

# De la sustitución al modelo de apoyos y salvaguardias

## From the replacement to the support and safeguards model

MANRIQUE URTEAGA, Sandra Verónica(\*)

**SUMARIO:** I. Introducción. II. El modelo social de discapacidad. III. Los sistemas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. IV. Diferencias entre la sustitución y el modelo de apoyos. V. Análisis de resolución judicial de designación de apoyos y salvaguardias. VI. Conclusiones. VII. Lista de Referencias.

**Resumen:** En el presente artículo se desarrollan aspectos referidos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, partiendo por comprender los modelos de discapacidad que a través de la historia se han presentado, haciendo especial énfasis en el modelo social que inspira la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el significativo impacto que éste ha tenido en la legislación civil. Se abordan los

---

(\*) Abogada, por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en Ciencias, Mención Derecho, Línea: Derecho Civil y Comercial por la Escuela de Posgrado de la UNC. Doctora en Ciencias mención Derecho por la UNC. Conciliadora Extrajudicial y Árbitro. Máster en Familia e Infancia por la Universidad de Barcelona – España. Docente de pre y posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de UNC. Abogada en el ejercicio libre de la defensa. smanrique@unc.edu.pe.

sistemas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica, su contenido, características y configuración, estableciendo las diferencias con la sustitución materializada en la interdicción y la curatela, a la que anteriormente se hallaban sometidos los denominados «incapaces de ejercicio»; para finalmente, a través del análisis de una resolución judicial, determinar si la manera en que se vienen estableciendo los sistemas de apoyo es acorde con los parámetros exigidos por la Convención y la normatividad interna.

**Palabras Clave:** Capacidad jurídica, personas con discapacidad, modelo de apoyos, sustitución, salvaguardias

*Abstract:* This article develops aspects related to the legal capacity of persons with disabilities, starting with understanding the models of disability that have been presented throughout history, with special emphasis on the social model that inspires the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the significant impact that this has had on civil legislation. The support systems in the exercise of legal capacity, their content, characteristics and configuration are studied, establishing the differences with the substitution materialized in the interdiction and the conservatorship, to which the so-called «incapable of exercise», finally, through the analysis of a judicial decision, determine whether the way in which support systems are being established is in accordance with the parameters required by the Convention and domestic regulations.

**Key Words:** Legal capacity, persons with disabilities, support model, substitution, safeguards.

## I. Introducción

La capacidad jurídica se constituye en uno de los aspectos fundamentales para el relacionamiento y desenvolvimiento del ser humano en sociedad. Así, le permite, no solo gozar de derechos sino poder ejercerlos y exigir respeto a sus congéneres. Hasta hace muy poco, la regulación civil distinguía categorías de personas capaces e incapaces. En el primer grupo se ubicaban a aquellas personas que podían ejercer por sí solas y directamente sus derechos, una vez alcanzada la mayoría de edad; y por otro lado, como incapaces, se tenía a los menores de edad o a quienes por alguna circunstancia cognitiva provisoria o permanente no podían comprender y comunicar sus decisiones, y por ello necesitaban de un tercero (curador) para poder ejercitar sus derechos.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) vigente desde el 13 de diciembre del 2006, entró en vigor para el Perú el 3 de mayo del 2008. Este tratado se constituye en el primer instrumento internacional de derechos humanos que establece el reconocimien-

to de capacidad jurídica a las personas con discapacidad. Se fundamenta en el respeto por la dignidad, la igualdad y la libertad personal, y propicia la inclusión social y la autonomía de la persona con discapacidad para decidir en igualdad de oportunidades que los demás y poder efectivizar sus planes de vida.

Esta norma convencional de carácter vinculante se justifica en el modelo de toma de decisiones mediante apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, rechazando aquellas normas legales que restrinjan o anulen su capacidad jurídica, reflejadas comúnmente en los procesos de interdicción a los que se sometía a las personas con discapacidad, quienes eran sustituidas por un tercero en la celebración de todos los actos jurídicos relacionados con su vida civil.

El modelo de apoyos, a partir del respeto a la dignidad humana, se cimienta en el postulado de que cada persona se autogubierne, defina y decida sus metas, y recoge la necesidad de reconocer que las personas con discapacidad tienen derecho a tomar sus propias decisiones respecto a su vida, en tal sentido se aparta de la idea de la sustitución de su autonomía acogiendo la idea de asistencia para poder llevar una vida independiente, esto es, a diferencia del modelo tutelar-sustitutivo, el modelo de apoyos no tiene como principal objetivo la protección de la persona, sino reconocer y garantizar sus derechos (Sordo, 2018).

A partir de una resolución judicial emitida en un proceso de interdicción adecuado a la normatividad actual, se analiza cómo se vienen implementando los sistemas de apoyos a fin de comprender las diferencias con respecto al modelo de sustitución y evaluar su conformidad con los parámetros establecidos en la CDPD y el Decreto Legislativo 1384 y su Reglamento.

## II. El modelo social de discapacidad

La discapacidad ha sido históricamente abordada a través de diferentes paradigmas. Palacios (2008) precisa que se distinguen estos tres modelos: el modelo de la prescindencia, el modelo rehabilitador y el modelo social de discapacidad.

Para el modelo de prescindencia, la discapacidad se origina en motivos de carácter religioso que encierran mensajes diabólicos y son producto de la ira de los dioses, se las califica como personas innecesarias para la sociedad, y que sus vidas no merecen ser tales; por ello es posible prescindir de ellas. En la versión más radical de este modelo se justificaban prácticas eugenésicas como el infanticidio en función a la diversidad funcional y a considerarlos una carga para los padres y la sociedad. En una versión menos radical se parte de la marginación y exclusión, considerando a las personas con discapacidad como objeto de compasión.

En el modelo rehabilitador, las causas que originan la discapacidad se encuentran en la propia persona, son de carácter médico, existe algún déficit en ella producto de alguna enfermedad, un accidente o alguna condición de salud; a diferencia del modelo anterior que prescindía y marginaba, este modelo busca recuperar o normalizar a la persona con discapacidad a partir de un tratamiento médico individualizado que le permita asimilarla a una persona sin discapacidad. La crítica a este modelo es que el pasaporte de la integración pasa a ser el ocultamiento de la diferencia, considerando a la persona con discapacidad desviada de un supuesto estándar de normalidad (Palacios, 2008).

Para el modelo social, la discapacidad se origina en las deficiencias de la sociedad traducidas en barreras discapacitantes y no a partir de la deficiencia de la persona con discapacidad. Por ello las causas que dan origen a la discapacidad son eminentemente sociales, ello implica que las personas con discapacidad están en la aptitud de aportar a la comunidad en igual medida que el resto de personas sin discapacidad; pero valorando y respetando su condición de personas diferentes.

Palacios (2008) indica:

Este modelo se sustenta en la premisa que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a la persona con discapacidad. Son las limitaciones de la sociedad para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente las necesidades de las personas con discapacidad las raíces de esta opresión. Es la sociedad la que debe ser pensada y diseñada para hacer frente a las necesidades universales. Aspira a potenciar: el respeto por la dignidad, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social; y la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto a su propia vida. Igualdad, dignidad y solidaridad; que asegure a las personas con discapacidad tener iguales oportunidades que los demás para poder efectivizar sus planes de vida (p. 14).

El modelo social se encuentra recogido en la CDPD, Alemany (2017) señala al respecto:

La Convención parte de un concepto de discapacidad que tiene tres características: 1) el «modelo social», de modo que la discapacidad es un «concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y el entorno» (Preámbulo, apartado «e»). El objetivo principal de la Convención es evitar la discriminación de las personas discapacitadas (p. 204).

Bregaglio (2020) precisa que para el modelo social, la discapacidad no es una cuestión estática intrínseca a la persona, sino una construcción social dinámica que se origina en la interacción que se produce entre las deficiencias de la persona y las barreras que impone la sociedad, se distingue la deficiencia (lo biológico) de discapacidad (lo social), trasladándose al Estado y la sociedad, la responsabilidad de la inclusión de las personas con discapacidad mental (p. 35).

Como se observa, los aspectos más resaltantes del modelo social son: el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, su inclusión plena a la sociedad respetando y valorando las diferencias, la necesidad de que el Estado y la sociedad remuevan las barreras discapacitantes y la igualdad jurídica y no discriminación en el ejercicio de sus derechos.

### III. Los sistemas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica

#### 3.1. Regulación convencional, definición y alcances

La CDPD establece en el artículo 12<sup>(1)</sup> que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto, en todos los aspectos de la vida; considera a las personas con discapacidad, independiente-

---

(1) 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

mente del tipo, como sujetos de derecho y no como objetos de protección. Se produce un cambio de paradigma, pasando de un modelo de sustitución de la voluntad (propio de la interdicción) a un modelo de apoyos en la toma de decisiones para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Para Bariffi (2016), el modelo que propugna el artículo 12 de la CDPD:

(...) se conforma por la integración armónica de tres elementos (Capacidad + Apoyos + Salvaguardias). En primer lugar, el reconocimiento pleno y efectivo de la capacidad de obrar respecto de todas las personas con discapacidad. En segundo lugar, el deber del Estado de reconocer y proporcionar los apoyos necesarios para el ejercicio de dicha capacidad jurídica, cuando ello fuera necesario. Por último, el deber por parte del Estado de procurar las salvaguardias con que debe contar un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. (p. 4)

El establecimiento de apoyos resulta un elemento fundamental para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. No es suficiente el reconocimiento de la capacidad jurídica, es necesario, como lo dispone la Convención, adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en ejercicio de su capacidad jurídica (Art. 12.3 CDPD).

Según Palacios (2008) el modelo de apoyos establecido en la CDPD parte de la siguiente premisa «la persona no necesita de una medida de protección que le prive del ejercicio de su capacidad jurídica, sino que lo que se requiere es de medidas de promoción destinadas a proporcionar la asistencia necesaria para potenciar el ejercicio de la capacidad jurídica» (p. 28).

Los apoyos se constituyen en mecanismos para facilitar la voluntad de una persona con discapacidad en el marco de un acto con relevancia jurídica. Catalina Devandas, Relatora de las Naciones Unidas para los derechos de personas con discapacidad, citada por Begraglio (2020), precisa que los apoyos sirven para: Obtener y entender información, evaluar posibles alternativas respecto a una decisión y sus consecuencias, expresar y comunicar una decisión y ejecutar una decisión.

---

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.

Para Pérez y Sordo (2016):

Si bien los sistemas de apoyo pueden conformarse a través de diferentes modalidades (asesoramiento, interpretación, contención, co-decisión, o incluso, en casos excepcionales, representación), el elemento trascendental del modelo de apoyos radica en su filosofía subyacente, que se materializa en el interés jurídico protegido, estos son: la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona. A diferencia del modelo tutelar-sustitutivo, el modelo de apoyos no tiene como principal objetivo la «protección» de la persona, sino «reconocer y garantizar» sus derechos (p. 2)

La noción de apoyos irrumpe en el Derecho a partir de una mirada social de las relaciones humanas, de aquella interdependencia y ayuda que comúnmente los seres humanos necesitamos de los demás para la toma de decisiones, muchas de ellas con eficacia jurídica; así, mientras el modelo clásico de protección se ha centrado en la formalización del acto jurídico considerando a la seguridad jurídica como el máximo bien a tutelar; para el modelo de apoyos, la formalización del acto jurídico es el último escalón de un proceso complejo y humano, en el que el principal bien jurídico a proteger es la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona (Bariffi, 2020).

Cabe afirmar que quien interviene como apoyo, no reemplaza la voluntad de la persona con discapacidad, no la representa, no decide por ella; sino que facilita la toma de decisiones, pero respetando plenamente los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad; así se busca que quien decida sea siempre la persona con discapacidad garantizando su autonomía, independencia y libertad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

### **3.2. Los apoyos en el Decreto Legislativo 1384 y su Reglamento**

En los siguientes artículos se hace referencia a la necesidad de apoyos, su definición y la función que cumplen:

Art. 45. Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección.

Art. 659-B. 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 659-E.

Art. 659-C. La propia persona con discapacidad será la que determine la forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos.

Art. 659-E. Designación excepcional por el Juez de apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad y para quienes se hallen con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44.

Art. 10 (Reglamento). 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.

De acuerdo a las referidas normas, los apoyos se designan para determinados y específicos actos que materializan derechos y cumplen las siguientes funciones: facilitar la comunicación para la celebración de un acto jurídico, comprender el acto jurídico y las consecuencias de su celebración y manifestar la voluntad de quien requiere apoyo; se resalta como función principal del apoyo, la de ayudar a comprender el acto jurídico y sus consecuencias, lo cual implica que el apoyo entable un proceso de diálogo con la persona con discapacidad para ayudarla a comprender los alcances del acto jurídico a realizar y evaluar las posibles consecuencias que surjan (Bregaglio, 2020).

A ello es pertinente agregar, que excepcionalmente los apoyos cumplen funciones de representación, sin que ello signifique sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad. Ello se produce en aquellos casos de discapacidad severa en los que la persona no pueda exteriorizar su voluntad sin asistencia de apoyo, generando la necesidad de que el apoyo tome decisiones, pero no en función a lo que en un sentido paternalista, considere mejor para la persona con discapacidad, es decir sustituyéndola, sino, en base a la voluntad y preferencias de ésta. Es una medida que se ha establecido ante una situación de discapacidad severa, pues, el impedir que el apoyo tenga facultades de representación generaría una desprotección a las personas con discapacidad, colocándolas en una situación más grave de vulnerabilidad.

En un modelo de sustitución es el apoyo quien decide en función a lo que resulta más conveniente para la persona con discapacidad, es decir, bajo un sentido paternalista, se basa en el interés superior.

El Comité de Derechos sobre las Personas con Discapacidad en la Observación General n.º 1/14 en su labor interpretativa del art. 12 aclara en el párrafo 24 pto.b): «Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica (incluidas las formas de apoyo más intenso) deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo (2014).

Por lo tanto, en un modelo de apoyos la decisión debe respetar la voluntad y preferencias de la persona que requiere apoyos, más allá del referido interés superior.

Es preciso resaltar que pueden presentarse situaciones riesgosas para la persona con discapacidad que cuenta con apoyos. Para ello, la CDPD y en la misma línea el Decreto Legislativo 1384 han previsto el establecimiento de las salvaguardias que tienen por objeto proteger a las personas con discapacidad en la prestación de apoyos, lo que no significa impedirles que tomen decisiones ni protegerlas de la posibilidad de asumir riesgos o de equivocarse.

El objetivo principal de las salvaguardias establecidas en el artículo 12.4 de la Convención es garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona:

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.

El Decreto Legislativo 1384 establece en el artículo 659-G:

Las salvaguardias son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas.

Se trata de medidas amplias que se dan en la determinación de apoyos, establecidas de oficio por el Juez, por el Notario en la escritura pública de designación voluntaria, sirven para proteger la voluntad y los derechos de la persona con discapacidad. Se caracterizan por ser proporcionales y adaptadas a la persona con discapacidad en el caso concreto.

La finalidad de las salvaguardias es impedir el abuso que podría presentarse por la existencia de un conflicto de intereses, el cual se configura cuando un interés personal impide al apoyo cumplir imparcialmente con su deber; o en el supuesto de influencia indebida, la cual se evalúa atendiendo a los criterios de vulnerabilidad de la víctima, autoridad aparente de quien influencia, las acciones y tácticas utilizadas para influenciar y la justicia del resultado.

Como ejemplo de salvaguardias tenemos: prohibiciones de enajenar, restricciones sobre el precio o de contratar con el apoyo y/o determinados familiares, la revisión judicial periódica, la rendición de cuentas, las visitas inopinadas, entrevistas al apoyo y personas cercanas, entre otras; las cuales deben ser incorporadas en la resolución judicial o escritura pública que contiene la designación de apoyos.

#### **IV. Diferencias entre la sustitución y el modelo de apoyos**

Históricamente la sustitución ha estado presente en las legislaciones civiles bajo la idea de la «protección» de la persona con discapacidad, incluso de sus propias decisiones. El Código Civil peruano estipuló restricciones a la capacidad de obrar, calificando a las personas con discapacidad mental como incapaces relativos<sup>(2)</sup> o absolutamente incapaces<sup>(3)</sup>, según los supuestos de hechos diseñados en la previsión normativa.

Es así, que para el ejercicio de sus derechos necesitaban de un representante legal (curador), el cual era designado mediante el denominado proceso no contencioso de interdicción iniciado a solicitud de los familiares o terceros interesados, cuya principal función era decidir, por tanto, sustituir de manera permanente la voluntad de la persona con discapacidad en todos los actos de su vida civil; con la inminente generación de la muerte civil para las personas con discapacidad mental.

---

(2) Art. 44, incs. 2 y 3 C.C.: Son relativamente incapaces los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

(3) Art. 43, inc. 2 C.C.: Son absolutamente incapaces los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

Martínez (2020), refiriéndose a la legislación española, precisa que «las figuras tradicionales de sustitución en la toma de decisiones, como la tutela, implican retirar a una persona la capacidad de tomar sus propias decisiones, transfiriendo esa capacidad a un tercero» (p. 246).

Este modelo persistió hasta la reforma introducida en el año 2018 por el Decreto Legislativo 1384, la misma que se implementó en el marco del cumplimiento del artículo 12 de la CDPD. La aludida norma establece la presunción de capacidad jurídica de todas las personas<sup>(4)</sup>, eliminándose la interdicción por motivos asociados a la discapacidad mental<sup>(5)</sup>, derogándose las normas que recogían supuestos de incapacidad asociados a la discapacidad y considerando el supuesto de capacidad de ejercicio restringida para aquellos casos de personas que se hallen en estado de coma que no hayan designado apoyos de manera previa.

Bariffi (2020) señala que «mientras el sistema tradicional tiende hacia un modelo de *«sustitución»* en la toma de decisiones, el modelo de derechos humanos en el que se basa la CDPC, aboga por un modelo de *«apoyo»* en la toma de decisiones» (p. 4).

La característica resaltante del modelo de apoyos radica en que la voluntad decisoria continúa en la propia persona con discapacidad, a diferencia del modelo tradicional, en el cual, el curador sustituía la voluntad del sujeto, actuando como su representante legal de manera permanente y para todos los actos jurídicos a lo largo de su vida.

Las diferencias entre el modelo de sustitución (interdicción y curatela) y el modelo de apoyos son:

- El modelo de sustitución contempla la muerte civil de las personas con discapacidad mental, para el modelo de apoyos la deficiencia mental no genera muerte civil.
- En el modelo de sustitución se designa curador para el ejercicio de todos los derechos, mientras en el de apoyos, se designa apoyo para actos espe-

---

(4) Art. 2 Dec. Leg. 1384.: 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 su vida.

(5) Art. 42 Dec. Leg. 1384: 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.

cíficos que permitan materializar determinados derechos, conservando su capacidad jurídica, ello permite incluso que la persona con discapacidad impugne los actos del apoyo, lo cual no se permitía en la curatela dada la restricción de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad.

- La curatela, expresión del modelo de sustitución, era determinada en atención a un orden de prelación impuesto normativamente; en el caso de los apoyos, la persona con discapacidad los elige y sólo excepcionalmente se establecen apoyos obligatorios, pero no en base a un orden de prelación, sino, en atención a la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que existía con el apoyo.
- La curatela es de carácter permanente, de por vida; mientras que el apoyo dura el tiempo que lo considere la persona con discapacidad o el que sea necesario para la realización de un determinado acto jurídico.
- El control respecto a la función del curador era meramente decorativo (rendición de cuentas al culminar su función), en el caso de los apoyos, en la resolución de designación, necesariamente deben establecerse salvaguardias que permitan optimizar el adecuado proceder del apoyo, considerándose mecanismos procesales de activación de las mismas.

## V. Análisis de Resolución judicial de apoyos y salvaguardias

Se presenta a continuación un auto final emitido en un Proceso de Interdicción, el cual fue adecuado, en el que se analiza su conformidad con los estándares previstos en la Convención.

### a) La designación judicial de apoyo excepcional (Exp. 01569-2015-0-0601-JR-FC-01)

Una de las cuestiones principales debatidas en el caso consistió en determinar si se configuraba el supuesto de que la persona con discapacidad no pueda manifestar su voluntad, para que proceda la designación de apoyo de manera excepcional, esto es que el apoyo sea nombrado por un juez.

El solicitante A.S.M.B pide la designación de apoyo y salvaguardia a favor de G.M.M.M, funda su pedido en que la referida señora padece de una enfermedad mental denominada «alzheimer», lo cual corrobora con el informe médico en el que se indica que sufre de un cuadro demencial que la lleva a estar desorientada en tiempo, espacio y persona, a desconocer a sus familiares y conductas inapropiadas, esto la convierte en una persona dependiente; solicitando

que se lo designe como apoyo de su esposa con la finalidad de encargarse de sus necesidades personales y fisiológicas, además de la custodia, administración de bienes u otros beneficios de los que fuera sujeto.

La Juez de Familia concede lo solicitado estableciendo en la consideración NOVENA del Auto final<sup>(6)</sup>, lo siguiente:

(...) corresponde excepcionalmente otorgar a la persona designada como apoyo, las facultades de representación para el cobro de la pensión de jubilación en el Banco de la Nación, además de custodiar y conservar los bienes muebles e inmuebles de la persona asistida; asimismo, deberá encargarse de las necesidades personales, fisiológicas, alimentación, vestido, tratamiento médico, controles de salud, precisándose que el apoyo será de manera indefinida o hasta cuando no lo requiera.

Asimismo, en la DECIMA consideración determina las siguientes salvaguardias:

(...) corresponde en el presente caso disponer que el designado como apoyo de G.M. M. M, informe anualmente y durante todo el periodo de su designación sobre las gestiones de cobro de pensión por jubilación en el Banco de la Nación, así como sobre la custodia, administración de bienes muebles e inmuebles de la señora u otros beneficios de los que fuera sujeto de derecho; respecto al apoyo para atender sus necesidades básicas se debe ordenar visitas inopinadas por parte de los profesionales del Equipo Multidisciplinario de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, las cuales se realizarán cada seis meses, es decir, la Asistente Social deberá efectuar un informe sobre las condiciones en las que vive la señora G.M. M. M.

Agregando en la parte resolutive del auto lo siguiente:

(...) Que el Médico adscrito al Equipo Multidisciplinario de Familia de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca emita informe cada seis meses por el periodo de tres años, debiendo incidir en Estado de Salud, estado nutricional, factores de riesgo en la salud, seguimiento y reevaluación (monitoreo o supervisión) de la señora G.M.M.M. Que, **EL APOYO** informe anualmente, el detalle de los gastos en la alimentación, vestido y salud de la señora G.M.M.M.

---

(6) Resolución N.º 28 del 03/07/2019 emitida en el Exp. N.º 01569-2015-0-0601-JR-FC-01

El presente caso coloca a la Juez frente a la decisión de designar a un apoyo excepcional, el cual procede cuando no se puede conocer la voluntad luego de brindar las medidas de accesibilidad o ajustes razonales en la comunicación, y de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una voluntad, y luego de verificar que la designación del apoyo es necesaria para el ejercicio y protección de derechos.

En el caso, quedó establecido que la tutelada, sufre de una enfermedad que le impide expresarse coherentemente y orientarse, encontrándose postrada; lo cual fue corroborado por la Juez con los medios de prueba pertinente; sin embargo queda la duda, respecto a si la Juez realizó los esfuerzos necesarios para obtener la voluntad de la persona con discapacidad, pues no se alude a ninguna entrevista o contacto directo que se haya tenido con la persona a quien se presta apoyo, sino, únicamente se sustenta en la certificación médica y el dicho del solicitante.

La necesidad de la designación de apoyo para el ejercicio y protección de derechos, sí queda acreditada en el caso de autos; pues, había que cobrar una pensión de jubilación en el Banco de la Nación, custodiar y administrar sus bienes y encargarse de la atención de sus necesidades personales y fisiológicas; y así se establece en el auto final; sin embargo considero que debió haberse detallado el patrimonio de la persona con discapacidad; asimismo, respecto a las facultades de representación otorgadas de manera indefinida para todos los actos jurídicos que se requiera para la custodia, conservación y administración de sus bienes muebles e inmuebles, hubiese sido más prudente colocar un plazo determinado y no de manera indefinida a fin de verificar que en adelante no se produzca un conflicto de intereses con el esposo que funge de apoyo; lo contrario implica asumir la representación legal propia del modelo de sustitución, lo cual no es coherente con los estándares de la Convención.

En cuanto a la persona a quien se designa como apoyo, la normatividad exige que se tenga en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista con el apoyo; ante lo cual, se considera que probado el vínculo conyugal con la partida de matrimonio existe un lazo de familiaridad, por lo que es la persona idónea para actuar como apoyo<sup>(7)</sup>. Se verifica en consecuencia que la designación de apoyo excepcional recayó sobre una de las personas contempladas en el supuesto normativo.

En lo que se refiere a las salvaguardias establecidas, éstas cumplen con ser medidas que se dan en la determinación de apoyos y su propósito es proteger

---

(7) Octava consideración del Auto final emitido en el Exp. 01569-2015-0-0601-JR-FC-01

los derechos de la persona con discapacidad, en el caso concreto: el derecho al cobro de su pensión de jubilación, el derecho a custodiar y administrar sus bienes, y el derecho a la salud. Hubiese sido interesante establecer una salvaguardia respecto al destino de los frutos y productos derivados de la administración de los bienes propios y sociales de la señora, a fin de fiscalizar que sean destinados también para su atención o custodiados en alguna entidad financiera.

## VI. Conclusiones

- El modelo social establece que la discapacidad no es una cuestión inherente a la persona, sino que se produce por la interacción de la persona con la sociedad, que es la que genera barreras discapacitantes.
- La CDCD se sustenta en el modelo social, que reconoce capacidad jurídica a las personas con discapacidad, su inclusión plena a la sociedad respetando y valorando las diferencias y la necesidad del Estado y la sociedad de remover las barreras discapacitantes.
- El modelo de apoyos tiene como principal objetivo reconocer y garantizar los derechos, la autonomía y la independencia de las personas con discapacidad y está constituido por mecanismos para facilitar la voluntad en el marco de la celebración de actos con relevancia jurídica.
- El modelo de apoyos propugna el respeto por la voluntad y preferencias de la persona que requiere apoyos, más allá del interés superior de éste.
- Las salvaguardias tienen como objeto proteger a las personas con discapacidad en la prestación de apoyos, garantizando el respeto de los derechos, la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, previniendo el conflicto de intereses y la influencia indebida.
- Entre el modelo de apoyos y el de sustitución existen marcadas diferencias, el apoyo no sustituye la voluntad de la persona con discapacidad, a diferencia del modelo de sustitución, en la que el representante (curador) sustituye a la persona con discapacidad, generando su muerte civil, la curatela tiene carácter indefinido y genérico, el modelo de apoyos precisa de un plazo y se establece para actos determinados y específicos.
- El supuesto práctico analizado, nos ha permitido determinar que en el establecimiento de apoyos se están cumpliendo los estándares de la Convención, así como distinguir el modelo de representación basado en la sustitución respecto al modelo de apoyos.

## VII. Lista de Referencias

- ALEMANY, Macario (2018). *Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General N.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)*. En: Anales de la Cátedra Francisco Suárez núm. 52, Alicante-España (pp. 201-222).
- BREGAGLIO, R. y CONSTANTINO R. *Un modelo para armar: La regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384*. En: Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos, Colombia, 2019 (pp. 32-59).
- BARIFFI, Francisco. *El Modelo de toma de decisiones con apoyos: De la Teoría a la práctica*. En: la obra Derechos y Salud Mental dirigida por Alfredo Kraut y publicada por Burbinzal Culzoni en 2020. Tomo II (pp. 241-288).
- BARIFFI, Francisco. *Restricción a la capacidad y la capacidad civil. Tensiones constitucionales y Código Civil y Comercial*. En: Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Vol. 77, Noviembre de 2016 (pp. 41-55).
- COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. (2014). Observación general número 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11 período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014. CRPD/C/GC/1. Recuperado de [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en)
- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio L. *A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo*. En: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, N.º 42. España, 2020.
- Organización de Las Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.
- PALACIOS, Agustina. *Modelo Social de la Discapacidad, orígenes, caracterización y su plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las personas con Discapacidad*. Colección Cerami.es N.º 36, Ediciones Cinca, 1.ª edición, Madrid, octubre de 2008.
- PODER EJECUTIVO (04 de setiembre del 2018). Decreto Legislativo 1384. Lima, Diario Oficial «El Peruano».