antes de la promulgación del Decreto Legislativo 1384 que modificó la regulación de la capacidad jurídica en el Código Civil, el Código Procesal Civil y la Ley del Notariado Decreto Legislativo 1049, el notario atendía exclusivamente a las personas con capacidad plena, entendiéndose este concepto dentro del régimen de capacidad jurídica que contemplaba la “incapacidad absoluta”, así como la “incapacidad relativa”. Mantenía la declaración de interdicción judicial y el nombramiento del curador que sustituía la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, entre otros.

Las personas con discapacidad intelectual o cognitiva se encontraban dentro de la calificación “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento”; “los retardados mentales”; “los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad”. No ejercían su capacidad jurídica por sí mismos. No podían realizar actos jurídicos, por tanto, al no tener capacidad plena, no eran atendidos por los notarios.

El concepto “discernimiento” era motivo justificado para separar a las personas en el reconocimiento de su capacidad jurídica. La supuesta ausencia de discernimiento, justificaba la discriminación de las personas en el ejercicio de su capacidad. Las modificaciones del Libro de Las Personas ha eliminado el “discernimiento” para calificar la capacidad jurídica. Bajo los términos de igualdad que impone la Convención, las nuevas disposiciones que regulan la capacidad jurídica disponen que existe capacidad plena para celebrar un acto jurídico cuando la persona entiende el acto que va a realizar y las consecuencias del mismo, esto es la posibilidad de manifestar voluntad.

4.2 La determinación de la capacidad jurídica ante el Notario

La entrevista personal que realiza el notario a la persona con discapacidad, resulta indispensable para determinar si la persona goza de capacidad plena para realizar el acto jurídico que pretende formalizar. El juicio de capacidad que realiza el notario, profesional del derecho y no psiquiatra, no es para determinar el grado de capacidad mental de la persona o el discernimiento. El Notario, a través de la entrevista personal debe determinar si el otorgante entiende el acto jurídico que va a realizar y las consecuencias que de él se derivan. De insistir en exigir un certificado médico de salud mental, previo a la prestación de sus servicios, configurarían un acto de discriminación de acuerdo a la CDPD, tal y conforme se ha explicado con detalle anteriormente en este documento. El notario se encuentra en la obligación de brindar sus servicios a toda persona que manifieste voluntad, bajo los términos que determina la legislación vigente.

Anterior a la reforma de la legislación en materia de capacidad jurídica existía la costumbre en los notarios de solicitar certificados médicos a las personas que resultase dudosa su capacidad, o por el solo hecho de ser una persona adulta mayor. Esta exigencia se debía a la errada interpretación de jueces y fiscales que a solicitud de algún familiar o de un tercero, que se sintiera afectado por la celebración de un acto jurídico invocaba la supuesta ausencia de capacidad plena en la realización del acto.

Los notarios fuimos cuestionados en procesos judiciales por no haber solicitado certificados médicos a los otorgantes, a pesar de no existir dispositivo legal alguno que así lo determine. Esta aparente seguridad que otorgaba el certificado médico de salud mental de los usuarios en los actos formalizados por el notario se encuentra tan arraigada que constituye una barrera actitudinal que ha determinado que algunos notarios todavía y previo a la reforma legislativa lo sigan exigiendo, o peor aún ante el temor de no poder exigirlo, prefieren no atender a personas con discapacidad.

Es preciso que el notario reflexione acerca de los compromisos asumidos por los Estados Partes de la CDPD, que interiorice el nuevo enfoque de discapacidad que ésta impone. El Notariado que conforma la Unión Internacional del Notariado, ejerce una función pública, aún en aquellos países donde la legislación lo califique como profesional del derecho privado que ejerce una función pública. No cabe duda que el notario a partir de la potestad que le otorga el Estado de Dar Fe de los actos y contratos que se celebren ante él, una función pública que lo obliga a brindar sus servicios a todos los usuarios de la sociedad donde ejerce su competencia.

La que fuera relatora especial para los Derechos de las Personas con Discapacidad, Catalina Devandas Aguilar (2014-2020), se ha referido en innumerables ocasiones a la importancia del juicio de capacidad notarial y a la necesidad de formación en el nuevo paradigma consagrado por la Convención. Añade la responsabilidad que recae en el Notariado de tener en cuenta en el

ejercicio de sus funciones la evaluación de la capacidad de las personas que celebran un acto jurídico a partir del paradigma de apoyo, introducido por la Convención “para que su labor no se traduzca en una restricción de facto de la capacidad jurídica”.

“La Guía Notarial de Buenas Prácticas para Personas con Discapacidad: El Notario como apoyo institucional y autoridad pública”, elaborado por la Comisión de Derechos Humanos de la Unión Internacional del Notariado y aprobado en Asamblea General de la UINL en el Congreso Mundial de Yakarta del año 2019, constituye un valioso instrumento de orientación para que los notarios se familiaricen en la atención de las personas con discapacidad, atendéndolos en todos los servicios en igualdad de condiciones que los demás, prestando medidas de accesibilidad, ajustes razonables, acceso a los apoyos y participación de las personas de confianza que faciliten la comunicación y el entendimiento de las personas con discapacidad.

4.3 La restitución de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad declaradas interdictas.

En el momento en que se produjo la reforma en la legislación que regula la capacidad jurídica, se reconoció que toda persona mayor de edad tenía capacidad jurídica. Sin embargo, las personas que habían perdido la capacidad jurídica por determinación del Juez, esto es aquellos que habían sido declarados interdictos por encontrarse incurso en alguna de las causales de incapacidad absoluta o incapacidad relativa, estaban obligados a tramitar ante el Juez la restitución de su capacidad jurídica.

Disposiciones Complementarias Finales

(...)

Segunda.- Restitución de la capacidad de ejercicio de las personas interdictadas

Cualquier persona puede solicitar la reversión de la interdicción de personas con discapacidad, dictada con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, por la designación de apoyos y salvaguardias.

De otro lado, la Primera Disposición Complementaria Transitoria reconoció la restitución de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a quienes se les había nombrado un curador, disponiéndose la posibilidad de señalar apoyos y salvaguardias, así como la inmediata adecuación de los procesos de interdicción en trámite. Ordenó que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial establezca las reglas y procedimientos necesarios para el correcto funcionamiento de la transición al sistema de apoyos.

Con fecha 23 de enero del 2019 el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 046-2019-CE-PJ, promulgó el Reglamento de Transición de Apoyos en observancia al Modelo Social de Discapacidad. Establece los siguientes procesos:

- Procesos de interdicción que cuenten con sentencia firme en los cuales se haya nombrado curador para la persona con discapacidad.
- Procesos de interdicción en trámite, iniciados con anterioridad a la vigencia del Decreto Legislativo 1384.
- Proceso transformado a designación de apoyos.
- Nuevos procesos de solicitud de apoyos y salvaguardias.

En consecuencia, a la fecha de promulgación del Decreto Legislativo 1384, las personas con discapacidad se encontraban en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Personas con discapacidad que habían sido declarados interdictos y tenían curador inscrito.
- b) Personas con discapacidad que habían sido declarados interdictos judicialmente, pero no tenían curador. Existían diferentes razones para no tener curador, éste había fallecido, no vivía en el país, había devenido en discapacidad que no le permitía ejercer el cargo, o cualquier otro motivo.
- c) Personas con discapacidad que tenían procesos en trámite de solicitud de declaración de interdicción y nombramiento de curador.
- d) Personas con discapacidad que no habían sido declarados interdictos, pero no manifestaban voluntad.
- e) Personas con discapacidad que no habían sido declarados interdictos y sí manifestaban voluntad.

El notario tiene competencia para atender en la celebración de actos y contratos jurídicos a las personas con discapacidad que se encuentren en las situaciones descritas en los literales d) y e) antes detallados. Las personas que se encontraran en alguna de las situaciones previstas en los literales a), b) y c) se encuentran obligadas a obtener la restitución de su capacidad jurídica o la adecuación del proceso de interdicción a uno de apoyos y salvaguardias.

En los casos de los procesos en trámite ante el Poder Judicial, la persona con discapacidad que manifiesta voluntad puede desistirse del trámite no concluido, o, de ser el caso una vez obtenida la restitución de la capacidad jurídica optar por designar apoyos ante el notario.

4.4 La función notarial a partir de las nuevas normas que regulan la capacidad jurídica.

El Decreto Legislativo N° 1384 modificó diversos artículos del Decreto Legislativo N° 1049, Decreto Legislativo del Notariado que regula la función notarial, con motivo de las nuevas funciones impuestas por el cambio de la regulación civil en materia de capacidad jurídica.

4.4.1 Intervención de intérprete

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 intérprete 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 intérprete en caso de las personas sordociegas, de ser necesario”.

4.4.2 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 este 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.

4.4.3 Comunicación e interacción con el entorno para la determinación de la manifestación de voluntad.

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), requisito obligatorio para la actuación notarial, el Reglamento señala los elementos a ser tomados en cuenta para determinar si la persona con discapacidad manifiesta o no voluntad, que obliga al notario a realizar lo siguiente:

- 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/o 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 y modalidad en que la persona con discapacidad manifiesta voluntad en la formalización de los actos jurídicos.

4.4.4 Intervención de 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, el numeral 9 del artículo 2 del Reglamento contiene su definición:

***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:

- a) No es un apoyo designado. No existe formalidad previa para que preste la función de asistencia a la persona con discapacidad.
- b) 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 impuesta por el juez, el notario o cualquier otra persona.
- c) 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.
- d) 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.

4.5 Medidas de accesibilidad en Sede Notarial

En el artículo 16 del Decreto Legislativo 1049 que establece las obligaciones del Notario, el Decreto Legislativo 1384 ha incorporado al Artículo 16, el inciso q) que establece:

Artículo 16.- Obligaciones del Notario

(...)

q) Brindar las medidas de accesibilidad necesarias, los ajustes razonables y salvaguardias que la persona requiera.

El artículo 23 del Reglamento establece las obligaciones del notario respecto de 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.

Artículo 23.- De las obligaciones del/la notario/a

El/la notario/a está obligado/a a otorgar medidas de accesibilidad y ajustes razonables a las personas con discapacidad con la finalidad que puedan manifestar su voluntad

durante el trámite de designación de apoyos y salvaguardias. Asimismo, permite la participación de personas de su confianza para coadyuvar a la manifestación de su voluntad.

El numeral 6 del Artículo 2 del Reglamento define las medidas de accesibilidad.

Artículo 2.- Definiciones

(...)

6. Medidas de accesibilidad.- Medidas que garantizan la detección y eliminación de las barreras existentes en el entorno para que las personas con discapacidad puedan tener acceso a los bienes y servicios en condiciones de igualdad con las demás personas, a fin que puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida.

Las **medidas de accesibilidad** se encuentran referidas al entorno arquitectónico que permita a las personas con discapacidad ingresar y desplazarse dentro del inmueble del oficio notarial, así como a los servicios de información, señalización en Braille y en formato de fácil lectura y comprensión entre otros. Es preciso recordar lo dispuesto en el Artículo 9 de la CDPD que describe cuáles son las medidas de accesibilidad.

Artículo 9 Accesibilidad

1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

- a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;*
- b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.*

2. Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para:

- a) *Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;*
- b) *Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad;*
- c) *Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad;*
- d) *Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión;*
- e) *Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;*
- f) *Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;*
- g) *Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet;*
- h) *Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo.*

4.6 La Prestación de Ajustes Razonables para la manifestación de voluntad

El Reglamento detalla con mayor precisión los ajustes razonables que debe prestar el notario en su condición de entidad privada que presta un servicio público. Establece en los artículos 5º, 6º, 7º y 8º cuáles son los ajustes razonables, la oportunidad, forma y circunstancia de solicitarlos y otorgarlos o designarlos.

Artículo 5.- Ajustes razonables para la manifestación de voluntad

5.1 Las entidades públicas y las entidades privadas que brindan servicios públicos están obligadas a otorgar ajustes razonables a las personas con discapacidad que lo requieran para manifestar su voluntad en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos. La denegación de ajustes razonables constituye un acto de discriminación por motivos de discapacidad, salvo cuando se verifique una carga desproporcionada o indebida.

Asimismo, las entidades públicas y las entidades privadas que brindan servicios públicos permiten 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.

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.

5.3 Las entidades públicas y las entidades privadas que brindan servicios públicos pueden denegar el otorgamiento de ajustes razonables por suponer una carga desproporcionada o indebida, si se justifica que:

a) El ajuste razonable solicitado no es necesario para eliminar las barreras existentes para la manifestación de voluntad de la persona con discapacidad.

b) El ajuste razonable solicitado, siendo necesario, no es idóneo para resolver la necesidad respecto al acto jurídico que se pretende realizar.

c) El ajuste razonable solicitado, siendo necesario e idóneo, no es la única alternativa o medio para eliminar las barreras para la manifestación de voluntad de la persona con discapacidad.

d) El ajuste razonable solicitado, por su costo económico, efectuada la ponderación de derechos, ocasiona una afectación mayor sobre otros derechos de las demás personas destinatarias de los servicios que brinda la entidad o bienes constitucionales.

En supuestos previstos en los literales b), c) y d) del presente numeral, si bien las entidades pueden denegar el ajuste solicitado, por persistir su necesidad, debe evaluar otras alternativas de ajustes razonables y en coordinación con la persona con discapacidad, elegir la más adecuada.

5.4 En caso se haya determinado que los ajustes razonables suponen una carga desproporcionada o indebida y que no existen otras alternativas a implementarse, las entidades públicas o las entidades privadas que brindan servicios públicos emiten una comunicación formal, la cual contiene como mínimo:

a) La identificación de la persona con discapacidad que solicita el ajuste.

b) El trámite o servicio a realizar por la persona con discapacidad y las barreras que impiden su ejecución.

c) El ajuste razonable solicitado.

d) Las razones según las cuales la entidad acredita que el ajuste constituye una carga desproporcionada o indebida, de acuerdo a los criterios establecidos en el numeral 5.3.

Artículo 6.- De la emisión y entrega de información en formatos accesibles

Las entidades públicas y las entidades privadas que brindan servicios públicos están obligadas a 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.

Artículo 7.- De la obligación de utilizar un lenguaje claro y sencillo

Las entidades públicas y las entidades privadas que brindan servicios públicos están obligadas a utilizar un lenguaje claro y sencillo en sus procesos, procedimientos y en los documentos que emitan vinculados al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Artículo 8.- Participación de una persona de confianza en la realización de actos que producen efectos jurídicos

8.1 Las entidades públicas y las entidades privadas que brindan servicios públicos permiten la participación de una persona de confianza de la persona con discapacidad, que no haya designado previamente un apoyo, con la finalidad de facilitar su comunicación durante la realización de un acto que produzca efectos jurídicos.

8.2 En los casos que se considere pertinente, se debe consignar la identificación de la persona de confianza que participa en el acto jurídico y precisar en qué consiste dicha participación.

4.7 Designación de apoyos ante notario

Toda persona mayor de dieciocho años que requiera de asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica, puede acudir al notario para designar apoyos. La única exigencia es que la persona manifieste voluntad de conformidad con lo establecido en el artículo 141 del Código Civil

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.

4.7.1. 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.*

4.7.2 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. Aun 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).

4.7.3 Modificación o sustitución de la 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.

4.7.4 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).

4.7.5 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 de 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 establecida; 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 quién 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.

4.7.6 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.- Designación de apoyos y salvaguardias a futuro

Toda persona mayor de edad tiene la facultad de designar por escritura pública el o los apoyos y salvaguardias a futuro, en previsión a requerirlos por encontrarse en una situación de discapacidad o estado de coma, a efecto que faciliten la realización de actos que produzcan efectos jurídicos.

Dicha designación puede recaer en una o más personas naturales o personas jurídicas sin fines de lucro e inscribirse en el Registro de Personas Naturales.

4.7.7 Contenido de la escritura pública de 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 según lo dispuesto es el inciso b) del Artículo 30.1 lo siguiente:

Artículo 30.- Contenido de la escritura pública que designa apoyos y salvaguardias a futuro

30.1 La escritura pública de designación de apoyo y salvaguardias a futuro debe contener como mínimo:

(...)

- 4)** *La determinación de la circunstancia 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.*

4.7.8 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 obligada a presentar los documentos que acrediten el cumplimiento de la condición o circunstancias previstas para el inicio del ejercicio de su cargo.

Artículo 34- Eficacia de la designación de apoyos a futuro

(...)

34.2 La persona designada como apoyo a futuro está obligada a presentar los documentos que acrediten el cumplimiento de la condición o circunstancia establecida en la escritura pública de designación ante el/la notario/a. Dicho acto se formaliza mediante escritura pública y se inscribe en el Registro de Personas Naturales.

4.7.9 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).

4.7.10 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)

4.7.11 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 de las formalidades recomendadas para la eficacia e inscripción de la renuncia. Dejamos constancia del 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).

4.8 Designación de apoyo 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).

4.8.1 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).

4.8.2 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 obligada a presentar los documentos que acrediten el cumplimiento de la condición o circunstancias previstas para el inicio del ejercicio de su cargo.

4.8.3 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).

4.8.4 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)

4.8.9. Renuncia de la persona designada como apoyo a futuro

La renuncia de la persona designada como apoyo a futuro es una decisión libre y unilateral que no requiere de autorización previa alguna u obligación de esperar un plazo razonable hasta le nombramiento de un reemplazo.

Artículo 33.- Renuncia de la persona designada como apoyo a futuro

La persona designada como apoyo está facultada a renunciar al encargo, comunicándolo a la persona que la designó.

Reiteramos nuestra interpretación señalada en el comentario del inciso e), de este título, respecto de las formalidades recomendadas para la eficacia e inscripción de la renuncia. Dejamos constancia del 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).

4.9 Modificaciones en las formalidades del testamento otorgado ante notario

De todos los actos jurídicos que formaliza el notario, el testamento por escritura pública es el acto jurídico revestido de mayores requisitos de formalidad, por cuanto la voluntad contenida en el testamento se hará efectiva recién cuando el otorgante no se encuentre con vida, en consecuencia, no podrá ser modificada o interpretada por el otorgante, la función orientadora, asesora y verificadora del cumplimiento de las formalidades del testamento que otorga el notario resultan de gran importancia.

Desde la promulgación de la Ley 29973, Ley de las Personas con discapacidad, y luego en el Decreto Legislativo 1384 que incorporan 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, ambas disposiciones legales modificaron los artículos 687, 696, 697, 699, 707, 709 y 710 del Código Civil que regulan el testamento por escritura pública y el testamento cerrado, ambos documentos que se formalizan ante notario.

4.9.1 Personas incapaces de otorgar testamento

El artículo 687 del Código Civil establece el listado de personas incapaces de otorgar testamento. El numeral 2 contemplaba a “Los comprendidos en los artículos 43, incisos 2 y 3, 44, incisos 2, 3, 6 y 7”. El Decreto Legislativo ha derogado parcialmente este dispositivo legal, de manera tal que subsiste en condiciones de personas incapaces de otorgar testamento, únicamente los numerales 6, 7, 8 y 9 del texto vigente del artículo 44 del Código Civil que se refieren a los ebrios habituales, los toxicómanos, los que sufren de pena que lleva anexa la interdicción civil y las personas en estado de coma.

4.9.2 Formalidades del testamento por escritura pública

El artículo 696 que establece las formalidades del testamento por escritura pública fue modificado por la Ley 29973 estableciendo nuevas estipulaciones para facilitar el otorgamiento de testamento de una persona con discapacidad auditiva o de lenguaje que hasta entonces había sido considerada incapaz de otorgar testamento.

Artículo 696.- Formalidades del testamento por escritura pública
Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:

(...)

6.- Que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, podrá expresar su asentimiento u observaciones directamente o a través de un intérprete.

(...)

El Decreto Legislativo 1384 que modifica el artículo 141 del Código Civil establece nuevas formas de manifestar voluntad para la realización de un acto jurídico. Modifica el artículo 696 del Código Civil referido a las formalidades del testamento por escritura pública incorporando en su redacción disposiciones referidas a la manifestación de voluntad con la prestación de los ajustes razonables y la participación de apoyos requeridos por la persona con discapacidad.

Artículo 696.- Formalidades del testamento por escritura pública.

Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:

(...)

2.- Que el testador exprese por sí mismo su voluntad o, tratándose de una persona con discapacidad, con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de voluntad, en caso lo requiera. Si así lo requiere, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.

(...)

6.- Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con

discapacidad, puede expresar su asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos en caso lo requiera.

(...)

9.- Que, en los casos en que el apoyo de la persona con discapacidad sea un beneficiario, se requiere el consentimiento del juez.

4.9.3 Autorización judicial previa para beneficiar al apoyo en el testamento

El Decreto Legislativo 1384 establece una nueva formalidad en los casos de disposiciones testamentarias a favor del apoyo de una persona con discapacidad. El inciso 9 del artículo 696 del Código Civil establece la obligación de la persona con discapacidad de solicitar autorización especial al juez en los casos en que pretenda otorgar un beneficio a la persona designada como apoyo. Entendemos que el criterio del legislador ha sido prevenir que la persona con discapacidad sea influida indebidamente por la persona que le presta apoyo para obtener un beneficio a través del testamento.

En nuestra opinión esta nueva disposición podría ser interpretada como una barrera de la libertad del testador en el ejercicio de su capacidad jurídica de disponer por vía de testamento las disposiciones de sus bienes y derechos transmisibles por herencia. Limitación de esta naturaleza no tiene antecedente alguno en la legislación o en la costumbre testamentaria en el Perú, más bien nos recuerda la obligación de los padres en los actos de disposición de bienes de sus hijos menores de edad, en que se exige la autorización judicial previa que acredite la justificación y conveniencia del acto de disposición, en previsión de custodiar los derechos del menor, lo que motivó nuestra preocupación de que esta disposición no se encuentra acorde a la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad.

Consideramos que es probable que el Comité de Seguimiento en una revisión exhaustiva de esta disposición en comentario, recomiende al Estado peruano que deje derogue tal limitación testamentaria.

De otro lado, la norma tiene una redacción confusa, por cuanto el término utilizado de “beneficiario” no se encuentra contemplado en las disposiciones legales que regulan el derecho de sucesiones. Las personas favorecidas con alguna disposición testamentaria, pueden ser los herederos con una mejora, un tercero que reciba un legado, pero no utiliza el legislador el término beneficiario, que podría interpretarse en forma amplia a toda persona que reciba un beneficio por vía de testamento del causante. En ese caso, podría interpretarse que aún los herederos forzosos instituidos en testamento, requerirían que el testador, persona con discapacidad solicite

autorización previa al Juez, con lo cual se advierte más claramente la barrera que se estaría creando para el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad en su derecho de otorgar testamento.

La situación resulta aún más controvertida si tomamos en cuenta que en la mayoría de los casos la persona con discapacidad designa como apoyo a una persona de su entorno más cercano, por tanto, muy probablemente tiene también la condición de heredero forzoso o cuando menos heredero legal.

Finalmente, el legislador no ha tomado en cuenta que la función de asistencia que está destinado a cumplir el apoyo es gratuita, no se ha contemplado la obligación de remunerar al apoyo, se entiende que es un acto solidario, sin embargo, resulta comprensible que la persona con discapacidad que reciba la asistencia del apoyo, tenga la voluntad de mostrar su agradecimiento al apoyo otorgándole un beneficio a través del testamento.

En nuestra experiencia como notarios, hemos formalizado testamentos en los que se han otorgado legados a las personas que trabajan prestando servicios a favor de las personas con discapacidad o adultos mayores, a amigos, vecinos, médicos, enfermeras, en fin, a personas con quienes el testador desea mostrar su gratitud por los momentos compartidos en el transcurso de su vida.

4.9.4 Formalidades en la lectura del testamento por escritura pública

Otra de las formalidades del testamento por escritura pública es la lectura.

El artículo 697 del Código Civil establece la lectura hasta por dos veces de las estipulaciones testamentarias. La Ley 29973 que reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, realizó modificaciones en el mencionado dispositivo legal, con el objeto cumplir con la lectura del testamento en los casos que el otorgante sea una persona con deficiencia visual o discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje.

Artículo 697o.- Testigo testamentario a ruego.

Si el testador es analfabeto, deberá leérsele el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia visual, 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. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, el testamento será leído por él mismo en el registro del notario o con el apoyo de un intérprete. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego el testigo testamentario que él designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento.

4.9.5 La firma y huella digital como requisito formal del testamento por escritura pública

El artículo 697 del Código Civil establece la obligación de que el testamento por escritura pública sea firmado por el testador o que coloque su huella en caso no pueda firmar, con el objeto de verificar al testador. La norma ha sido modificada incorporando otras formas de identificación que no sean la firma o huella, en previsión de personas con discapacidad física que no puedan cumplir con este requisito.

Artículo 697.- Testigo testamentario a ruego

Si el testador es analfabeto, deberá leerse el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a través del uso de la huella dactilar, de todo lo cual se mencionará en el testamento. En caso no tenga huella dactilar, el notario debe hacer uso de cualquier otro medio de verificación que permita acreditar la identidad del testador.

4.10 Testamento cerrado

El artículo 699 contempla las formalidades esenciales del testamento cerrado, la Ley 29973 modificó la norma incorporando las adaptaciones necesarias para que las personas con deficiencia visual y las personas con discapacidad auditiva o de lenguaje puedan otorgar testamento cerrado.

Artículo 699o.- Testamento cerrado

Las formalidades esenciales del testamento cerrado son:

1.- Que el documento en que ha sido extendido esté firmado en cada una de sus páginas por el testador, bastando que lo haga al final si estuviera manuscrito por él mismo, y que sea colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído el testamento sin rotura o alteración de la cubierta.

Tratándose de un testamento otorgado por una persona con discapacidad por deficiencia

DATOS ESTADÍSTICOS

Con motivo de la elaboración del presente trabajo, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos preparó un informe de las designaciones de apoyo que han sido registradas en el Registro de Personas Naturales que se han realizado en el periodo del 4 de setiembre de 2018, fecha en la que entro en vigencia el artículo 1384 y el 30 de junio de 2021. El informe no distingue si los

apoyos fueron designados ante notario o si fueron nombrados por el Juez.

El contenido del informe ha sido obtenido del Registro de Personas Naturales de Lima (capital de la República) y de la provincia constitucional del Callao, que se encuentra ubicada a aproximadamente 50 km de Lima.

El total de designaciones de apoyo en el periodo de 33 meses desde la vigencia de la nueva regulación de la capacidad jurídica es 1213 en total.

Oficina	Nº de designaciones de apoyo
Lima	1127
Callao	41
Huara	10
Huacho	29
Cañete	2
Barranca	4

En nuestra evaluación de los datos obtenidos resulta preocupante el escaso número de personas que han sido beneficiadas con el reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica bajo la nueva regulación en las disposiciones legales vigentes, sobretodo teniendo en cuenta que en el Perú, de acuerdo con el último Censo Nacional 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas, el 10.4 % de la población es persona con discapacidad, esto es un total de 3'051612 de personas.

El resultado de este informe permite concluir la falta de información de las personas con discapacidad acerca de la posibilidad de ejercicio pleno de su capacidad jurídica, la falta de difusión de la reforma legislativa que se encuentra vigente en la población en general, incluyendo a los propios notarios y jueces que todavía no terminan de romper el molde del esquema médico rehabilitador de la capacidad jurídica e incorporar el modelo social o de derechos humanos de la capacidad jurídica.

RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES

- Notarios y Jueces estamos afrontando los nuevos retos de reconocimiento de la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica que impone la CDPD a los Países ratificantes. Esta es una oportunidad para unir esfuerzos y sumar experiencias.

- El notariado está llamado a acudir a las organizaciones de personas con discapacidad, a las escuelas, universidades, a los centros de atención de la salud, a los centros que prestan servicios a personas adultas mayores con discapacidad, a las municipalidades, a informar y difundir acerca de los ajustes razonables, los apoyos, las salvaguardias que pueden facilitar la manifestación de voluntad de las personas con discapacidad para el momento en que celebran el acto jurídico sea este en el presente como en el futuro.

- La participación del notariado en las nueva funciones de atención a las personas con discapacidad es un reto, pero además una oportunidad de ser reconocido en la sociedad por las autoridades y por la ciudadanía en general como el profesional del derecho que a partir del contacto directo con la persona otorgando accesibilidad, ajustes razonables, con asistencia de apoyos o la participación de personas de confianza, garantiza el respeto de la dignidad de la persona, así como el derecho a la autonomía en la celebración de actos con relevancia jurídica que le permitan diseñar, ejecutar y hacer prevalecer su proyecto de vida.

- Afrontar las nuevas obligaciones en el ejercicio de la función notarial para incorporar la atención de personas con discapacidad significa desaprender antiguos paradigmas. Aprender nuevos conceptos y aplicarlos en la atención de la persona con discapacidad asegurando el ejercicio de su capacidad jurídica en los actos y contratos que celebre ante el notario es un trabajo que exige esfuerzo, pero es un mandato que está obligado a asumir el Notariado.

Los notarios en forma individual realizaremos nuestra misión, pero en conjunto las organizaciones del notariado que agrupan a los notarios de cada país miembro de la UINL deben dirigir, orientar y colaborar para alcanzar el objetivo de manera global.

ÍNDICE

Introducción	1
Capítulo I: Recuento Histórico	3
1.1 Los derechos fundamentales en los documentos internacionales	6
1.1.1 Dignidad	9
1.2 El proyecto de vida	11
1.3 El libre desarrollo de la personalidad y la participación en la sociedad de la persona	14
1.4 Convenios de protección de los derechos de la persona en estado vulnerable de la segunda mitad del siglo XX	15
1.4.1 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer	15
1.4.2 La Convención sobre los Derechos del Niño	16
1.4.3 La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)	17
1.4.4 El Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad	24
1.4.5 Observaciones generales aprobadas por el CRPD	25
Capítulo II: La capacidad jurídica en la legislación peruana antes de la adecuación a la CDPD	28
2.1 La Capacidad Jurídica en el Código Civil	28
2.2 Ley 26842 Ley General de la Salud	29
2.3 Ley 30490 Ley de la Persona Adulta Mayor	31
2.4 Ley 29633, Ley que fortalece la tutela del incapaz o adulto mayor	33
2.5 La ratificación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad por el Estado peruano	34
2.6 Ley 29973 Ley General de la Persona con Discapacidad	34
2.7 Proyectos de Reforma del Código Civil en materia de Discapacidad	36
2.8 Decreto Legislativo 1310 del 30 de diciembre del 2016 que estableció el Proceso No Contencioso de Curatela Especial	37
Capítulo III: La implementación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad	41

3.1 La nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Código Civil	41
3.2 Capacidad de ejercicio restringida	42
3.2.1 Interdicción y curatela para las personas con capacidad restringida	43
3.2.2 Persona en estado de coma	44
3.3 La manifestación de voluntad y su relevancia en el ejercicio de la capacidad jurídica	44
3.4 Designación especial de apoyo notarial de persona que no manifiesta voluntad	46
3.5 La incorporación en el Código Civil de las medidas de apoyo y salvaguardias	48
3.5.1 Acceso a la designación de apoyos y salvaguardias en el Código Civil	49
3.5.2 Clases y forma de designación de apoyo	50
3.5.3 Definición de apoyos	50
3.5.4 Facultades de representación de los apoyos	52
3.5.5 Persona que puede ser designada apoyo	53
3.5.6 Participación del apoyo en los actos jurídicos	54
3.5.7 Responsabilidad de la persona que cuenta con apoyos	55
3.5.8 Contenido de la designación de apoyos y cláusulas de salvaguardia	55
3.5.9 Publicidad de la designación de apoyos y cláusulas de salvaguardia	56
3.5.10 Designación judicial excepcional de apoyos	56
3.5.11 La elección de la persona o personas de apoyo por el Juez	57
3.5.12 Apoyo temporal de la persona con discapacidad que no puede manifestar voluntad	57
3.5.13 Designación de apoyos a futuro	57
3.5.14 Los apoyos están exentos de otorgar garantía	58
Capítulo IV: Los cambios en la función notarial a partir de la nueva regulación de la capacidad jurídica	59
4.1 Función notarial anterior a la reforma de la capacidad jurídica	59
4.2 La determinación de la capacidad jurídica ante el Notario	60
4.3 La restitución de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad declaradas interdictas.	61
4.4 La función notarial a partir de las nuevas normas que regulan la capacidad jurídica.	62
4.4.1 Intervención de intérprete	63

4.4.2 Intervención de apoyos, indicación de ajustes razonables y salvaguardias en las escrituras públicas	63
4.4.3 Comunicación e interacción con el entorno para la determinación de la manifestación de voluntad.	64
4.4.4 Intervención de persona de confianza	64
4.5 Medidas de accesibilidad en Sede Notarial	65
4.6 La Prestación de Ajustes Razonables para la manifestación de voluntad	67
4.7 Designación de apoyos ante notario	69
4.7.1. Contenido de la escritura pública para la designación de apoyos y salvaguardias	70
4.7.2 Inscripción de designación de apoyos y salvaguardias	70
4.7.3 Modificación o sustitución de la designación de apoyo y de salvaguardias	70
4.7.4 Revocación de la designación de apoyos y salvaguardias.	71
4.7.5 Renuncia del apoyo designado	71
4.7.6 Apoyos a futuro	71
4.7.7 Contenido de la escritura pública de designación de apoyo a futuro	71
4.7.8 Eficacia de la designación de apoyos a futuro	72
4.7.9 Modificación o sustitución de escritura pública de designación de apoyo a futuro	73
4.7.10 Revocación de la designación de apoyos y salvaguardias a futuro	73
4.7.11 Renuncia de la persona designada como apoyo a futuro	73
4.8 Designación de apoyo a futuro	73
4.8.1 Contenido de la designación de apoyo a futuro	74
4.8.2 Eficacia de la designación de apoyos a futuro	74
4.8.3 Modificación o sustitución de escritura pública de designación de apoyo a futuro	74
4.8.4 Revocación de la designación de apoyos y salvaguardias a futuro	74
4.8.9. Renuncia de la persona designada como apoyo a futuro	74
4.9 Modificaciones en las formalidades del testamento otorgado ante notario	75
4.9.1 Personas incapaces de otorgar testamento	75
4.9.2 Formalidades del testamento por escritura pública	76
4.9.3 Autorización judicial previa para beneficiar al apoyo en el testamento	77
4.9.4 Formalidades en la lectura del testamento por escritura pública	78

4.9.5 La firma y huella digital como requisito formal del testamento por escritura pública	79
4.10 Testamento cerrado	79
DATOS ESTADÍSTICOS	79
RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES	81