



Autónoma
Universidad Autónoma del Perú

FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

UNA MIRADA AL SISTEMA DE APOYOS IMPLEMENTADO PARA LAS
PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL E INTELECTUAL. A PROPÓSITO DE
LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA, LIMA AÑO 2020

PARA OBTENER EL TÍTULO DE
ABOGADO

AUTOR

JOSÉ WILLIAM DURAN VIVANCO
ORCID: 0000-0002-5519-192X

ASESOR

MG. JUAN JOSÉ CASTRO CRESPO
ORCID: 0000-0001-6070-135X

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

ENFOQUE INTERDISCIPLINARIO DE LA CIENCIA JURÍDICA

LIMA, PERÚ, AGOSTO DE 2021

DEDICATORIA

A mis padres Carlos Duran y Martha Vivanco, por su apoyo incondicional en cada etapa de mi vida, asimismo, porque ellos son mi verdadera motivación para luchar por mis sueños.

A mis hermanos Luz, Ronaldo y Neysser, por demostrarme siempre su apoyo y amor infinito. También, a mis queridos y recordados hermanos William y Roberto, puesto que ellos me protegen y guían desde el cielo.

AGRADECIMIENTOS

Mi agradecimiento eterno a Dios por iluminar mi camino y por todas sus bendiciones.

A los magistrados Jorge González y Miguel Chávez, por haberme compartido sus conocimientos para desempeñarme adecuadamente en mi centro de labores.

Igualmente, a mis compañeros de trabajo: María Molina, Edita Guerrero y Alberto Huallpa, por compartirme sus conocimientos para realizar apropiadamente mis labores en el Poder Judicial.

Al abogado Roberto Gómez en el cielo, por haberme apoyado para realizar mis primeras practicas pre profesionales en la carrera profesional de derecho.

A mi sensei Celso Morales, por inculcarme disciplina y valores desde mi adolescencia.

A mis tías Rocío y Thalía, por su apoyo, estima y consejos.

Al magister Juan José Castro Crespo por sus valiosas enseñanzas para lograr con éxito la presente tesis.

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTOS	iii
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUCCIÓN	ix
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.1 Descripción de la realidad problemática	13
1.2 Justificación e importancia de la investigación	18
1.3 Problema de investigación	19
1.4 Objetivos de la investigación	20
1.5 Limitaciones de la investigación	21
CAPÍTULO II: MARCO TEORICO	
2.1 Antecedentes de la investigación	23
2.2 Bases teóricas	36
2.3 Bases legales	66
2.4 Jurisprudencia	70
2.5 Definición de la terminología empleada	71
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO	
3.1 Tipo y diseño de investigación	75
3.2 Población y muestra de la investigación	77
3.3 Supuestos y categorías de la investigación	78
3.4 Método y técnicas de investigación	81
3.5 Técnicas de procesamiento y análisis de datos	82
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS	
4.1 Análisis y síntesis de las categorías de estudio	84
4.2 Interpretación de las preguntas	93
CAPÍTULO V: DISCUSIONES, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
5.1 Discusiones	96
5.2 Conclusiones	100
5.3 Recomendaciones	102

REFERENCIAS

ANEXOS

LISTA DE TABLAS

Tabla 1	Población de estudio	77
Tabla 2	Muestra de estudio	78
Tabla 3	Categorías y subcategorías del estudio	82
Tabla 4	Análisis y síntesis de las categorías de estudio.....	84
Tabla 5	Interpretación de las preguntas	93

UNA MIRADA AL SISTEMA DE APOYOS IMPLEMENTADO PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL E INTELLECTUAL. A PROPÓSITO DE LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA, LIMA AÑO 2020

JOSÉ WILLIAM DURAN VIVANCO

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL PERÚ

RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo determinar si el sistema de apoyos implementado en nuestro Código Civil, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, ofrece una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual, ante ello, se pudo establecer varias conclusiones, empero, todas mirando a un solo fin, el resultado concreto fue fundamentado con el marco jurídico y con los especialistas, quienes nos aportaron con sus conocimientos sobre las implicancias del sistema de apoyos. Asimismo, la presente tesis tiene como inicio un enfoque cualitativo, el tipo de investigación es básica y cuenta con un nivel de investigación descriptivo, el mismo que tiene un método analítico inductivo, en el que se aplica la técnica de investigación de la entrevista y aplicando como instrumento la guía de entrevista, además se tuvo como población el distrito de Lima. Por último, se pudo determinar que el sistema de apoyos implementado en nuestro Código Civil no ofrece una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual, debido a que dentro de este grupo humano existen personas con discapacidad severa, personas que carecen de discernimiento, así como aquellas que no pueden manifestar su voluntad de manera indubitable, quienes en la realidad no podrán tomar sus propias decisiones, por lo que este sistema no solo resulta inviable, sino deja en total desamparo a estas personas, de este modo, se contraviene nuestra Constitución y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Palabras clave: capacidad jurídica, discapacidad mental, discapacidad intelectual, apoyos, curatela

**A LOOK AT THE SUPPORT SYSTEM IMPLEMENTED FOR PEOPLE WITH
MENTAL AND INTELLECTUAL DISABILITIES. REGARDING A NEW
CONCEPTION OF LEGAL CAPACITY, LIMA YEAR 2020**

**JOSÉ WILLIAM DURAN VIVANCO
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL PERÚ**

ABSTRACT

The objective of this research work is to determine if the support system implemented in our Civil Code, as a consequence of the recognition of the legal capacity of people with disabilities, offers adequate protection to people with mental and intellectual disabilities. It was possible to establish several conclusions, however, all looking at a single purpose, the concrete result was based on the legal framework and with the specialists, who provided us with their knowledge about the implications of the support system. Likewise, this thesis begins with a qualitative approach, the type of research is basic and has a descriptive research level, the same one that has an inductive analytical method, in which the interview research technique is applied and applying the interview guide as an instrument, in addition, the district of Lima was taken as a population. Finally, it was determined that the support system implemented in our Civil Code does not offer adequate protection to people with mental and intellectual disabilities, because within this human group there are people with severe disabilities, people who lack discernment, as well as those who cannot express their will in an indubitable way, who in reality will not be able to make their own decisions, so this system is not only unfeasible, but also leaves these people completely helpless, in this way, our Constitution and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities are contravened.

Keywords: juridical capacity, mental disability, intellectual disability, support, curatorship

INTRODUCCIÓN

La presente tesis intitulada *Una mirada al sistema de apoyos implementado para las personas con discapacidad mental e intelectual. A propósito de la nueva concepción de la capacidad jurídica, Lima año 2020* fue presentada a la Escuela Profesional de Derecho de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Autónoma del Perú, para obtener el título de abogado.

En el presente trabajo de investigación se plantearon las siguientes interrogantes: ¿Cuáles son las consecuencias de la del sistema de apoyos en nuestro Código Civil, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en el distrito de Lima año 2020?; ¿ Cuáles son los casos en los que la figura del apoyo regulada en el Código Civil no cumple su finalidad de apoyar a ejercer la capacidad jurídica en el distrito de Lima año 2020?; ¿Cuál es la diferencia entre la figura del apoyo con facultades de representación instaurada en el Código Civil y el curador en el distrito de Lima año 2020?, y por último ¿Cuál debe ser la institución jurídica que brinde una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual en el distrito de Lima año 2020?

Los objetivos propuestos fueron formulados del siguiente modo: analizar las consecuencias de la implementación del sistema de apoyos en nuestro Código Civil, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en el distrito de Lima año 2020; determinar los casos en los que figura del apoyo regulada en el Código Civil no cumple su finalidad de apoyar a ejercer la capacidad jurídica en el distrito de Lima año 2020; determinar la diferencia entre la figura del apoyo con facultades de representación instaurada en el Código Civil y el curador en el distrito de Lima año 2020, y por último, determinar la institución jurídica que brinde una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual en el distrito de Lima año 2020.

La presente tesis presenta las siguientes justificaciones: justificación teórica, toda vez que se efectuó la búsqueda de lo estudiado, a través de la cual se consiguió desarrollar una problemática existente en el sistema de apoyos implementado para las personas con discapacidad mental e intelectual. De esta manera, se determina

conocimientos. Justificación metodológica, se logró encontrar resultados positivos, puesto que se efectuó en el marco método científico, donde se parte observando la realidad existente, utilizándose la técnica de la entrevista y el instrumento es la guía de entrevista adquiridos de abogados destacados en la materia, quienes con sus opiniones contribuyeron en la mejora de esta investigación.

Asimismo, cuenta con una justificación práctica, dado que se estudió la viabilidad del sistema de apoyos implementado en nuestra legislación, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, por lo que se analizó muchas investigaciones científicas para aportar al campo del derecho. Pues, el propósito de este trabajo es que nuestro Código Civil regule un sistema, así como una institución jurídica que ofrezca una protección adecuada a los derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual. Y tiene una justificación legal, puesto a través de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Constitución Política del Perú, Código Civil peruano y el D. Leg. n. ° 1384, los mismos que nos ofrece antecedentes para poder corroborar que existe un problema real que podríamos comenzar a buscar eliminar con reformas claras, coherentes y lógicas a la legislación civil.

El presente trabajo de investigación se dividió en cinco capítulos, estos son:

En el capítulo I: Planteamiento de problema, en el que se describió la realidad problemática, después, se realizó la justificación e importancia de la investigación, asimismo, se puntualiza el problema de investigación, igualmente, se establece los objetivos, y las limitaciones de la investigación.

En el capítulo II: Marco teórico, se encuentra conformado por los antecedentes de estudio de investigación, las bases teóricas, teóricas generales, teorías en relación a las categorías, legales, jurisprudencia y definición de la terminología empleada.

En el capítulo III: Marco metodológico, se precisó el tipo y diseño de la investigación, nivel de investigación, población y muestra de la investigación, supuestos y categorías de la investigación, subcategorías, método de la investigación, técnicas de investigación y técnicas de procesamiento y análisis de datos.

En el capítulo IV: Descripción de resultados e inferenciales, se elaboró el análisis y síntesis de las categorías de estudio.

En el capítulo V: Discusión de resultados, conclusiones y recomendaciones, obtenidos de la aplicación del instrumento, teniendo en cuenta ello, y del desarrollo de la investigación es que se realizaron las conclusiones y recomendaciones.

Por último, se ubican las referencias y los anexos, como la matriz de consistencia y cuestionario de preguntas.

CAPÍTULO I
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1 Descripción de la realidad problemática

Para desarrollar la problemática de la presente tesis, consideramos imprescindible efectuar un recuento histórico sobre el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

En la antigüedad, la sociedad percibía a las personas con discapacidad como “fenómenos” o “monstruos”, puesto que la discapacidad era considerada como un castigo divino o maldición, entonces, esta equivocada perspectiva conllevaba a la comisión de una serie de atrocidades en contra de aquellas personas. Así, en Egipto, la persona con discapacidad era objeto de abandono e infanticidio en el caso de niños y niñas; en la India, las niñas y niños con discapacidad eran abandonadas en el bosque o aventadas al río Ganges; en Grecia, las personas con discapacidad eran abandonadas o dejadas morir, y en Roma, a los niños y adultos con discapacidad se les arrojaba al río Tíber o se les despeñaba por la roca Tarpeya.

En la Edad Media (desde la caída del Imperio Romano de occidente en 476 hasta la toma de Constantinopla en 1454), las personas con discapacidad seguían siendo vistas como monstruos o fenómenos, y eran confinadas a encierros y exhibidos los fines de semana en zoológicos o espectáculos, con la intención de divertir o para que las familias corrijan sus pecados cometidos. No obstante, en este contexto histórico, las personas con discapacidad también eran consideradas minusválidas a las que había que cuidar. Luego, en la Alta Edad Media surgieron instituciones de socorro bajo la dirección de las comunidades religiosas. Asimismo, se crearon las primeras instituciones psiquiátricas.

En la Edad Moderna, el abandono y la muerte de las personas con discapacidad era limitada. No obstante, en esta época, para las personas con discapacidad auditiva se empleaba el lenguaje de señas. Por su parte, las personas con discapacidad mental e intelectual eran denominadas imbéciles, débiles mentales, dementes o locos, y eran recluidas en asilos o manicomios. Luego, surgieron teorías psiquiátricas que prohibían tratos crueles y consideraban que estas personas deberían recibir tratamientos de salud mental.

A partir de la mitad del siglo XX, se produce un cambio importante, puesto que las mismas personas con discapacidad se organizan en movimientos sociales, y comienzan a protestar para que se les reconozca sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas, por ejemplo, a una educación, trabajo, vivienda, entre otras. Estas exigencias de parte de las personas con discapacidad, dio a lugar a la expedición de normativas importantes en favor de este grupo humano vulnerable.

En el año 2006, se aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual —albergando la teoría del modelo social de discapacidad— reconoce y garantiza a las personas con discapacidad el goce y ejercicio pleno de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas. Los Estados partes que han suscrito están obligados a cumplir los principios, objetivos y obligaciones establecidos en la citada Convención. Cabe señalar que, nuestro país es Estado parte de aquella Convención, por lo que suscribió el 30 de marzo de 2007, y ratificado por el presidente a través del Decreto Supremo n. ° 073-2007-RE de fecha 30 de diciembre de 2007, y entrando en vigor el 3 de mayo de 2008.

En el año 2018, el Perú en cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención, emite el D. Leg. n. ° 1384, denominado «Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones», a través del cual se realizan varias modificaciones del Código Civil; sobre todo, se reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad física, mental, intelectual y sensorial. Asimismo, se implementó un «sistema de apoyos y salvaguardias» para coadyuvar a todas las personas con discapacidad a ejercer sus derechos, de esta manera, se eliminó la institución jurídica de amparo familiar llamada «curatela».

Si bien la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un instrumento internacional importante, porque reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual; sin embargo, es necesario que los objetivos y postulados contemplados en aquella Convención sean regulados en nuestra legislación de manera clara, coherente y lógica para su cumplimiento cabal, y evitarse problemas en la práctica. Para ello, en primera instancia, el legislador, antes de adoptar medidas legislativas, debe observar la realidad social del Perú; pues, no

olvidemos que la Convención reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, basándose en la teoría del modelo social, la cual es un paradigma foráneo, nacida indistintamente en Estados Unidos, Reino Unido y los países escandinavos.

Lamentablemente, esto no sucede de manera acertada, pues la nueva regulación sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual presenta severas deficiencias. Cabe recordar que, antes de la modificatoria introducida, el artículo 43 del Código Civil regulaba tres supuestos de incapacidad absoluta: (i) los menores de dieciséis años de edad, salvo para aquellos actos determinados por la ley; (ii) los que por cualquier causa se encuentran privados de discernimiento, y (iii) los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. Empero, a través del D. Leg. n.º 1384, se derogaron los dos últimos supuestos.

Expresamos nuestra conformidad con la derogación del tercer supuesto de la norma jurídica anotada para reconocer a las personas sordomudas, ciegosordas y ciegomudas su capacidad jurídica. Sin embargo, la derogación del segundo supuesto de incapacidad absoluta, que se refiere a aquellas personas que se encuentran privados de discernimiento resulta una falencia grave y preocupante. Si bien es cierto, este supuesto se refería a aquellas que se encuentran privados de discernimiento por cualquier causa; no es menos cierto que, en este supuesto se comprendía a las personas que ahora se conoce como personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda.

Justamente, una de las realidades que no se ha tomado en cuenta en la nueva regulación es la existencia de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda. En el año 2012, el Instituto Nacional de Estadística e Informática realizó la primera encuesta nacional especializada sobre discapacidad llegando a la siguiente conclusión: en el Perú, 260 mil 873 personas con discapacidad tienen limitaciones permanentes, para hablar o comunicarse, aun usando el lenguaje de señas, igualmente, 506 mil 358 personas presentan alguna limitación de las funciones mentales, la caracteriza de mayor incidencia en este tipo de discapacidad son entender y aprender (2014, pp. 47-50).

Según el D. Leg. n.º 1384 las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda tienen capacidad para ejercer sus derechos en todos los aspectos de la vida, por ello, estas personas en el ejercicio de sus derechos pueden tomar sus decisiones con el asesoramiento de su apoyo o sin apoyo porque no es obligatoria su designación. En pocas palabras, pueden celebrar actos jurídicos y contratos válidos.

Es evidente que, dicha regulación resulta inconcebible y preocupante, porque si nos planteamos algunas interrogantes, tales como, ¿cómo una persona con discapacidad mental o intelectual severa puede tomar decisiones?, ¿en realidad, la persona con discapacidad mental o intelectual severa tiene autonomía para tomar sus propias decisiones? La respuesta es sencilla, pues la persona con discapacidad mental e intelectual severa, no puede valerse por sí misma, no tiene noción en absoluto de lo que sucede en la realidad, peor aún, no comprende las consecuencias de sus actos, por ello, no tiene autonomía para tomar sus propias decisiones. Entonces, la regulación actual conlleva a la comisión de una serie de abusos de los derechos de aquellas personas, ergo, genera un espinoso escenario de inseguridad jurídica.

De otro lado, debemos señalar que, para que las personas con discapacidad ejerzan su capacidad jurídica en la sociedad, surge la figura del «apoyo», la cual se concretiza a través de una libre elección del mismo sujeto con discapacidad. La designación puede efectuarse ante un juez competente o ante notario.

En efecto, la figura del «apoyo» creado por la Convención y adoptado por nuestra legislación —inequívocamente— va cumplir su finalidad de coadyuvar a la persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad, dado que esta persona tiene la capacidad de tomar decisiones de manera libre y autónoma; por consiguiente, aquella persona podrá ejercer sus derechos. Sin embargo, el problema aparece en la siguiente pregunta: ¿el sistema de apoyos será suficiente para que la persona con discapacidad mental e intelectual severa ejerza su capacidad de ejercicio?

Según la nueva normativa la respuesta es afirmativa para dicha incógnita, pues, se implementó la figura del «apoyo con facultades de representación», lo cual

nos parece paradójico porque el apoyo y la representación son instituciones que tienen naturalezas jurídicas y finalidades distintas. En el apoyo, bajo el modelo de asistencia, el mismo sujeto discapacitado está presente y manifiesta su voluntad, el apoyo solo cumple su rol de intérprete de su voluntad y para facilitar su comprensión del acto. En tanto, en la representación, bajo el modelo de sustitución, el representante toma el lugar del representado a fin de realizar un acto en nombre e interés de ella.

Entonces cabe preguntarse, ¿el «apoyo con facultades de representación» viene a ser lo mismo que un curador?, evidentemente, de acuerdo a la regulación vigente, el apoyo con facultades de representación vendría a cumplir la misma función que un curador, porque será el apoyo quien tome decisiones por la persona con discapacidad, al no poder esta manifestar su voluntad. Entonces, resulta absurdo cambiar de nombre y varias normas jurídicas para incorporar una figura nueva que ofrece los mismos efectos de la «curatela», cuando lo correcto hubiera sido mantener la «curatela» para proteger los intereses personales y patrimoniales de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda.

Precisamente, en los casos donde la persona padece de discapacidad mental e intelectual grave y profunda, la figura del «apoyo», realmente, no cumple su finalidad de asistir o coadyuvar al sujeto con discapacidad, aunque exista el apoyo, la persona con discapacidad no podrá ejercer sus derechos.

Por ello, una vez identificado el problema y que pretendo resolver a través de esta investigación recomendando que se derogue la figura del apoyo para aquellas personas, y se restaure la institución jurídica de la curatela en el Código Civil para una protección adecuada de los intereses personales y patrimoniales de las personas con discapacidad mental e intelectual severa.

1.2 Justificación e importancia de la investigación

1.2.1 Justificación teórica

La presente investigación se efectuó con el propósito de aportar al conocimiento existente sobre el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y el sistema de apoyos. El reconocimiento de la capacidad jurídica tiene como sustento la teoría del modelo social, según esta teoría no son las limitaciones individuales de las personas con discapacidad la causa del problema, sino las barreras marcadas por la misma sociedad que impiden —de manera absurda— que estas personas ejecuten una participación plena en la sociedad. Para que las personas con discapacidad participen plenamente en la sociedad, es necesario la regulación de un sistema de protección apropiado, así como una institución jurídica adecuada que cautele realmente sus derechos, toda vez que las personas con discapacidad son un grupo humano vulnerable, razón por la cual este trabajo se sostiene en fuentes teóricas sólidas y validadas, tales como: libros, revistas especializadas, artículos científicos, entre otras.

1.2.2 Justificación metodológica

Esta investigación tiene una justificación desde la óptica metodológica, puesto que se efectuó en el marco método científico, porque se parte observando la realidad existente, utilizándose la técnica de la entrevista y el instrumento es la guía de entrevista adquiridos de abogados destacados en la materia, quienes con sus opiniones contribuyeran en la mejora de esta investigación. La naturaleza de esta investigación es de enfoque cualitativo.

1.2.3 Justificación práctica

En esta investigación estudiaremos la viabilidad del sistema de apoyos implementado en nuestro Código Civil, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, por lo que se analizó muchas investigaciones científicas, tales como: tesis, artículos, entre otras, para aportar al campo del derecho. Pues, el propósito de este trabajo es que nuestro Código Civil

regule un sistema, así como una institución jurídica que brinde una protección adecuada a los derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual.

1.2.4 Justificación legal

La presente investigación se ocupará del análisis de las diversas modificaciones de los artículos de los libros de derecho de personas, acto jurídico, derecho de familia y derechos reales del Código Civil, asimismo, del D. Leg. n.º 1384, igualmente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, las Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, doctrina nacional e internacional y jurisprudencia pertinente.

1.2.5 Importancia de la investigación

La presente investigación es importante porque se busca analizar las consecuencias de la implementación del sistema de apoyos en nuestro Código Civil, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en el distrito de Lima año 2020. Asimismo, se aspira a determinar qué solución se puede dar ante una situación de desamparo de dichas personas, todo ello, con el propósito de establecer un marco jurídico que, realmente, cautele los derechos y el patrimonio de las personas con discapacidad mental e intelectual.

1.3 Problema de investigación

1.3.1 Problema principal

¿Cuáles son las consecuencias de la implementación del sistema de apoyos en nuestro Código Civil, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en el distrito de Lima año 2020?

1.3.2 Problemas secundarios

- a) ¿Cuáles son los casos en los que la figura del apoyo regulada en el Código Civil no cumple su finalidad de apoyar a ejercer la capacidad jurídica en el distrito de Lima año 2020?

- b) ¿Cuál es la diferencia entre la figura del apoyo con facultades de representación instaurada en el Código Civil y el curador en el distrito de Lima año 2020?

- c) ¿Cuál debe ser la institución jurídica que brinde una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual en el distrito de Lima año 2020?

1.4 Objetivos de la investigación

1.4.1 Objetivo general

Analizar las consecuencias de la implementación del sistema de apoyos en nuestro Código Civil, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en el distrito de Lima año 2020.

1.4.2 Objetivos específicos

- a) Determinar los casos en los que figura del apoyo regulada en el Código Civil no cumple su finalidad de apoyar a ejercer la capacidad jurídica en el distrito de Lima año 2020.

- b) Determinar la diferencia entre la figura del apoyo con facultades de representación instaurada en el Código Civil y el curador en el distrito de Lima año 2020.

- c) Determinar la institución jurídica que brinde una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual en el distrito de Lima año 2020.

1.5 Limitaciones de la investigación

Las limitaciones que se presentan son situaciones ajenas e independientes del investigador; pues en este caso, el estado de emergencia decretado en nuestro país y la situación caótica que atraviesa el mundo, a raíz de la pandemia denominada COVID-19, generó dificultades en la realización de la presente tesis, tales como, el tiempo que se requirió para llevar a cabo las entrevistas y la negativa de algunos especialistas; sin embargo, se pudo superar las adversidades presentadas, de esta manera, se logró culminar la presente investigación de manera exitosa. Cabe señalar que, el presente trabajo de investigación se afianzó durante el año 2020.

Asimismo, es importante señalar que, el investigador, al margen de efectuar la presente tesis, también se desempeña como asistente de juez en el Poder Judicial, por ello, desde la práctica y con la experiencia adquirida se pretende aportar conocimientos al desarrollo de la presente investigación.

1.5.1 Limitaciones económicas

El investigador tiene suficientes recursos económicos para llevar a cabo la presente investigación. Más aún, si el investigador cuenta con los materiales necesarios y el asesor adecuado.

1.5.2 Limitaciones bibliográficas

Los materiales bibliográficos recopilados para la realización de la presente tesis son la mayoría, libros, artículos, revistas especializadas y algunos textos digitales de repositorios de distintas universidades.

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO

2.1 Antecedentes de la investigación

Luego de una minuciosa indagación sobre los antecedentes en repositorios de diferentes universidades, libros, revistas y artículos, nos ocuparemos en clasificar los antecedentes en internacionales y nacionales con relación al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y sistema de apoyos.

2.1.1 Antecedentes internacionales

Cristancho (2019) en el artículo titulado “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad: ¿Derecho fundamental absoluto?” tuvo como objetivo demostrar que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad mantiene una posición equivocada al consagrar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad como un derecho fundamental de carácter absoluto. El autor concluye que es importante el cambio de paradigma para la protección de los derechos de las personas con discapacidad, ya que son un grupo humano especialmente vulnerable; sin embargo, no es admisible, que con el propósito de atacar instituciones discriminatorias como la interdicción, se adopten prototipos que consideren la categoría de absoluto a derechos que, en la práctica, no pueden ser ejercidos por dichas personas. Pues, según el modelo de apoyos, propuesto por la ONU todas las personas con discapacidad pueden manifestar su voluntad y, por lo tanto, la capacidad jurídica no puede ser limitada; pero, esta postura olvida la existencia de un pequeño grupo de personas, cuya discapacidad es de tal grado que no pueden manifestar su voluntad a través de ningún medio de comunicación, por ello, el modelo de apoyos resulta ineficaz. Por ello, el autor recomendó que la ONU debe reexaminar su postura que ha mantenido hasta la actualidad sobre de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y admitir que, en casos excepcionales la limitación de este derecho fundamental resulta ser una medida de protección. Esta limitación debe ser adecuadamente reglamentada. En efecto, el autor manifiesta su conformidad con el reconocimiento de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad; sin embargo, este derecho fundamental no es de carácter absoluto, sino relativo, por lo que es posible de restricciones o limitaciones al igual que otros derechos fundamentales, pues la limitación de este derecho viene a ser una medida necesaria

para las personas con discapacidad mental severa, sin que esta implique discriminación alguna.

Osorio (2019) en el artículo llamado “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad: ¿Se ajusta nuestra normativa a las normas sobre capacidad jurídica que consagra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?”, cuyo propósito fue establecer si se está aplicando el artículo 12 de la Convención, específicamente respecto al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en Chile. La autora concluye que la legislación chilena en materia de capacidad aún no se adapta de manera completa a lo contemplado en el artículo 12 y a otras disposiciones establecidas en la Convención, toda vez que se encuentra vigente las instituciones de la incapacidad, la interdicción y la curatela, por ello, señala que es necesario adecuar la normativa interna a los estándares que establece el artículo 12 de la Convención, es decir, transitar desde un modelo de sustitución de la voluntad a uno de apoyos en la toma de decisiones. Es menester señalar que, los Estados parte de la Convención se encuentran obligados a adecuar su legislación interna a las normas establecidas en aquel instrumento internacional, esto es, reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y establecer un sistema de apoyos y salvaguardias, por lo que Chile al ser Estado parte de la citada Convención deberá cumplir dicha obligación dentro de un lapso prudente.

Marshall (2020) en el artículo titulado “El ejercicio de derechos fundamentales de las personas con discapacidad mental en Chile: derecho internacional, enfoques teóricos y casos de estudio”, el cual tuvo como objetivo abordar la necesidad de adecuar la legislación chilena respecto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, a la luz de las obligaciones establecidas en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El autor concluye que, la legislación chilena con relación al régimen de capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental todavía no se adecua a los estándares establecidos en la Convención, puesto que sigue vigente el régimen de la incapacidad absoluta. En ese sentido, señala que para una reforma de la legislación chilena a la luz de las obligaciones fijadas por la CDPD se debe tener en cuenta los elementos identificados en esta investigación, tales como: identificar un marco conceptual y teórico apto para resolver problemas de ejercicio de los derechos de las personas con

discapacidad mental, prestar atención al derecho comparado que han implementado o intentado implementar las obligaciones fijadas por la CDPD sobre la capacidad jurídicas de aquellas personas, y proponer estándares y determinar el régimen jurídico adecuado para el ejercicio de derechos en distintas áreas de la vida. Queda claro que, el legislador chileno tiene una tarea importante que cumplir, la cual es regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e implementar un sistema de apoyos y salvaguardias, de acuerdo con lo establecido en la CDPD, para ello, deberá considerar los elementos esbozados en el citado artículo y la realidad social del país.

Sorgi (2017) en el artículo “Capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Código Civil y Comercial” tuvo como objetivo analizar el régimen de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en la regulación del Código Civil y Comercial de Argentina, a la luz de las prerrogativas establecidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La autora arribó a la conclusión de que el Código Civil y Comercial argentino ya se adecuo a los estándares establecidos en la Convención, toda vez que regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad como regla, y solo en casos excepcionales se podrá restringir la capacidad para algunos actos, asimismo, adopto los términos tales como el apoyo, ajustes razonables, accesibilidad y autonomía; igualmente, transito de un modelo de sustitución, el cual se encontraba regulado en el Código velezano, a un modelo basado en el sistema de apoyos. Conforme ha manifestado la autora, el Código Civil y Comercial argentino ya reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y para el ejercicio de sus derechos implementó el sistema de apoyos; sin embargo, de manera excepcional se restringe la capacidad de ejercicio de aquellas personas, en los supuestos de que la persona se encuentra absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo y el sistema de apoyo resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

Sarquis (2018) en el artículo “Deconstruir para construir. Personas con discapacidad mental o psicosocial y el ejercicio de la capacidad jurídica con apoyos a la luz del derecho internacional de los derechos humanos” tuvo como objetivo

describir los modelos que han estudiado sobre las personas con discapacidad y analizar el sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con padecimiento mental, a raíz del modelo social de discapacidad, plasmado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La citada autora concluye que la nueva concepción de las personas con discapacidad, que se desprende de la Convención ha sido incorporada en el Código Civil y Comercial argentino, la cual significa un gran avance en la realización de un marco jurídico más respetuoso de la dignidad, autonomía e independencia de las personas con discapacidad mental. Asimismo, señala que, el sistema de apoyos es diferente al sistema de sustitución de decisiones, este último ha estado vigente durante por más de ciento cincuenta años, por ello, la implementación del sistema de los apoyos no es tan sencillo. Al respecto, debemos señalar que el cumplimiento de las obligaciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad implica un gran desafío, toda vez que trae consigo cambios sustanciales en las legislaciones, en la realidad social y política del país.

Martínez (2018) en el trabajo final de graduación *De la declaración de insania a la determinación de la capacidad jurídica. La curatela y el nuevo sistema de apoyo* para obtener el título de abogado por parte de la Universidad Empresarial Siglo 21, tuvo como objetivo exponer el cambio de paradigma incorporado en el Código Civil y Comercial argentino, sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, las diferencias de este Código con la legislación anterior y las implicancias de la figura del apoyo, así como analizar los efectos causados en la legislación argentina, al acatar las obligaciones que impone la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. La autora concluye: primero, la vigencia de la Convención, ha generado un cambio de paradigma con relación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, asimismo, conlleva a transitar de un modelo de sustitución a un modelo de apoyos; segundo, el establecimiento de sistemas de apoyo significa que la persona con capacidad restringida debe contar con los medios apropiados, de acuerdo con sus necesidades y preferencias, para poder entender la realidad y poder entender los actos en los cuales debe tomar una decisión; tercero, el nuevo modelo de discapacidad regulado en la legislación argentina conlleva mucho más que la reforma en las normas jurídicas, porque implica también un cambio en la realidad social y política, en busca de la verdadera

integración y no discriminación de las personas con discapacidad. Y por último, bajo el Código anterior que se mantuvo vigente por más de 140 años, se dictaron muchas resoluciones que determinaban la insania de las personas con discapacidad (a partir de los 14 años podían ser declaradas incapaces), las cuales no eran revisadas, de esta manera, se les privaba de sus derechos, transformándola en «muertos civiles». Es evidente que, que el nuevo tratamiento de la capacidad jurídica ha traído una serie de consecuencias trascendentales, entre ellas, todas las personas con discapacidad pueden ejercer sus derechos en las mismas condiciones que el resto de la población, y nosotros debemos ser consciente de ello, entonces tenemos que deshacernos de los prejuicios o creencias equivocadas sobre aquellas personas, y brindarles todas las facilidades a las personas con discapacidad para que se desenvuelvan de manera plena en la sociedad.

Bariffi (2014) en la tesis titulada *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos* para obtener el grado de doctor por parte de la Universidad Carlos III de Madrid, tuvo como objetivo abordar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El autor concluye: primero, la legitimidad del modelo social se sustenta no solo por haberse gestado desde las propias personas con discapacidad, sino también por su conexión con los derechos humanos y los valores fundamentales que lo inspiran; segundo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el primer instrumento internacional universal de carácter vinculante que aborda de manera específica la protección de los derechos de las personas con discapacidad; tercero, el artículo 12 constituye el mayor desafío que presenta la CDPD, esto es, garantizar la igualdad en el ámbito de la capacidad jurídica, y por último, el modelo social de discapacidad trae consigo los apoyos y salvaguardias con la finalidad de cooperar con las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos. Sobre esto debemos señalar que, la Convención implica un gran avance en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, pues, reconoce a estas personas su capacidad de ejercicio, a fin de que puedan participar plenamente en la sociedad en las mismas condiciones con las demás, con o sin su apoyo.

Peters (2019) en el artículo “Nuevo régimen de capacidad legal en Colombia (Ley 1996 de 2019): la problemática de la presunción de capacidad y de la exigibilidad y cumplimiento de las obligaciones alimentarias derivadas de las relaciones de familia a las personas en situación de discapacidad”, tuvo como objetivo analizar el problema de hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones alimentarias por parte de las personas con discapacidad, a raíz del nuevo régimen sobre la discapacidad, y algunos vacíos que la nueva normativa contiene. Concluye que las reformas legislativas para adecuarse a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad resulta insuficientes para abordar todas las posibles situaciones problemáticas que puedan aparecer en la realidad, porque al reconocer la capacidad de todas las personas con discapacidad sin ninguna solución alterna que procure el goce efectivo de los derechos de las personas en esta situación, se desconocen casos que pueden resultar en vulneraciones a los derechos sustanciales de la persona y de su familia. Asimismo, señala que la omisión con relación a las personas con discapacidad mental severa es grave; pues, hay vacíos en asuntos de familia que no resuelven los cuestionamientos de colisiones de derechos respecto de la exigibilidad y cumplimiento de la obligación alimentaria. Conforme se puede apreciar de este artículo, la legislación colombiana también se adecuo a los lineamientos de la CDPD, por lo que se reconoce la capacidad jurídica a las personas con discapacidad; sin embargo, la legislación actual respecto a la capacidad jurídica de aquellas personas presenta muchos vacíos, por ejemplo, no se ha tomado en cuenta cuando se solicita el cumplimiento de una obligación alimentaria a la persona con discapacidad mental severa que vive en condiciones de pobreza extrema, lo cual implica una inequidad. En ese sentido, en Colombia no se ha tomado en cuenta la realidad social, económica y cultural en que viven la mayoría de las personas con discapacidad mental severa y sus familias.

Friend y Álava (2019) en el artículo “La capacidad jurídica de los discapacitados intelectuales y sus derechos como consumidores en Ecuador según la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” tuvieron como objetivo identificar las anomalías del ordenamiento jurídico ecuatoriano que vulneran los derechos de las personas con discapacidad intelectual en su calidad de consumidores, asimismo, se analizan las recomendaciones efectuadas por la ONU

sobre este tema y contrastan con los aportes de catedráticos e investigadores, además se realiza una descripción del marco jurídico de los países como España y Argentina con relación al sistema de capacidades. Los autores concluyen: primero, a pesar de haberse realizado reformas a la Ley Orgánica de Discapacidad, el Código Civil ecuatoriano aún mantiene expresiones discriminatorias respecto a las personas con discapacidad intelectual, lo que acredita que es insuficiente intentar cambiar la terminología del CC, entonces existe la necesidad de modificar el sistema de capacidad que rige en Ecuador; segundo, al no existir una normativa clara no solo provoca inseguridad jurídica en la relación contractual entre el discapacitado intelectual y el proveedor de bienes y servicios, sino que también ocasiona abuso de poder de los funcionarios públicos, quienes no saben cómo actuar, situación que conlleva violación de los derechos como consumidores de las mencionadas personas y por último, el sistema de baremo usado en Argentina y España para determinar diferentes grados de discapacidad intelectual, a través de la medición de la capacidad de razonamiento lógico es una metodología eficaz para determinar la capacidad de ejercicio de estas personas que debe implementarse en el sistema judicial ecuatoriano. Como bien indican los autores, es importante tener un ordenamiento jurídico claro respecto a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, a fin de evitar la comisión de una serie vulneraciones en agravio de aquellas personas e inseguridad jurídica.

Pérez y Rodríguez (2018) en el artículo titulado “El repensar de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad ante el modelo social: caso México”, tuvieron como objetivo analizar el tratamiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en materia civil en México. Concluyen que en México aún se encuentra pendiente la protección y garantía del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. El modelo social de discapacidad implica retos para todos como integrantes de la sociedad, pero principalmente para el Estado como garante de los derechos humanos de las personas con discapacidad, por ello, es importante replantearse los elementos del juicio de interdicción, repensar las funciones del tutor y curador, el papel del juzgador como intérprete de las normativas nacionales conforme a los postulados establecidos en la CDPD. De este artículo se colige que la legislación mexicana todavía no se adecua a los lineamientos contemplados en la CDPD, pues aún mantiene el juicio de interdicción, la curatela y otras figuras jurídicas

propias del modelo médico; en ese sentido, México tiene una tarea pendiente que cumplir para una protección adecuada de los derechos, patrimonio, dignidad y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, en consonancia al modelo social de discapacidad.

Palacios (2017) en el artículo “El modelo social de discapacidad y su concepción como cuestión de derechos humanos” tuvo como objetivo analizar brevemente la discapacidad como un asunto de derechos humanos. La autora concluye que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI, la cual logro instalar la temática de la discapacidad en la agenda internacional de derechos humanos. Por ello, entender y concebir la discapacidad como cuestión de derechos humanos requiere asumir un marco filosófico y sociológico referencial, que aborde la temática desde los valores y principios que sustenten dichos derechos. Asimismo, señala que la Convención es un elemento necesario y fundamental para modificar la realidad social, pero no es suficiente. Para lograr su cumplimiento, es necesario el compromiso real de los tres poderes del Estados, esto es, del Poder Legislativo (en la labor de derogar leyes que vulneren sus postulados y crear normas que complementen el Tratado y permitan el diseño e implementación de la política pública en la materia desde la perspectiva de los derechos humanos), Poder Ejecutivo (en cuanto a su tarea de ejecutor y fiscalizador de su esfera competente) y Poder Judicial (desde su función de garante e intérprete del Derecho, restableciéndolo y estipulando su manera de reparar los daños ocasionados frente a la existencia de vulneraciones). Además, indica que la academia tiene un papel importante en seguir acompañando este proceso social y político. Como bien señala la autora, la Convención aborda de manera acertada la temática de la discapacidad desde una perspectiva de los derechos humanos, la cual se evidencia desde la definición de la discapacidad como el resultado de la interacción de la condición y las barreras sociales, así como también al exigir interpretar y aplicar este instrumento partiendo de ciertos principios generales, los cuales coinciden con los valores que sustentan los derechos humanos. En su artículo 3, se establece el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, la igualdad de oportunidades, la accesibilidad, entre otros.

Palacios y Romañach (2006) en el libro titulado *El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional* tuvieron como objetivo realizar un estudio histórico del trato recibido por las mujeres y hombres que han sido discriminadas por su diversidad funcional, asimismo, hacer un recuento histórico sobre las diferentes maneras en las que ha sido percibida socialmente la diversidad funcional, igualmente, bajo la visión filosófica y pragmática de la diversidad funcional se hace un análisis de las incoherencias que aparecen en la realidad analizada desde puntos de vista que varían de lo cotidiano a lo científico, pasando por lo jurídico, lo filosófico y lo bioético, de igual manera, reflexionan sobre las incoherencias detectadas y los errores existentes en la sociedad, para proponer una posible solución, tomando como eje de reflexión la dignidad de las personas que son discriminadas por su diversidad funcional, y se desarrolla un nuevo modelo teórico, denominado modelo de la diversidad, que complementa las limitaciones halladas en el modelo social de la diversidad funcional. Los autores arribaron a las siguientes conclusiones: primero, el modelo más moderno es el modelo social, según el cual las causas que dan origen a la diversidad funcional (discapacidad) no son religiosas, ni científicas, sino que son sociales y este paradigma se basa en la búsqueda de la plena participación de las personas con diversidad funcional; segundo, es necesario hacer evolucionar el modelo social desplazando sus principios básicos hacia el concepto de dignidad, hacia el *modelo de la diversidad*, asimismo, se deben respaldar otros puntos, tales como, la desmedicalización de la diversidad funcional, la desinstitucionalización, la promoción de la autonomía moral de todas las mujeres y hombres, la transversalidad de la diversidad funcional; tercero, el estudio de la dignidad como pieza clave del nuevo modelo de la diversidad, pone de manifiesto sus dos vertientes: la dignidad intrínseca, relacionada con el valor intrínseco del ser humano, y la dignidad extrínseca, relacionada con los derechos y condiciones de vida que definen las reglas de convivencia social y la interacción de la persona con su entorno; y por último, el modelo de la diversidad, supone una evolución del modelo social, aportando elementos de los que carecía o sobre los que no había puesto énfasis, con el propósito de conseguir la plena dignidad de las mujeres y hombres con diversidad funcional, partiendo del concepto de dignidad humana y del uso de las herramientas necesarias para defensa en el caso de las personas con diversidad funcional. Al respecto, debemos destacar que el modelo social de discapacidad impera en la actualidad. Sin embargo, los autores dejan en claro que

este modelo aborda la temática de las personas de discapacidad de manera acertada; pero, tienes varias limitaciones, hay principios básicos o no se ponen mucho realce en algunos de ellos, por ello, proponen un nuevo esquema teórico, denominado *modelo de la diversidad*, según esta paradigma, las personas con discapacidad pasan a ser llamadas hombres y mujeres con diversidad funcional, a quienes estudia desde la perspectiva de la bioética y los derechos humanos, para aportar principios y acciones con el propósito de lograr la plena dignidad de las mujeres y hombres, zarpando del concepto de dignidad humana.

2.1.2 Antecedentes nacionales

Castillo y Chipana (2018) en el artículo titulado “La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad” tuvieron como objetivo analizar las modificaciones introducidas a través del D. Leg. n.º 1384 al Código Civil sobre la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Los autores arribaron a las siguientes conclusiones: primero, se encuentran conforme con los principios contemplados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; sin embargo, las modificaciones realizadas mediante el D. Leg. n.º 1384 se desconocen estos postulados, generando un grave escenario de inseguridad jurídica, donde las víctimas serán indudablemente las personas con discapacidad; segundo, para tener un marco jurídico adecuado sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, el legislador peruano, en principio, debe observar la realidad; pues, existen personas que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable o aquellas que no tienen discernimiento, entonces, para estas personas se debe mantener la figura de la curatela, puesto que el apoyo resulta inviable, y por último, según la nueva regulación las personas que carecen de discernimiento son plenamente capaces y pueden contratar, de esta manera, no faltarán quienes se quieran aprovechar de estas personas para perjudicarles, a través del engaño. Es menester señalar que, nuestro país es Estado parte de la Convención porque firmo el 30 de marzo de 2007 y lo ratificó el 30 de diciembre de 2007, entrando en vigencia el 3 de mayo de 2008, por ello, el Perú está obligado a acatar las obligaciones establecidas en la citada Convención. En ese sentido, a través del D. Leg. n.º 1384 se reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y se implementó un sistema de apoyos y salvaguardias; empero, esta nueva regulación presenta

severos defectos, razón por la cual, es necesario realizar un arduo debate académico entre los abogados, profesores, juristas, jueces y representantes de las personas con discapacidad para plasmar los objetivos y postulados de la Convención —de manera adecuada— en el Código Civil.

Costales (2019) en la tesis *Paradójica designación de un apoyo frente a la institución jurídica de la curatela en la celebración de un acto jurídico* para obtener el grado de abogada por parte de la Universidad Privada del Norte, tuvo como objetivo determinar las consecuencias jurídicas de la incorporación de la figura de designación de apoyos frente al reconocimiento de la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad para la celebración de actos jurídicos. La metodología empleada ha sido básica, diseño no experimental de corte transversal, alcance descriptivo – propositivo y de enfoque cualitativo. El instrumento que se utilizó fue la hoja de ruta con la técnica de análisis de artículos académicos y doctrina. La autora concluye que la incorporación de la figura de los apoyos y el reconocimiento de la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad, ha ocasionado la eliminación de la curatela e interdicción del Código Civil. Sin embargo, en la celebración de actos jurídicos por personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad interna mediante un apoyo, genera ineficacia estructural de los actos jurídicos por falta de manifestación de voluntad del agente, por ello, siendo necesario mantener en vigencia la curatela y transitar al modelo biopsicosocial de discapacidad. El sistema de apoyos resulta adecuado y viable para coadyuvar con un sector de las personas con discapacidad; pero, no para todo este grupo humano vulnerable. Pues, la figura jurídica del apoyo resulta inviable para colaborar con las personas con discapacidad mental severa en el ejercicio de sus derechos y toma de decisiones.

Caicay (2020) en la tesis *Apoyos y salvaguardias como formas de asistencia y medidas de control garantistas del respeto de los derechos y voluntades de las personas con discapacidad* para obtener el grado de abogada por parte de la Universidad de Piura, tuvo como objetivo analizar las consecuencias jurídicas que conlleva la creación de los apoyos y las salvaguardias en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, así como también proponer recomendaciones de mejora en su desarrollo tanto práctico como teórico en aras a su perfeccionamiento. La metodología empleada es descriptiva, comparativa y analítica. La autora concluye

que la Convención es el primer Tratado que reconoce a las personas con discapacidad como seres humanos con capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas. Esta nueva regulación de la capacidad jurídica de aquellas personas trajo consigo la implementación de los apoyos y salvaguardias; pues, estas instituciones jurídicas deberán ser aplicables no solo para las personas con discapacidad permanente, sino también para las personas con discapacidad temporal o al largo plazo, dado que en ambos supuestos existen personas que requieren asistencia en el ejercicio de su capacidad jurídica. Es evidente que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad constituye un gran avance normativo para el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, por lo que estas personas pueden participar de manera plena en la sociedad en las mismas condiciones con las demás personas, para ello se implementó un sistema de apoyos y salvaguardias.

Valdivia (2020) en la tesis *Una mirada a las sentencias judiciales en lectura fácil a propósito del Decreto Legislativo n.º 1384 sobre el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad* para obtener el grado de abogada por parte de la Universidad Autónoma del Perú, tuvo como objetivo interpretar si las sentencias judiciales en lectura fácil constituyen un avance en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad mental en el Perú a propósito del Decreto Legislativo n.º 1384. El enfoque de investigación es cualitativo, diseño hermenéutico, el instrumento que se utilizó fue la guía de entrevista y la técnica es la entrevista. La autora concluye que las sentencias en lectura judicial significan un gran avance en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad mental; pero, esto solo se aprecia en la legislación, toda vez que en la práctica no se advierte su presencia, en ese sentido, no se está cumpliendo a cabalidad con lo establecido en la Convención. Al respecto, debemos señalar que, el Perú al ser estado parte de la Convención está obligado a garantizar que las personas con discapacidad accedan a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, para ello deberá tomar las medidas pertinentes, incluido a través de los ajustes razonables.

Espinoza y Peralta (2020) en el artículo titulado “El mal diseñado sistema de apoyos y salvaguardias: el otro virus que trajo el Decreto Legislativo n.º 1384 y ha contagiado al Código Civil peruano”, tuvieron como objetivo analizar si el apoyo y la

representación tienen naturalezas jurídicas diferentes, a raíz de la implementación del sistema de apoyos y salvaguardias en el Código Civil peruano. Los autores concluyeron que, a través del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, nuestra legislación pasa de un esquema de sustitución de voluntad a un esquema de asistencia de los apoyos. Entonces, la representación y el apoyo poseen naturalezas jurídicas diferentes, puesto que, bajo el modelo de sustitución, el representante toma la posición del representado con el propósito de efectuar un acto en nombre e interés de ella. En tanto, bajo el sistema de apoyos, la persona con discapacidad se encuentra presente y manifiesta su voluntad por sí mismo, con la asistencia de su apoyo en la interpretación de su voluntad y para facilitar la comprensión del acto. En efecto, la Convención instauro un sistema de apoyos y salvaguardias, a través del cual el apoyo tiene la función de coadyuvar a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos, más no sustituir la voluntad de la persona asistida, mientras que las salvaguardias vienen a ser las medidas dictadas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona discapacitada.

Cieza y Olavarría (2018) en el artículo denominado “Defectos y virtudes de la nueva regulación sobre la capacidad en lo relativo a personas naturales” tuvieron como objetivo analizar los cambios efectuados con relación a la figura de la capacidad de ejercicio en el libro de personas del Código Civil. Los citados autores concluyen que la nueva regulación sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad tiene un enfoque solidario; sin embargo, se ha incurrido en error al no tomar en cuenta a las personas que carecen de discernimiento. No debemos olvidar que, antes de la emisión del D. Leg. n. ° 1384, las personas sin discernimiento eran consideradas incapaces absolutos, por lo que no tenían capacidad de ejercicio, entonces se les brindaba una protección a través de la institución de la curatela, donde el curador era su representante legal.

Bardales (2018) en el artículo titulado “La derogación del régimen de responsabilidad civil del incapaz y los limitados alcances del artículo 1976-A” tuvo como objetivo analizar las consecuencias legales generadas por el D. Leg. n. ° 1384, específicamente sobre la responsabilidad civil del antes denominado incapaz. El autor concluye que los efectos a raíz de la derogación de los artículos 1975 y 1976, así

como la incorporación del artículo 1976-A del Código Civil, son trascendentales, dado que se eliminó el régimen de responsabilidad civil del incapaz y de sus representantes, para establecer un limitado régimen de responsabilidad de la persona con discapacidad mental y sus apoyos, es evidente que esta situación deja de lado varios problemas, con relación a la responsabilidad de los menores de edad y la de los mayores con incapacidad de ejercicio, igualmente, la de sus representantes legales. Pues, conforme se puede apreciar de este artículo, la intención del D. Leg. n.º 1384 podrá ser bondadosa; sin embargo, las modificaciones realizadas a distintos libros de nuestro Código Civil con relación a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, la curatela, el sistema de apoyos y salvaguardias, y la responsabilidad civil de aquellas personas son muy defectuosas.

Cárdenas y Della (2018) en el artículo titulado “Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil en materia de capacidad” tuvieron como objetivo formular una crítica de algunas falencias contenidas en el Decreto Legislativo n.º 1384, sobre la capacidad, discapacidad e incapacidad. Los autores concluyen que la nueva regulación reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, para quienes se ha instaurado la figura del apoyo, la cual tiene respaldo en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; sin embargo, su implementación de ser realizada con prudencia y en concordancia con las figuras de la tutela y curatela, a fin de evitar contradicciones. Por ello, proponen las modificaciones introducidas a nuestro CC sobre la capacidad deben ser examinadas; pues, existen contradicciones, errores y falta de claridad en algunas disposiciones. Cabe resaltar que, los cambios normativos deben guardar coherencia con nuestra realidad social y los postulados contemplados en la Convención.

2.2 Bases teóricas

2.2.1 Desarrollo de la temática correspondiente al tema investigado

2.2.1.1 Capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual.

2.2.1.1.1 Definición.

En principio, consideramos necesario definir la capacidad jurídica, seguidamente, qué debemos entender por las personas con discapacidad mental e intelectual, para tener claro su situación de vulnerabilidad y por qué es necesario establecer una protección adecuada de sus derechos.

Nuestro Código Civil ni la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad definen la capacidad jurídica. No obstante, en el numeral 13 del contenido normativo del artículo 12 de la Observación General n.º 1, aprobada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), se define a la capacidad jurídica, de la siguiente manera: «La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y contraer obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar)».

De ello, se infiere que la capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todos los seres humanos, incluidas las personas con discapacidad. La capacidad jurídica tiene dos vertientes importantes: la primera, es la idoneidad que tiene la persona para adquirir derechos y contraer obligaciones (capacidad de goce), y la segunda es la aptitud que tiene la persona para ejercer esos derechos y obligaciones (capacidad de ejercicio).

De otro lado, el destacado jurista Aníbal Torres (2019) entiende a las personas con discapacidad mental como aquellas que presentan deterioro mental que comprende todo tipo de anomalía psíquica que limita, no suprime, la aptitud de la persona para expresar libremente su voluntad.

Si bien estas personas pueden vivir por sus mismos medios favorablemente; sin embargo, no tienen facultades mentales suficientes para situarse y permanecer al nivel de las demás personas, esta situación conlleva a que tengan una personalidad deficiente, esto es, no tienen discernimiento necesario para que gocen de la plena capacidad de ejercicio.

Cabe preguntarnos, ¿cuáles son las causas que originan el deterioro mental de una persona?, estas podrían ser muchas: una enfermedad mental, tales como el

párkinson, alzhéimer, demencia senil, esquizofrenia, entre otras, y un accidente que cause serios daños en el cerebro.

Con relación a las personas con discapacidad intelectual Santos Briz (1986), citado por Torres (2019) señaló:

Presentan un desarrollo mental anormal o que ha sufrido un estancamiento en su desarrollo mental, por cuya razón tiene un coeficiente intelectual deficiente que afecta la libre determinación de la voluntad, lo que le impide dirigir normalmente su persona y administrar su patrimonio. (pp. 95-96).

Al respecto, debemos señalar que, la alteración en el desarrollo mental de esta persona puede suscitarse en la vida fetal, tal como ocurre con el autismo y el síndrome de Down. El cambio neurológico también puede presentarse una vez que ha nacido la persona, teniendo causas genéticas, metabólicas o ambientales, accidentes, malnutrición, enfermedades, efectos de drogas, entre otras.

El Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales de la Asociación Americana de Psicología (2015) clasifica los grados de la discapacidad intelectual, de la siguiente manera: discapacidad intelectual leve (su coeficiente intelectual oscila entre 50-55 a 75); discapacidad intelectual moderada (su coeficiente intelectual oscila entre 35-40 a 50-55); discapacidad intelectual grave (su coeficiente intelectual oscila entre 20-25 a 35-40), y discapacidad intelectual profunda (su coeficiente intelectual queda por debajo de 20-25).

Para comprender dicha clasificación, a continuación, explicaremos. **La discapacidad intelectual leve:** las personas presentan un retraso cognitivo y una ligera afectación del campo sensoriomotor, a pesar de ello, pueden estudiar y trabajar. **La discapacidad intelectual moderada:** las personas necesitan con frecuencia supervisión para la realización de sus actividades, con una terapia suficiente pueden tener un grado de autonomía.

En tanto, **la discapacidad intelectual grave:** comprende a las personas que casi siempre presentan daños a nivel neurológico, y requieren mucha supervisión

para hacer sus actividades, asimismo, sus habilidades son reducidas, poca o nula comprensión lectora y numérica. Y, por último, **la discapacidad intelectual profunda**: las personas requieren de cuidado permanente, pues presentan problemas neurológicos, sus habilidades motoras son reducidas, y su capacidad comunicativa es bajo o inexistente.

Es menester precisar que, la Convención reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual; es decir, tienen aptitud para ser titular de derechos y obligaciones —nosotros estamos de acuerdo con este reconocimiento—, y pueden ejercer de manera plena esos derechos y obligaciones —lo cual es preocupante—, puesto que dichas personas son un grupo humano vulnerable, sobre todo, aquellas que padecen discapacidad mental e intelectual grave y profunda, por ello, la presente investigación se centrara en estas personas.

2.2.1.1.2 Breve reseña histórica.

Para desarrollar este acápite, es indispensable remontarnos a la antigüedad, pues, en esta época, la sociedad percibía a las personas con discapacidad mental e intelectual como fenómenos o monstruos, porque la discapacidad era considerada un castigo divino o maldición. Esta perspectiva errónea conllevaba a la comisión de una serie de atrocidades en contra de aquellas personas.

Así, en Egipto, la persona con discapacidad era objeto de abandono e infanticidio en el caso de niños y niñas; en la India, las niñas y niños con discapacidad eran abandonadas en el bosque o aventadas al río Ganges; en Grecia, las personas con discapacidad eran abandonadas o dejados morir, y en Roma, a los niños y adultos con discapacidad se les arrojaba al río Tíber o se les despeñaba por la roca Tarpeya.

Luego, en la Edad Media (desde la caída del Imperio Romano de occidente en 476 hasta la toma de Constantinopla en 1454), las personas con discapacidad seguían siendo vistas como monstruos o fenómenos, y eran confinadas a encierros y exhibidos los fines de semana en zoológicos o espectáculos, con el propósito de divertir o para que las familias corrijan sus pecados cometidos.

Empero, en este contexto histórico, las personas con discapacidad también eran consideradas minusválidas a las que había que cuidar. Luego, en la Alta Edad Media surgieron instituciones de socorro bajo la dirección de las comunidades religiosas. Asimismo, se crearon las primeras instituciones psiquiátricas.

En la Edad Moderna, en sus inicios, las personas con discapacidad mental o intelectual eran denominadas imbéciles, débiles mentales, dementes o locos, y eran recluidas en asilos o manicomios. Después, aparecieron teorías psiquiátricas que prohibían tratos crueles y consideraban que estas personas deberían recibir tratamientos de salud mental.

A partir de la mitad del siglo XX, se produce un cambio sustancial, puesto que las mismas personas con discapacidad se organizan en movimientos sociales, y comienzan a protestar para que se les reconozca sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas, por ejemplo, a una educación, trabajo, vivienda, entre otras. Estas exigencias de parte de las personas con discapacidad, dio a lugar a la expedición de normativas importantes en favor de este grupo humano vulnerable.

En el año 2006, se aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual —cobijando la teoría del modelo social— reconoce y garantiza a las personas con discapacidad el goce y ejercicio pleno de sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas. Los Estados partes que han suscrito están obligados a cumplir los principios, objetivos y obligaciones establecidos en la citada Convención.

En nuestro país, en el año 2018 se emitió el D. Leg. n.º 1384 denominado «Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones», a través del cual se realizan varias modificaciones del Código Civil; sobre todo, se reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, y se implementó un sistema de apoyos para coadyuvar a todas las personas con discapacidad a ejercer sus derechos, de esta manera, se eliminó la institución jurídica denominada «curatela».

2.2.1.1.3 Importancia.

La importancia del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual radica tanto en permitirles ejercer sus derechos y obligaciones en igualdad de condiciones con los demás individuos de la comunidad, como brindarles una protección adecuada de sus derechos, para evitar abusos.

De esta manera, estas personas dejan de ser percibidas como seres dementes, locos o anormales; es decir, ya no pueden ser objeto de discriminación por su condición de discapacidad ni por otras razones, por ello, la sociedad debe ser consciente que todos somos iguales e integrar a aquellas personas en todas las actividades.

2.2.1.1.4 Finalidad.

La finalidad del reconocimiento de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad mental e intelectual es respetar su dignidad inherente, autonomía individual, independencia, libertad de toma de decisiones y brindarles iguales oportunidades que el resto de las demás personas; por consiguiente, el Estado debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para concretar el reconocimiento de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad mental e intelectual.

2.2.1.2 Sistema de apoyos.

2.2.1.2.1 Definición.

Es menester señalar que, la génesis de la figura jurídica del «apoyo» es la Convención; empero, este instrumento internacional no nos ha brindado una definición clara de lo qué son los apoyos.

Según Bariffi (2014), los apoyos son:

Los mecanismos necesarios para garantizar que cualquier persona con discapacidad pueda, con autonomía, independencia y libertad, ejercer su capacidad jurídica en relación con todos los aspectos de la vida, lo que implica en la práctica reconocimiento de la plena garantía de la accesibilidad en todas sus dimensiones (p. 481).

Asimismo, en el artículo 659-B del Código Civil peruano se define al apoyo del siguiente modo:

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 apoyo.

Entonces, podemos entender por «apoyos» a las personas naturales o jurídicas, incluso instituciones públicas, que cooperan o coadyuvan para que los mismos sujetos con discapacidad puedan tomar decisiones de manera voluntaria, libre y procurando que le sean beneficiosas (Duran, 2020, p. 334).

En la actualidad, el apoyo coadyuva a la persona con discapacidad en la toma de decisiones, que pueden ser las siguientes: elegir un trabajo, tomar una opción inmobiliaria, casarse, aceptar herencias, donaciones, renunciar a ellas, o una infinidad de actos o negocios que el discapacitado puede realizar sin dejar que se le imponga la voluntad de un sujeto sobre la suya propia (Cieza y Olavarría, 2018, p. 62).

Sin duda alguna, la persona con discapacidad con la asistencia de su apoyo puede ejercer sus derechos que durante muchos años se les había negado —de manera absurda e injusta—, lo cual implica que ahora puede tomar sus propias decisiones, pero, cabe preguntarnos, ¿de qué manera el apoyo puede coadyuvar a la persona con discapacidad a tomar sus decisiones?, la respuesta es: brindándole información necesaria, consejos, asesoría, coadyuvando para facilitar su comunicación, comprensión y manifestación de voluntad, así como la interpretación y ejecución de sus actos jurídicos.

En resumen, podemos afirmar que, una de las implicancias más relevantes que trajo el nuevo tratamiento de la capacidad jurídica es la transición de un sistema de sustitución en la toma de decisiones a un sistema de apoyos o asistencia. Recordemos que, en el sistema de sustitución la persona con discapacidad no tenía capacidad jurídica; por consiguiente, no tomaba sus propias decisiones. En tanto, en el sistema de apoyos, es la misma persona discapacitada quien, en ejercicio de sus derechos, toma sus decisiones con la asesoría de su apoyo.

2.2.1.2.2 Breve reseña histórica.

La nueva concepción de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual implica la implementación de medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias para hacer efectivo sus derechos reconocidos. Asimismo, adoptar medidas legislativas para modificar o derogar leyes, reglamentos y costumbres que constituyan discriminación contra las personas referidas; en otras palabras, no basta con reconocer su capacidad jurídica, sino los Estados partes están obligados a tomar todas las medidas necesarias para que las personas con discapacidad mental e intelectual ejerzan sus derechos en la sociedad.

Lo señalado en el párrafo precedente emerge del numeral 3 del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (aprobada el 2006), en los siguientes términos: «Los Estados partes adoptaran las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica». Conforme se puede apreciar, el origen de la institución jurídica del «apoyo» es la Convención.

En nuestro país, el 4 de septiembre de 2018, se publicó en el *Diario Oficial El Peruano* el Decreto Legislativo n.º 1384, llamado «Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones», a través del cual se reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, para concretar dicho reconocimiento el Estado peruano implementó el sistema de apoyos y salvaguardias.

2.2.1.2.3 Naturaleza jurídica del apoyo.

El «apoyo» pertenece al «sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica» creado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, bajo este paradigma, la propia persona con discapacidad ejerce sus derechos, lo cual implica que toma sus decisiones con autonomía, independencia y libertad.

En tanto, el apoyo desempeña un rol relevante de cooperador para que la persona con discapacidad haga posible el ejercicio de su capacidad jurídica en la sociedad; es decir, el apoyo actúa de acuerdo con la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

Sobre la naturaleza jurídica del apoyo, Bariffi (2014) señaló con claridad lo siguiente:

El elemento que define o caracteriza el modelo de apoyos es justamente la voluntad decisoria del sujeto que, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de representación por sustitución, siguen en cabeza la propia persona con discapacidad. En otras palabras, el apoyo tiene como objetivo asegurar que sea siempre la persona con discapacidad quien decida (p. 477).

En efecto, en el «sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica», la persona con discapacidad será siempre quien tome sus propias decisiones; por ende, no existe la imposición de una voluntad ajena (curador) sobre la persona con discapacidad.

2.2.1.2.4 Características del sistema de apoyos.

El sistema de apoyos tiene las siguientes características fundamentales:

a) Gradual

La implementación del sistema de apoyos deberá ser progresiva o gradual, por lo que durante un tiempo deberá convivir en paralelo con el sistema de sustitución. Lamentablemente, en nuestro país, no ha ocurrido de esa manera.

Pues, la Primera Disposición Complementaria Transitoria del D. Leg. n.º 1384, dispone sin ambages que el juez transforma los procesos de interdicción con sentencia firme y aquellos en trámite, en un proceso de apoyos y salvaguardias, para ello, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial emitió la Resolución Administrativa n.º 046-2019-CE-PJ, a través de la cual se aprobó el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de Discapacidad; empero, la aplicación de las reglas y procedimiento en la práctica judicial presento varios problemas.

b) Complejo

La instauración de un sistema de apoyos es compleja, porque no solo implica realizar reformas legislativas, sino que los Estados partes de la Convención adopten todas las medidas necesarias para asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad.

c) Diverso

Para que el sistema de apoyos logre su propósito, deberá adaptarse a las diversas situaciones personales y distintas deficiencias mentales e intelectuales de la persona con discapacidad. De tal manera que, la persona con discapacidad tome sus propias decisiones en todos los aspectos de su vida con la asistencia de su apoyo, es decir, tanto en su esfera personal y patrimonial.

d) Respetuoso

El sistema de apoyos deberá respetar los deseos, preferencias y voluntad de la persona con discapacidad, así como también en la elección de su apoyo. En ese sentido, el apoyo no impone su voluntad sobre la persona asistida, sino coadyuva a que la persona con discapacidad exprese su propia voluntad.

e) Abierto

El sistema de apoyos deberá establecerse pensando en todas las personas que puedan tener inconvenientes para ejercer su capacidad jurídica en la sociedad, más no solo para los sujetos que tienen un determinado tipo de discapacidad. Esto es, debe ser ideado tomando en cuenta a las personas seniles, analfabetos, entre otros.

f) Formal

En algunas legislaciones, el sistema de apoyos necesitara de algunas formalidades adicionales que posibiliten su instauración en el marco de ciertas reglas y tradiciones jurídicas arraigadas.

2.2.1.2.5 Designación de los apoyos.

Para que las personas con discapacidad puedan ejercer —de manera plena— su capacidad jurídica, surge la figura jurídica del «apoyo», la cual se concretiza mediante la elección libre de la propia persona con discapacidad. La designación del apoyo puede realizarse ante un juez competente o notario.

El artículo 45-B del Código Civil establece que pueden designar apoyos y salvaguardias, las siguientes personas:

1. Las personas con discapacidad que manifiestan su voluntad pueden 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 [...].

Este artículo contiene cuatro reglas para la designación de los apoyos y salvaguardias; sin embargo, para el presente trabajo de investigación consideramos pertinente abordar solamente las dos reglas anotadas. De esta norma jurídica se deduce que, los apoyos y salvaguardias son nombrados por la misma persona con discapacidad o por el juez.

La primera regla aparece en el inciso 1 del artículo 45-B, este concuerda con lo previsto en el artículo 659-A, del siguiente modo: «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».

En efecto, los preceptos citados permiten que la misma persona con discapacidad que manifiesta su voluntad (o sea, cuenta con la facultad de decidir) puede designar uno o más apoyos con el propósito de que le preste asistencia en el ejercicio de sus derechos.

Es necesario recalcar que, es la propia persona con discapacidad quien elige su apoyo, decide la cantidad de apoyos, la duración de estos y de acuerdo con sus necesidades personales, señalara las funciones que debe cumplir, más no su familiar ni otra persona cercana, y que lo puede hacer a través de dos vías: judicial y notarial. A nuestro juicio, esta norma jurídica resulta apropiada, puesto que, si la persona con discapacidad requiriera urgente de un apoyo, podría acudir a una vía más expeditiva como la notarial, de este modo, se evita un camino largo y agotador como el judicial.

La designación de los apoyos mediante la vía judicial se tramita como proceso no contencioso, según lo previsto en el artículo 749 del Código Procesal Civil. En ambas vías, la persona con discapacidad será quien, determine la forma en que el apoyo cumplirá su función, el alcance y el número de apoyos.

Asimismo, debemos tener en cuenta lo establecido en el segundo párrafo del artículo 659-B del Código Civil, de la siguiente manera: «[...] 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».

Esta norma es importante, puesto que establece la clara diferencia que existe entre el apoyo y la representación. El apoyo no cuenta con facultades de representación, porque no es el representante legal de la persona con discapacidad; por el contrario, el apoyo es la persona que asiste o coadyuva a la persona con discapacidad para que esta haga posible el ejercicio de su capacidad jurídica en la sociedad.

No obstante, nuestra legislación contempla que, cuando la persona con discapacidad no puede manifestar su voluntad, el apoyo tenga las facultades de representación establecidas por el juez o conferidas por la propia persona que lo designó de manera expresa. Sobre esta excepción trataremos en las siguientes líneas con mayor amplitud.

La segunda regla se encuentra establecida en el inciso 2 del artículo 45-B del Código Civil. Cuando la persona con discapacidad no puede manifestar su voluntad, precisamente, aquí están comprendidas las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda o aquellas que carecen de discernimiento, el juez —excepcionalmente— puede designarle los apoyos necesarios para el ejercicio y protección de sus derechos, a petición de cualquier persona con capacidad jurídica. Cabe destacar que, en este caso no es posible designar los apoyos y salvaguardias a través de la vía notarial, sino necesariamente pasa por la vía judicial.

Para determinar la persona de apoyo o personas de apoyo, el juez debe considerar la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que necesita apoyo. Igualmente, indicara el plazo, alcances y responsabilidad del apoyo.

Sin embargo, esta nueva regulación resulta ser muy defectuosa e incongruente, por las razones que exponemos a continuación. El artículo 140 del Código Civil define el acto jurídico, en los siguientes términos: «El acto jurídico es la

manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas». De esta norma se colige que la manifestación de voluntad emana del titular del derecho por sí o a través de su representante.

Según nuestra legislación los elementos de la voluntad son: el discernimiento, la intención, la libertad, y la declaración o manifestación. Debemos puntualizar que, la voluntad interna está conformada por: el discernimiento, la intención y la libertad, pues, esta voluntad al permanecer en la conciencia de la persona, no manifestada, no le interesa al derecho, sino es necesario que se exteriorice la voluntad interna a través de la manifestación.

En esta misma línea, el destacado jurista Fernando Vidal (2016) afirmó:

La voluntad interna, una vez formada con el discernimiento, la intención y la libertad, debe exteriorizarse y, por eso, viene a ser el sustrato de la voluntad manifestada. La voluntad interna, aun cuando este conjugada con el discernimiento, la intención y la libertad, no es suficiente para la formación de la voluntad jurídica y darle validez al acto jurídico que se quiere celebrar, pues este requiere de la exteriorización de la voluntad interna mediante la manifestación (p. 133).

En efecto, la figura del «apoyo» creado por la Convención y adoptado por nuestra legislación —inequívocamente— va cumplir su propósito de asistir a la persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad, toda vez que esta persona tiene la capacidad de tomar decisiones de manera libre y autónoma; por tanto, aquella persona podrá ejercer sus derechos. Sin embargo, el problema se aprecia en la siguiente pregunta: ¿el sistema de apoyos será suficiente para que la persona con discapacidad mental e intelectual severa ejerza su capacidad de ejercicio?

Según la nueva regulación la respuesta es afirmativa para dicha interrogante, pues se instaura la figura del «apoyo con facultades de representación», lo cual nos parece paradójico porque el apoyo y la representación son instituciones que tienen naturalezas jurídicas y finalidades distintas. En el apoyo, bajo el modelo de asistencia,

la propia persona discapacitada está presente y expresa su voluntad, el apoyo solo cumple su rol de intérprete de su voluntad y para facilitar su comprensión del acto. En tanto, en la representación, bajo el modelo de sustitución, el representante toma el lugar del representado a fin de realizar un acto en nombre e interés de ella.

Así también entiende un sector de la doctrina nacional:

El apoyo es una asistencia a la persona asistida o apoyada, quien esta necesariamente presente y manifiesta su voluntad; en cambio, la representación implica una sustitución, es el representante quien manifiesta su voluntad ante los demás contratantes, sin estar el representado presente (Espinoza y Peralta, 2020, p. 88).

Entonces cabe preguntarse, ¿el «apoyo con facultades de representación» viene a ser lo mismo que un curador?, evidentemente, de acuerdo a la regulación actual, la figura del apoyo con facultades de representación vendría a cumplir la misma función que un curador, dado que será el apoyo quien tome decisiones por la persona con discapacidad, al no poder esta manifestar su voluntad; en otras palabras, si a la persona con discapacidad mental e intelectual severa se le nombra un apoyo, el acto jurídico o contrato que se celebre ya no será su manifestación de voluntad, sino la manifestación de voluntad de su apoyo.

Entonces, resulta absurdo e innecesario cambiar de nombre y muchas normas jurídicas para incorporar una figura nueva que ofrece los mismos efectos de la institución de la «curatela», cuando lo correcto hubiera sido mantener la «curatela» para proteger los intereses personales y patrimoniales de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda. Esta postura recoge la doctrina del siguiente modo: «Se ha debido disponer que a una persona que no tiene voluntad no se le puede designar apoyo, sino se le debe nombrar un representante de acuerdo con las reglas de la curatela» (Torres, 2019, p. 114).

Precisamente, en los casos donde la persona padece de discapacidad mental e intelectual grave y profunda, la figura del «apoyo», realmente, no cumple su finalidad

de asistir o coadyuvar a la persona con discapacidad, aunque exista el apoyo, la persona con discapacidad no podrá ejercer plenamente sus derechos.

Al respecto, un sector de la doctrina nacional señaló lo siguiente:

[...] De este modo, nos queda claro la idea de que las personas que no pueden manifestar su voluntad de manera indubitable, así como aquellas que no tienen discernimiento, no pueden en modo alguno ejercer de manera plena sus derechos, ni hacerlo a través de «apoyos». Necesitaran, pues, de alguien que los represente (Castillo y Chipana, 2018, p. XX).

Esta postura concuerda con el derecho comparado. Pues, el artículo 32 del Código Civil y Comercial argentino, establece lo siguiente:

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentra absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

De esta norma se infiere que cuando la persona tiene reducida su capacidad procede la designación del apoyo, más no un curador. En cambio, si la persona con discapacidad se encuentra imposibilitada de manifestar su voluntad, el apoyo no puede colaborar para que exteriorice su voluntad que no tiene; por tanto, no corresponde el nombramiento de un apoyo, sino la de un curador que se encargue de su cuidar su persona y sus bienes.

Por ello, con total acierto el jurista Aníbal Torres (2019) afirmó lo siguiente:

El principio que rige la legislación debe ser que toda persona mayor de edad tiene capacidad de ejercicio plena, la incapacidad o capacidad restringida es la excepción. De otro lado, la regla es el sistema de apoyos, la excepción es la representación (p. 115).

2.2.1.2.6 Importancia.

El sistema de apoyos es un mecanismo importante para garantizar que las personas con discapacidad mental e intelectual que pueden manifestar su voluntad ejerzan su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, puesto que el apoyo asistirá a la persona con discapacidad durante el proceso de toma de sus múltiples decisiones, tales como celebrar actos jurídicos o contratos, contraer matrimonio, entre otras.

Sin embargo, cuando se trata de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda, el panorama es diferente, pues el sistema de apoyos resulta ser un mecanismo ineficaz e inviable, porque el propio sujeto con discapacidad no podrá tomar sus decisiones, entonces, quien tome decisiones por él, siempre será el apoyo, situación que nos parece incoherente.

2.2.1.2.7 Finalidad.

La finalidad de la institución jurídica del apoyo es brindar asistencia a las personas con discapacidad mental e intelectual para que puedan ejercer su capacidad jurídica en las mismas condiciones con las demás personas, ello implica que el apoyo deberá asistir a la persona con discapacidad en la toma de sus propias decisiones.

2.2.1.3 La curatela.

2.2.1.3.1 Definición.

Peralta Andía (1996) citado por Jara y Gallejos (2012) define a la curatela de la siguiente manera:

Es una institución de amparo familiar que tiene por finalidad cuidar de la persona y de los bienes del incapaz mayor de edad o de la persona impedida eventualmente, en cuya virtud se provee a la custodia y el manejo de sus bienes o a la defensa de su persona (p. 540).

Para Varsi (2020) la curatela es: «Es un instituto del derecho de familia que brinda de protección a los mayores de edad que no son aptos para cuidar de sus propios intereses, regir su vida y administrar sus bienes».

Cabe recordar que, antes de la emisión del D. Leg. n.º 1384, la curatela consistía en una institución del derecho de familia destinada a brindar amparo a las siguientes personas: 1) los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento; 2) los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable; 3) los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad; 4) los retardos mentales; 5) los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad; 6) los pródigos; 7) los que incurrir en mala gestión; 8) los ebrios habituales; 9) los toxicómanos y 10) los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Conforme puede verse, la curatela protegía a las personas que se encuentren privados de discernimiento por cualquier causa (supuesto que comprendía a las personas que ahora se conoce como personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda); sin embargo, al haberse eliminado la «curatela» de nuestra legislación, actualmente, los intereses personales y patrimoniales de aquellas personas se encuentran desamparados, puesto que el apoyo no tiene la finalidad ni la naturaleza jurídica de la curatela.

2.2.1.3.2 Breve reseña histórica.

Para abordar la historia de la curatela, es indispensable remontarnos a Roma, donde, a mediados del siglo V a. c., por primera vez en la **Ley de las XII Tablas**, se recoge la curatela para remediar a los «incapacitados accidentales», tales como: los **furiosi** —privados de razón con o sin intervalos lúcidos— y **pródigos**, después y a título de protección la curatela se extendió a los **mente capti** —poca inteligencia—, a los sordos, mudos y personas que padecían enfermedades graves, posteriormente, esta institución es aplicada a incapacidades de otro orden, recayendo en los púberes menores de veinticinco años de edad y en algunos pupilos.

Mientras que en la Edad Media la institución de la curatela estuvo ausente, entonces el demente era considerado huérfano y se le enviaba a la cárcel común, donde se encontraban delincuentes.

En la actualidad, la curatela se encuentra regulada en legislaciones contemporáneas, obviamente, de manera distinta. En el Perú, el Código Civil contempla aisladamente tres clases de curatela, estos son: la curatela típica, la curatela de bienes y las curatelas especiales, de manera semejante como se regulaba en el Código Civil de 1936.

2.2.1.3.3 Naturaleza jurídica de la curatela.

La curatela está basada en el «sistema de sustitución en la toma de decisiones», bajo este prototipo, el curador (también llamado representante legal) protege a las personas incapaces mayores de edad y sus bienes, debido a que estas personas no son capaces de ejercer sus derechos ni cuidar sus intereses patrimoniales o personales.

Como bien indicó la doctrina, en los siguientes términos:

En el sistema de la sustitución se considera que la persona tiene su capacidad de ejercicio disminuida, por lo que se nombra a un sustituto (usualmente el curador), con o sin voluntad del curado, que tomara las decisiones bajo el principio de interés superior de la persona concernida, no basándose necesariamente en la voluntad y las preferencias de esta (Espinoza y Peralta, 2020, pp. 86-87).

En ese sentido, en el «sistema de sustitución de toma de decisiones» es el curador quien decide o expresa voluntad para resguardar los intereses personales y patrimoniales de la persona incapaz, toda vez que esta no puede velar por sí mismo.

2.2.1.3.4 Características de la curatela.

La curatela tiene las siguientes características:

a) Supletoria

La curatela es una institución supletoria, porque se aplica a falta de capacidad plena de la persona para ejercer sus derechos y cuidar de sus intereses personales y patrimoniales.

b) Personalísima e intransferible

La curatela implica que no es posible que el curador delegue sus funciones a otras personas.

c) Obligatoria y temporal

Bajo la curatela, el curador debe asumir y ejercer el cargo durante todo el tiempo señalado.

d) Representativa

El curador es el representante legal de la persona incapaz en todos los actos de naturaleza civil.

e) Remunerada

El curador debe ser retribuido, toda vez que dispone tiempo, esfuerzo y dedicación, así como también las responsabilidades que genera el ejercicio del cargo.

f) Unipersonalidad

La curatela por regla es unipersonal, pero el Código Civil reconoce la curatela conjunta o compartida.

g) Institución de amparo familiar y protección de los incapaces

La curatela es una institución de amparo familiar, esta se sustenta en el principio de prevalencia del interés superior de las personas incapaces.

h) Institución de interés social

La curatela es una institución de interés social, puesto que pretende proteger a la persona incapaz siendo sus normas de orden público que no pueden ser acordadas por las partes al estar de por medio el estado civil, la persona y su patrimonio.

i) Se regula supletoriamente por las normas de la tutela

La curatela se regula supletoriamente por las normas de la tutela, porque se le aplican las normas de la tutela. Pues, no debemos olvidar que, la tutela y la curatela son instituciones del derecho familiar tuitivo y tienen como propósito suplir la incapacidad.

2.2.1.3.5 Clases de curatela.

Nuestro Código Civil regula separadamente tres tipos de curatela a saber.

2.2.1.3.5.1 La curatela típica.

La curatela típica es instituida para los incapaces mayores de edad y otorga al curador facultades referidas al cuidado de la persona y patrimonio del curado.

No obstante, a raíz de la reforma efectuada mediante el D. Leg. n.º 1384, este tipo de curatela ya no es instituida para los incapaces, sino para las siguientes personas con capacidad de ejercicio restringida:

- (i)** Pródigos, malos gestores, ebrios habituales y toxicómanos.
- (ii)** Condenados a pena que lleva anexa la interdicción civil.

2.2.1.3.5.2 La curatela de bienes.

La curatela de bienes es instituida para la custodia y manejo de un patrimonio que puede tener o carecer de titular.

La cual está contemplada para cuatro casos específicos:

- (i) Cuando la persona se ausenta o ha desaparecido.
- (ii) Al que estar por nacer (concebido).
- (iii) Los bienes cuyo cuidado no incumbe a nadie.
- (iv) Cuando el usufructuario no preste las garantías legales.

2.2.1.3.5.3 Las curatelas especiales.

Las curatelas especiales son instituidas para casos concretos, nombrándose curadores a los incapaces mayores o menores de edad. En algunas ocasiones pueden incluir atribuciones con relación a la persona, pero, normalmente, están orientadas a la defensa o administración de bienes o intereses económicos de la persona con capacidad restringida.

2.2.1.3.6 Invalidación de los actos anteriores de la declaración de interdicción.

Antes de la reforma del Código Civil. En su artículo 582 prescribía: «Los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de esta existía notoriamente en la época en que se realizaron».

Evidentemente esta norma permitía la invalidación de los actos que realizaba la persona incapaz mayor de edad —ahora persona con discapacidad mental e intelectual— antes de la emisión de la sentencia de interdicción; o sea, a los actos anteriores a la interdicción, siempre y cuando se demostraba la existencia de su incapacidad en la época en que se efectuaron.

Sin embargo, a raíz de la reforma introducida al CC, la citada disposición ha sido derogada, la cual agrava los problemas existentes en la legislación con relación a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad mental e intelectual grave y profunda. Pues, ahora aquella persona tiene capacidad de ejercicio, por lo que los actos que realiza sin la asistencia de su apoyo (porque no es obligatoria su designación) o antes de su designación, son absolutamente válidos. Por ejemplo, si una persona con autismo grave que no tiene apoyo vende su casa a un precio irrisorio, porque fue inducido a engaño por el comprador, ese acto será válido.

En ese sentido, la nueva regulación impide la posibilidad de invalidar (o anular) los actos practicados por la persona con discapacidad mental e intelectual grave y profunda que no posee apoyo o antes de su designación —a pesar de que, las circunstancias de su discapacidad preceden a la designación de su apoyo—, lo cual implica que sus intereses personales y patrimoniales resultan susceptibles de ser vulnerados con facilidad.

2.2.1.3.7 Importancia.

La curatela es una institución jurídica del derecho de familia importante porque brinda protección adecuada a la persona incapaz mayor de edad y sus bienes, de esta manera, se impide el aprovechamiento de individuos maliciosos de aquellas personas.

Como habíamos señalado anteriormente, antes de entrar en vigor el D. Leg. n.º 1384, la curatela de manera acertada ofrecía una protección a la persona con discapacidad mental e intelectual grave y profunda, persona que carece de discernimiento, así como aquella que no podía manifestar su voluntad, y a su patrimonio, de este modo, los intereses personales y patrimoniales de aquellas no estaban en desamparo y se evitaban la comisión de una de serie de abusos. Sin embargo, en la actualidad, estas personas que son vulnerables, se encuentran absolutamente expuestas a múltiples abusos, pues, el «apoyo» resulta ser una figura ineficaz.

2.2.1.3.8 Finalidad.

La finalidad de la curatela como institución jurídica de amparo familiar es la de proteger al incapaz mayor de edad —busca en lo posible recobrar su capacidad de ejercicio— y sus bienes —cuida su patrimonio—. Cabe destacar que, en consonancia a la nueva normativa en nuestro país, esta institución no protege al incapaz mayor de edad, sino a la persona con capacidad de ejercicio restringida (pródigos, malos gestores, ebrios habituales, toxicómanos y condenados a pena que lleva anexa la interdicción civil).

2.2.2 Bases teóricas generales

En la presente tesis se va abordar la teoría del «modelo social», la misma que sido recogida por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y trabajada ampliamente por la destacada especialista Agustina Palacios, así como también la teoría del «modelo de diversidad funcional», abordada por Agustina Palacios y Javier Romañach. Estas teorías serán útiles para respaldar el desarrollo del presente trabajo de investigación. No obstante, es imprescindible exponer brevemente teorías generales del Derecho para tener una mirada más extensa en la presente tesis.

2.2.2.1 Teoría naturalista.

La teoría naturalista es un enfoque filosófico del derecho que sostiene la existencia de derechos universales, anteriores, superiores e independientes al derecho escrito (positivo); vale decir, estos derechos están determinados en la misma conciencia o naturaleza humana, tales como: la vida humana y la libertad, pues, estos derechos son anteriores a las leyes positivas; por consiguiente, el derecho positivo está obligado a respetarlos y ampararlos en todo momento, por tratarse de derechos fundamentales. Su principal expositor es Marco Tulio Cicerón.

2.2.2.2 Teoría positivista.

Esta teoría positivista del derecho (también conocida como iuspositivismo) considera que el derecho es un conjunto de normas expedidas por la sociedad mediante el Estado, a través de un procedimiento formal apropiado, puesto que el Estado es la única fuente del derecho, por ello, se niega a reconocer otro derecho que no sea el puesto por el hombre, esto es, el derecho positivo. De esta manera, muestra su rechazo enérgico al derecho natural. Su máximo exponente es Hans Kelsen.

En síntesis, para esta teoría el único derecho existente y válido es el derecho positivo (escrito), esto es, el derecho creado y aplicado por los hombres.

2.2.2.3 Teoría pura del derecho.

Esta teoría fue planteada por el filósofo austriaco Hans Kelsen, quien considera que el derecho es una ciencia autónoma, por lo que es necesario separar todo lo que pertenece a otras ciencias, tales como, valores, conductas, entre otras. De este modo, el derecho comprenderá lo siguiente: la norma jurídica válida y el sistema eficaz que regulan las conductas de los individuos y la sociedad en su conjunto.

Asimismo, el citado filósofo señala que es necesario tener una pirámide (también conocida como la pirámide kelseniana), con el propósito de establecer un sistema jurídico escalonado. Esta pirámide sirve para representar la jerarquía de las leyes, una sobre otras, donde la Constitución será la de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico positivo.

Sobre esta teoría, un sector autorizado de la doctrina nacional rescata su aporte al derecho; pero, también considera que posee defectos, en los siguientes términos:

El positivismo jurídico ha diseñado la construcción de un modelo de teoría del derecho válido en sí mismo y que efectivamente ha significado un aporte en términos contemporáneos a la consolidación del Estado moderno y a la mejor

comprensión del derecho; sin embargo, como concepción integral y excluyente de otras nos parece insuficiente, porque el derecho tiene por finalidad regir mejor a la sociedad y no solo ser una estructura perfecta en sí misma (Rubio, 2009, p. 321).

2.2.2.4 Teoría tridimensional del derecho.

Esta teoría trata los fenómenos jurídicos en tres dimensiones, estas son, fáctica, normativa y axiológica. La dimensión fáctica (también denominada sociológica) surge para normar un determinado momento o suceso histórico-social. En tanto, la dimensión normativa brinda lineamientos o reglas para salvaguardar el bien de justicia representada. Y, por último, la dimensión axiológica considera al derecho como valor y protector de otros valores superiores.

La «teoría tridimensional del derecho» fue planteada por los destacados juristas Miguel Reale, Carlos Fernández Sessarego y Luis Recasens, la cual surgió de manera simultánea en Brasil y en Perú a mitad del siglo XX.

Con relación a esta teoría, el reconocido jurista Carlos Fernández Sessarego señaló:

Esta teoría, como se sabe, sostiene que el objeto de estudio del derecho es el resultado de la interacción de vida humana social, valores y normas jurídicas. Ninguno de estos tres elementos constituye, por sí solos, el objeto del derecho, pero, sin embargo, ninguno de ellos puede faltar cuando se le menciona. El problema es determinar, ya sea entre estas tres opciones o bajo otra fórmula, cuál es el objeto de estudio del derecho (2014, p. 21).

Pues, esta teoría a través de las tres dimensiones fáctica, normativa y axiológica, pretende lograr una visión integral del Derecho.

2.2.2.5 Teorías en relación a las categorías.

2.2.2.5.1 Teoría del modelo social.

Esta teoría se encuentra vigente en la actualidad y surgió como rechazo a la teoría del modelo de prescindencia, según este prototipo las causas de la discapacidad son religiosas y que la persona discapacitada nada puede aportar a la sociedad, y a la teoría del modelo médico, que concibe que las causas de la discapacidad son científicas, donde la persona con discapacidad si puede aportar a la comunidad, siempre y cuando sean rehabilitadas.

Cuenta con dos características importantes. La primera consiste en que las causas que originan la discapacidad no son religiosas ni científicas, sino sociales. En otras palabras, las limitaciones no radican en la persona con discapacidad, sino en la misma sociedad.

Al respecto, la reconocida especialista Agustina Palacios (2008) indicó lo siguiente:

Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social (pp. 103-104).

La segunda característica se refiere que las personas con discapacidad pueden contribuir a la sociedad en la misma medida que las personas sin discapacidad. Para esto, se parte de la premisa principal de que toda vida humana es igualmente digna, pero se debe destacar que, es importante adoptar políticas de inclusión y la aceptación de su deficiencia.

En esta misma línea, Bariffi (2014) señaló que la teoría del modelo social:

Parte de la premisa de 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 las personas con discapacidad. Asimismo, apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida, y para

ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades (p. 31).

El origen de la teoría del modelo social se remonta a finales de la década de los años sesenta o principios de la del setenta del siglo XX, en Estados Unidos e Inglaterra, donde las mismas personas con discapacidad se organizaron para protestar su estatus de «ciudadanos de segunda clase» y lograron reorientar la atención hacia el impacto de las barreras sociales y ambientales que se hallaban en la sociedad.

Es menester señalar que, esta teoría se consolidó normativamente cuando se aprobó por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual tiene como propósito 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, así como también promover el respeto de su dignidad inherente.

Actualmente, el Perú como Estado parte de aquella Convención recogió la teoría del modelo social, a través del D. Leg. n. ° 1384. Tal y conforme puede apreciarse en el artículo 3 del Código Civil, cuyo tenor es «capacidad jurídica». En ese sentido, nuestra legislación reconoce a todas las personas con discapacidad su capacidad jurídica, de esta manera, se permite su plena participación en la sociedad con o sin la asistencia de su apoyo.

No obstante, no debemos perder de vista que la teoría del modelo social no resuelve los problemas que atañen a todas las personas con discapacidad. Esta teoría al haberse afianzado normativamente en la Convención, se deja sin efecto la teoría del modelo rehabilitador, entonces a partir de la teoría del modelo social se cambia de óptica sobre las personas con discapacidad, pues, se considera que los límites o barreras radica en la misma sociedad, más no en la persona.

Empero, esta teoría al sobrevalorar a la sociedad como la causa de la discapacidad y hablar de la discriminación que padecen las personas con

discapacidad, parece olvidar la realidad social, donde existen personas con discapacidad a las que por la simple vía de adaptación social resulta sumamente difícil lograr superar los límites que se presenta sobre su capacidad volitiva, cuando está gravemente afectada. Por ejemplo, se deja a un lado a las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda o aquellas mayores de edad que carecen de discernimiento por cualquier causa.

En cambio, la teoría del modelo social calza perfectamente con las personas con discapacidad que pueden manifestar su voluntad o aquellas que tienen discernimiento, puesto que estas personas tienen capacidad de entender, querer y lo más importante comprenden las consecuencias de sus actos; por tanto, estas personas pueden participar —plenamente— en la sociedad por su propia cuenta o con la asistencia de su apoyo.

De ahí es que se llegue a afirmar que la Convención al haber adoptado la teoría del modelo social se tomó más en cuenta a las personas con discapacidad física y sensorial; pero, se olvidaron de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda, ello obedecería a que las organizaciones que representaban a las personas con discapacidad mental e intelectual no han sido tomadas en cuenta en el proceso de elaboración de aquella Convención.

Así, Elena López (2020) sostuvo lo siguiente:

En ocasiones la lectura de la Convención y los logros en ella previstos (como relativo a la capacidad jurídica y su ejercicio) pudieran inducir al lector a pensar que los modelos están orientados y se adaptan mejor a unos tipos de discapacidad que otras, que estuvieran inspirados más en discapacidades de orden físico y sensorial y no tanto en las discapacidades de carácter intelectual. En más de una ocasión se ha puesto de manifiesto que en la redacción de la Convención no se tomó suficientemente en consideración a las asociaciones que representaban a las personas con discapacidad intelectual, frente al protagonismo concedido a los colectivos relacionados con la discapacidad física y sensorial (p. 31).

En síntesis, la teoría del modelo social con todos sus defectos, resulta ser una teoría útil, importante y necesaria, porque al concebir como causas de la discapacidad a las barreras que impone la misma sociedad, más no la persona, se reconoce formalmente los derechos de las personas con discapacidad que durante muchos años se les había negado —absurda e injustamente—; por consiguiente, actualmente, estas personas pueden participar en la sociedad.

2.2.2.5.2 Teoría de la diversidad funcional.

Esta teoría fue planteada por el Foro de Vida Independiente, en España, a finales del año 2006 y abordada principalmente por Javier Romañach y Manuel Lobato.

Este prototipo es una evolución de la teoría del modelo social y propone los siguientes cambios importantes: primero, sustituir los vocablos peyorativos «discapacidad» «minusvalía» «invalidez» por «diversidad funcional», entonces no se debe denominar «personas con discapacidad», sino «mujeres y hombres discriminados por su diversidad funcional»; segundo, eliminar la capacidad como indicativo para el colectivo y reemplazarlo por la dignidad; y por último, reivindicar el valor de la diversidad humana.

Esta teoría partiendo del estudio de la historia y la realidad actual de la diversidad funcional (persona con discapacidad), pretende aportar principios y acciones para lograr la plena dignidad de todas las personas. Se entiende por plena dignidad dar el mismo valor a todos los seres humanos y dar los mismos derechos a todas las personas. Para ello, considera necesario la intervención de dos herramientas: los derechos humanos y la biótica.

Los principales exponentes (Palacios & Romañach, 2006) de esta teoría señalaron lo siguiente:

Esta teoría partirá de la búsqueda de la plena dignidad, tanto extrínseca, como intrínseca, de todas las mujeres y hombres, incluidas aquellas que tienen una diversidad funcional. Para ello, utilizara dos herramientas que ya están

bastante desarrolladas en la sociedad occidental moderna: los derechos humanos y la bioética (p. 193).

En ese sentido, la dignidad es la pieza clave de la teoría del modelo de la diversidad y su propósito es lograr la plena dignidad de todas las personas con diversidad funcional —personas con discapacidad—. Esto es, considerando los dos aspectos de la dignidad: la dignidad intrínseca, vinculada con el valor intrínseco del ser humano, y la dignidad extrínseca, referida a los derechos y condiciones de vida que definen las reglas de convivencia y la interacción de la persona con su entorno.

2.3 Bases legales

2.3.1 Bases legales internacionales

La normativa internacional que sustenta la presente tesis comprende normas internacionales importantes referidas al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y el sistema de apoyos.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Es consabido que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es un instrumento internacional de gran relevancia, por lo cual los artículos base que reconocen la capacidad jurídica a las personas con discapacidad son los siguientes:

En el inciso 2 del artículo 12 de la Convención (2006) se establece: «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» (p. 11).

Esta norma jurídica es importante, porque por primera vez se reconoce la capacidad jurídica de la persona con discapacidad mental e intelectual. Ello implica que esta persona tiene capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y de ejercer esos derechos y obligaciones. En ese sentido, la capacidad jurídica es un

derecho inherente reconocido a todos los seres humanos, incluidas las personas con discapacidad.

La Convención en el inciso 3 de su artículo 12 señala: «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» (2006, p. 12).

Los Estados partes no solo reconocerán la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, sino también tomarán las medidas necesarias para que cuenten con un apoyo para que ejerzan su capacidad jurídica en la sociedad. Este apoyo siempre debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ella.

Código Civil y Comercial argentino

El 1 de agosto de 2015, entro en vigor la reforma efectuada al Código Civil y Comercial argentino, la cual introdujo cambios sustanciales en materia de capacidad de las personas con discapacidad. La nueva regulación se adecuó a los lineamientos establecidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que fue aprobada y ratificada por el país en el año 2008 a través de la Ley n. ° 26 378, de esta manera, Argentina fue uno de los primeros países de América en poner en marcha la adecuación de su legislación a las disposiciones de aquella Convención.

En el artículo 31 del Código Civil y Comercial argentino (2014) se establece las siguientes reglas de restricción al ejercicio de la capacidad jurídica:

- a) La capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun se encuentre internada en un centro asistencial;
- b) Las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;

- c) La intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;
- d) La persona tiene derecho a recibir información a través de los medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;
- e) La persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con la asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios;
- f) Deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades (p. 9).

Este artículo contempla lineamientos claros, pues, la regla es la capacidad de ejercicio y la cual se presume, aunque la persona se encuentre internada, en tanto, la limitación a la capacidad de ejercicio es de carácter excepcional.

En su artículo 32 se clasifica a la persona con capacidad de ejercicio restringida y persona con incapacidad del siguiente modo:

El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador (Código Civil y Comercial argentino, 2014, p. 9).

En cuanto a la persona mayor de trece años de edad que padece de una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, el juez puede limitar su capacidad de ejercicio; pero, dicha limitación solo cabe cuando del ejercicio de su plena capacidad pueda causar daño a su persona o a sus bienes. De este modo, se protege tanto sus intereses personales (cuidado de su integridad física y psíquica, entre otros) como sus bienes. Para aquella persona el juez designara un apoyo.

En cambio, si la persona con discapacidad se encuentra imposibilitada de manifestar su voluntad, y el apoyo resulte ineficaz, o sea, el apoyo sea insuficiente para que la misma persona con discapacidad exteriorice su voluntad, entonces, —excepcionalmente— el juez de la causa puede declarar la incapacidad y designar un curador que se encargue de cuidar su persona y sus bienes.

2.3.2 Bases legales nacionales

El Perú es Estado parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por lo que nuestra legislación se adecuo a los preceptos contemplados en aquella Convención. En nuestro país, las principales normas que reconocen la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual son las siguientes:

Constitución Política del Perú de 1993

La Constitución Política del Perú (1993) en su artículo 7 establece lo siguiente: «[...] La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad» (p. 5).

Nuestra Carta Magna señala que las personas con discapacidad mental e intelectual —antes incapaces— tienen el derecho al respeto de su dignidad, asimismo, a un régimen legal de protección, por ello, se regula la institución de la curatela con el propósito de resguardar la salud y sustituir la incapacidad de aquellas personas con la intención de cuidar sus intereses personales y patrimoniales. De esta

manera, se evita las injusticias que podrían sufrir a causa del aprovechamiento de terceros maliciosos de su situación vulnerable.

Decreto Legislativo n. ° 1384, denominado: «Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones»

El D. Leg. n. ° 1384 (2018) modificó el artículo 3 del Código Civil, en los siguientes términos: «Toda persona tiene capacidad de 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» (p. 4).

El citado artículo claramente acoge la teoría del modelo social de discapacidad establecida en la Convención, puesto que reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual; es decir, estos sujetos tienen capacidad de goce y capacidad de ejercicio; por consiguiente, pueden participar plenamente en la sociedad.

Asimismo, el citado Decreto Legislativo incorporó el artículo 45-B al Código Civil, a través del cual se implementó el sistema de apoyos y salvaguardias. Pues, la persona con discapacidad mental e intelectual con la asistencia de su apoyo ejercerá su capacidad jurídica. En tanto, las salvaguardias son esas medidas dictadas por el juez, para garantizar el respeto a los derechos, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, prevenir el abuso y la influencia indebida del apoyo.

2.4 Jurisprudencia

En el sistema interamericano la Corte Interamericana de Derechos Humanos aún no ha emitido fallos en los que analiza la eficacia del sistema de apoyos para las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda, tampoco con relación a la posibilidad de limitar la capacidad de jurídica de aquellas personas.

Igualmente, en nuestro país como se sabe el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual es reciente no encontramos jurisprudencia sobre ello, mucho menos, sobre la eficacia del sistema de apoyos implementado para dichas personas.

Sin embargo, encontramos algunos pronunciamientos relevantes expedidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la posibilidad de limitar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental severa y la aplicación de la interdicción —de manera excepcional— como una medida de protección para dichas personas.

Caso A.N. Vs. Lituania (2016)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos admitió que pueden presentarse casos donde la persona con discapacidad no pueda expresar su opinión de manera congruente, lo que significa la existencia de una grave discapacidad mental pueda afectar seriamente la forma en que la persona ejerce sus derechos, suceso en el cual una restricción en la manera en que se ejerce el derecho a la capacidad jurídica es permitida, debido a que se trata de situación excepcional.

Caso Stanev Vs Bulgaria (2012)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que la limitación de la capacidad jurídica sea total o parcial no es una figura que por sí sola vulnere los derechos de las personas con discapacidad mental, puesto que la misma puede ser necesaria en algunos casos; en cambio, la vulneración está vinculada con la falta de garantías procesales en el marco de los procesos de interdicción.

2.5 Definición de la terminología empleada

Capacidad jurídica

Según la Observación General n.º 1, aprobada por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), la capacidad jurídica es la

capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (capacidad para actuar).

Discapacidad mental

Para la OMS (2020) citado por Valdivia (2020) la discapacidad mental es un trastorno en el desarrollo mental que genera deterioro en las funciones de cada etapa del desarrollo de la persona, comprende las funciones cognitivas, de lenguaje, motrices y socialización.

Discapacidad intelectual

Según Plena Inclusión (2017) la discapacidad intelectual implica una serie de limitaciones en las habilidades que la persona aprende para funcionar en su vida diaria y que le permiten responder ante distintas situaciones y lugares. La discapacidad intelectual se expresa en la relación con el entorno. Por tanto, depende tanto de la propia persona como de las barreras u obstáculos que tiene alrededor.

Apoyos

Para Dhanda citado por Iglesias (2018) el apoyo es un mecanismo integral diseñado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad.

Curatela

Según el Diccionario Civil de Gaceta Jurídica (2013) la curatela es una institución del derecho de familia destinada a brindar amparo familiar que se instituye para la incapacidad de mayores de edad, la administración de bienes o asuntos determinados.

Convención Internacional

Según el Diccionario panhispánico del español jurídico de la RAE, una Convención es un tratado internacional habitualmente de naturaleza multilateral, celebrado los auspicios o en el seno de una organización internacional.

Teoría

La RAE (2020) entiende por teoría a una hipótesis cuyas consecuencias se aplican a toda una ciencia o a parte muy importante de ella.

CAPÍTULO III
MARCO METODOLÓGICO

3.1 Tipo y diseño de investigación

3.1.1 Tipo de investigación

La presente investigación es de tipo básica:

Es la que no tiene propósitos aplicativos inmediatos, pues solo busca ampliar y profundizar el caudal de conocimientos científicos existentes acerca de la realidad. Su objetivo de estudio lo constituyen las teorías científicas las mismas que las analiza para perfeccionar sus contenidos (Carrasco, 2006, p. 43).

La investigación básica, también llamada investigación fundamental, no tiene como objetivo producir resultados que tengan aplicaciones inmediatas en la práctica; por el contrario, busca ampliar conocimientos en áreas de investigación puntuales.

3.1.2 Diseño de investigación

El diseño de investigación se refiere al plan o estrategia concebida para obtener la información que se desea con el fin de responder al planteamiento del problema (Hernández, et al., 2014, p. 128).

En otras palabras, el diseño de investigación constituye la estrategia clave para conseguir la información ansiada con el propósito de dar respuesta al planteamiento del problema y verificar la hipótesis.

Teoría fundamentada desde el enfoque cualitativo

Esta teoría surgió en 1967, propuesta por Barney Glaser y Anselm Strauss en su libro *The discovery of Grounded Theory*.

La teoría fundamentada es un diseño y un producto [...] el investigador produce una explicación general o teoría respecto a un fenómeno, proceso, acción o

interacciones que se aplican a un contexto concreto y desde la perspectiva de diversos participantes (Hernández et al., 2014, p. 472).

Al respecto, debemos tener en cuenta lo indicado por el autor lo siguiente «el investigador produce una explicación general», por ello, en este trabajo de investigación es importante establecer definiciones claras y puntuales. Asimismo, debemos tener presente que, esta teoría es la mejor manera de poder determinar una investigación cualitativa, debido a que se va efectuar mediante la recolección de datos, crear definiciones y la formulación de supuestos categóricos que ayuden a conseguir una explicación clara del problema, así como también determinar los objetivos de la investigación. En efecto, en el presente trabajo de investigación se pudo obtener datos los cuales respaldan la existencia del problema, razón por la cual, se sabe que el sistema de apoyos implementado en nuestro Código Civil, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, no ofrece una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual.

3.1.3 Enfoque cualitativo

El enfoque de esta investigación es cualitativo. «La investigación cualitativa se enfoca en comprender los fenómenos, explorándolos desde la perspectiva de los participantes en un ambiente natural y en relación con su contexto» (Hernández et al., 2014, p. 358).

Pues, luego de la recolección de datos y el análisis minucioso de ellos; o sea, obtener información para posteriormente procesarla, da un significado, así como también una posible explicación con el propósito de realizar un trabajo de investigación que aporte ideas y conclusiones. En ese sentido, en el presente trabajo de investigación se puede considerar como problema la idea de si el sistema de apoyos implementado en nuestro Código Civil ofrece una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual, con la intención de establecer decisiones o puntos de vista que coadyuven a dejar clara la situación del tema.

3.1.4 Nivel de investigación

En este caso el nivel de investigación es descriptivo, por lo que se estudia las características del tema materia de análisis, al recopilar información de las categorías que componen el marco teórico de esta tesis, asimismo, son una semblanza de la realidad problemática que acompaña el fenómeno de investigación.

3.2 Población y muestra de la investigación

3.2.1 Población de la investigación

La población es el conjunto de todos los elementos (unidades de análisis) que pertenecen al ámbito espacial donde se desarrolla el trabajo de investigación (Carrasco, 2006, pp. 236-237).

En el presente trabajo de investigación la población está conformada por siete abogados colegiados especializados en la rama de derecho civil en el distrito de Lima, tal y conforme se representa en la tabla 1.

Tabla 1

Población de estudio

Distrito	Categoría	Especialidad	Población
Lima	Abogados colegiados	Derecho Civil	7 abogados colegiados especializados en derecho civil

Nota: 7 abogados colegiados especializados en la rama de derecho civil

3.2.2 Muestra de la investigación

La muestra es la parte de la población que se selecciona, de la cual realmente se obtiene la información para el desarrollo del estudio y sobre la cual se efectuarán la medición y la observación de las variables objeto de estudio (Bernal, 2010, p. 161).

En la presente tesis, se pudo entrevistar a varios profesionales especialistas en derecho civil; empero, se puede considerar un fragmento de esta población, por ello, se ha tomado como muestra a 3 abogados especialistas en derecho civil, los cuales, debido a que tienen mucha experiencia sobre la temática de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y el sistema de apoyos, conforme se representa en la tabla 2.

Tabla 2

Muestra de estudio

Distrito	Categoría	Especialidad	Muestra
Lima	Abogados colegiados	Derecho Civil	(3) abogados colegiados

Nota: La muestra conformada por tres abogados colegiados especializados en la rama de derecho civil.

No probabilístico

Es de muestra no probabilística, puesto que no todos los elementos de la población tienen la probabilidad de ser elegidos para formar parte de la muestra, por ello, no son tan representativos (Carrasco, 2006, p. 243).

3.3 Supuestos y categorías de la investigación

3.3.1 Supuesto general de la investigación

Es importante analizar las consecuencias de la implementación del sistema de apoyos en nuestro Código Civil, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en el distrito de Lima año 2020.

3.3.2 Supuestos específicos de la investigación

Es importante determinar los casos en los que figura del apoyo regulada en el Código Civil no cumple su finalidad de apoyar a ejercer la capacidad jurídica en el distrito de Lima año 2020.

Es importante determinar la diferencia entre la figura del apoyo con facultades de representación instaurada en el Código Civil y el curador en el distrito de Lima año 2020.

Es importante determinar la institución jurídica que brinde una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual en el distrito de Lima año 2020.

3.3.3 Categorías y subcategorías de la investigación

3.3.3.1 Categoría de la investigación.

En la presente investigación, se ha considerado como categoría lo siguiente:

Capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y el sistema de apoyos: el D. Leg. n. ° 1384, —albergando la teoría del modelo social— reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, y se implementó el sistema de apoyos, para coadyuvar a ejercer la capacidad jurídica de dichas personas; sin embargo, el legislador al momento de implementar el sistema de apoyos se olvidó por completo que, dentro de este grupo humano vulnerable existen personas con discapacidad grave y profunda; pues estas personas no podrán tomar decisiones de manera autónoma y libre en el mundo real o en la práctica. Por lo tanto, el sistema de apoyos implementado no solo resulta ineficaz, sino también deja en total desamparo a estas personas, esta situación se agrava aún más cuando la legislación vigente contempla la figura del apoyo que no es de carácter obligatorio, sino voluntario, pues es la propia persona con discapacidad quien solicita su apoyo. Para advertir estas falencias normativas, basta observar las

modificaciones introducidas a través del D. Leg. n. ° 1384. Por todo esto, es necesario restablecer la institución jurídica de la curatela y el proceso de interdicción.

3.3.3.2 Subcategorías de la investigación.

Las subcategorías que se han tomado en cuenta son las siguientes:

Proceso de toma de decisiones

En la actualidad, el apoyo coadyuva a la persona con discapacidad en la toma de decisiones, que pueden ser las siguientes: elegir un trabajo, casarse, aceptar herencias, donaciones, renunciar a ellas, o una infinidad de actos que la persona con discapacidad puede realizar de manera autónoma y libre.

No obstante, el ejercicio de la capacidad jurídica no debe limitarse a la toma eficaz de decisiones, sino también comprender un momento anterior del descubrimiento y expresión de los deseos y preferencias (Bariffi, 2014).

Protección de los derechos

Es consabido que, en el Perú, los derechos de las personas están reconocidos y protegidos por la Constitución y otras legislaciones. Sobre la protección para las personas con discapacidad mental e intelectual, la Constitución en su artículo 7 contempla: «[...] La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad».

Nuestra Carta Magna establece que las personas con discapacidad mental e intelectual —antes incapaces— tienen el derecho al respeto de su dignidad, igualmente, a un régimen legal de protección, por eso, se regula la institución de la curatela con el propósito de resguardar la salud y sustituir la incapacidad de aquellas personas con la finalidad de proteger sus intereses personales y patrimoniales. De esta manera, se evita las injusticias que podrían sufrir a causa del aprovechamiento de terceros inescrupulosos de su situación vulnerable.

Manifestación de voluntad

Para el destacado jurista Fernando Vidal (2016):

La manifestación de voluntad tiene un significado amplio, que da cabida a la declaración, porque es la manera de dar a conocer por cualquier medio que la exteriorice, la voluntad interna. Se puede valer de la expresión oral o escrita y, aún, a cualquier otro medio expresivo, como la expresión mímica y un comportamiento o conducta expresiva siempre que se denote la voluntad del sujeto (p. 135).

Cabe puntualizar que, la voluntad interna está conformada por: el discernimiento, la intención y la libertad, pues, esta voluntad al permanecer en la conciencia de la persona, no manifestada, no le interesa al derecho, sino es necesario que se exteriorice la voluntad interna a través de la manifestación.

3.4 Método y técnicas de investigación

3.4.1 Método de la investigación

El método utilizado en la presente investigación es el método inductivo, porque se obtiene conclusiones generales a partir de premisas particulares; es decir, de lo específico hacia lo general.

En esta misma línea, Rodríguez y Pérez (2017) definen al método inductivo de la siguiente manera: «La inducción es una forma de razonamiento en la que se pasa del conocimiento de casos particulares a un conocimiento más general, que refleja lo que hay de común en los fenómenos individuales» (p. 10).

3.4.2 Técnica de recolección de datos

La técnica utilizada para la recolección de la información, es la entrevista. Lo resaltante de esta técnica es que a través de la información recabada de los expertos se logra un contacto con la realidad sobre el sistema de apoyos implementado para las personas con discapacidad mental e intelectual, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de aquellas personas.

Guía de entrevista

La presente investigación al tener el enfoque cualitativo y la técnica utilizada, el instrumento usado ha sido la guía de entrevista, porque es una pieza importante conexas a la técnica de la entrevista. La guía de entrevista consiste en una hoja simple de manera impresa o digital, que contiene las preguntas a realizar al entrevistado. Debemos destacar que, el instrumento en sí es el propio investigador.

3.5 Técnicas de procesamiento y análisis de datos

Se ha considerado las categorías principales, igualmente, luego de un análisis minucioso de la normativa y jurisprudencia se pudo establecer las subcategorías, conforme se aprecia en el siguiente cuadro.

Tabla 3

Categorías y subcategorías del estudio

Categorías	Subcategorías
1. Capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual.	a. Proceso de toma de decisiones.
2. Sistema de apoyos.	a. Protección de los derechos. b. Manifestación de voluntad.

Nota: Todas estas categorías y subcategorías son explicadas en el Capítulo II: marco teórico

CAPÍTULO IV
ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

4.1 Análisis y síntesis de las categorías de estudio

Tabla 4

Análisis y síntesis de las categorías de estudio

Preguntas	Especialista N.º 01 Respuestas:	Interpretación:
<p>1) ¿Cuál es su opinión sobre la nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, introducida a través del D. Leg. n.º 1384?</p>	<p>La doctrina estaba de acuerdo que la capacidad de goce y ejercicio como estaba regulada en el Código Civil debía cambiar, toda vez que el ser humano como decía los juristas Juan Espinoza Espinoza y Carlos Fernández Sessarego no podía ser incapaz ante el derecho, porque desde el momento que tiene vida el ser humano tiene capacidad.</p> <p>Ello generaba un dilema en el Código Civil respecto de la capacidad de las personas, más aún de las personas vulnerables que son las personas con discapacidad. Entonces se entendía que la persona no podía ser incapaz, sino que desde que tenía vida tenía capacidad de goce y de ejercicio restringida, pero, no podía ser por ningún motivo un incapaz. Pero, no contemplaba el Código Civil a las personas con discapacidad.</p> <p>La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad había establecido que las personas con discapacidad tenían deficiencias físicas, sensoriales e intelectuales, estas se volvían un factor de discapacidad para estas personas respecto al entorno, el entorno configuraba una serie de factores no solo el accesible (rampas, pistas que se necesita), el cultural que es la forma de pensar, sino también el jurídico que se formaba eso en un aspecto social que genera la discapacidad.</p>	<p>De lo expresado, se aprecia que el especialista se encuentra conforme con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad; pues, la persona no puede ser incapaz por ningún motivo.</p> <p>Asimismo, señala que según la CDPD, las personas con discapacidad presentan deficiencias físicas, sensoriales e intelectuales, estas se vuelven en un factor de discapacidad respecto al entorno; entonces, es el entorno social que genera la discapacidad.</p> <p>Por último, indica que nuestra legislación discapacitaba a las personas que tenían deficiencias al quitarles sus derechos civiles pasándole ello a otra persona, ya sea un familiar u otra, por lo que era necesario esta modificación.</p>

Nuestro ordenamiento jurídico discapacitaba a las personas que tenían deficiencias al quitarles sus derechos civiles pasándole ello a otra persona, ya sea por un factor de familia u otro, por ello, era necesario esta modificación que se dio. La Ley General de las Personas con Discapacidad, ya había derogado implícitamente varios artículos del Código Civil. En la actualidad, con esta modificación se reconoce los derechos de las personas con discapacidad.

2) ¿Considera usted que el sistema de apoyos implementado en nuestro Código Civil, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, ofrece una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual?

Considero que hay espacios complicados en el tema de la discapacidad, donde podríamos encontrarnos con personas con discapacidad absoluta y que esta pudiera verse desamparada.

Sin embargo, ya nuestra legislación en esta apertura que ha hecho con el respeto irrestricto a la capacidad jurídica vuelvo a incidir que va generar nuevas jurisprudencias en favor de las personas con discapacidad, y se tendrá que analizar con respecto a estos casos vamos a irnos a la discapacidad severa, se tendrá que analizar la historia de vida de las personas con discapacidad absoluta con la finalidad de saber y conocer qué es lo que más le conviene y eso se logra a través de los apoyos y con las salvaguardias, que es lo que no se generaba con los curadores que era de orden y prelación en nuestro Código Civil.

Para el especialista hay espacios complejos en el tema de la discapacidad, pues existen personas con discapacidad severa o absoluta que podrían verse desamparadas.

No obstante, confía en que se emitirán jurisprudencias en favor de las personas con discapacidad, especialmente, en favor de aquellas con discapacidad severa, donde se tendrán que analizar la historia de vida, con el propósito de saber y conocer qué es lo que más le conviene, eso se consigue mediante los apoyos y salvaguardias.

3) ¿Considera usted que la figura del «apoyo» regulada en el Código Civil, en realidad, cumple su finalidad de apoyar a ejercer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda?

Considero que si, no obstante, el apoyo es una figura relativamente nueva en nuestra legislación. Ya tenemos algunas jurisprudencias sobre los apoyos y salvaguardias que empiezan a delimitar el ámbito o camino que tienen que seguir este ordenamiento que nos otorga el Código Civil.

Según el especialista, la figura del apoyo si cumple su finalidad de apoyar a ejercer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual.

Asimismo, indica que las recientes jurisprudencias sobre los apoyos y salvaguardias empiezan a definir el camino que tiene que seguir esta nueva regulación.

4) ¿Considera usted que la figura del «apoyo con facultades de representación» instaurada en el Código Civil para las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad viene a ser lo mismo que un curador?

No olvidar que, el curador tiene factores o ha tenido. Si bien es cierto el concepto ha ido evolucionando en nuestra legislación y al quedar derogado mayor parte de las disposiciones del Código Civil, esta ha quedado para “representarlos” en solo algunas estipulaciones de la vida social, por ejemplo, para resguardar los bienes de los pródigos, también tiene un orden prelativo, mientras que en el apoyo no; por lo tanto, estas figuras se distancian.

De lo señalado se advierte que, al haberse derogado mayor parte de las normas del Código Civil, el curador ha quedado para “representarlos” en solo algunas estipulaciones de la vida social, por ejemplo, cuidar los bienes de los pródigos, y aún tiene un orden prelativo, mientras que en el apoyo no, por lo que el apoyo y el curador son figuras diferentes.

En el apoyo, la persona con discapacidad elige a la persona de su confianza con la finalidad que lo ayude a tomar las decisiones en cuanto a bienes se trata también.

5) ¿Considera usted que es necesario restablecer la institución jurídica de la «curatela» en el Código Civil para una protección adecuada de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda?

Dentro de la Comisión de la Reforma del Código Civil hubieron asociaciones de personas con discapacidad mental que intervinieron en esta reforma del Código Civil indicando que las personas que tienen una discapacidad mental, que tenían esquizofrenia, y que al estar regulados como todas las personas con discapacidad requieren, una persona con discapacidad motora requiere de una silla de rueda o algún otro

El especialista señala las necesidades de las personas con discapacidad. La persona con discapacidad motora requiere de una silla de rueda, y la persona con discapacidad mental tendrá que tomar pastillas para lograr su inclusión en la sociedad.

Con relación a las personas con

mecanismo para poder hacer su vida de lo más normal que pueda. Las personas con discapacidad mental tienen que tomar pastillas para poder estar regulados y poder incluirse en la sociedad, y manifestar su voluntad. Hay personas con una discapacidad absoluta, estas tendrán que ser tratadas de una manera muy peculiar, se tendrá que hacer un análisis exhaustivo de cada caso con la finalidad de otorgarle el mejor trato posible y con la persona que mejor se ha llevado si es que adquirió la discapacidad absoluta o no, o la persona que esté más cerca y conozca cómo fue su vida.

Eso es diferente a mantener como una curatela como indique. La curatela puede evolucionar en su concepto y puede dejar de parecer a la curatela que conocemos y terminar pareciéndose al apoyo, convirtiéndose en un apoyo. Hay gente que defiende bastante la curatela, que han manifestado que es una figura que viene desde Roma y que no puede perderse desde aquí, así en un sentido tan simple.

Pero, soy de la idea que el derecho ha evolucionado, porque si de antigüedad se trata el Código de Hammurabi es más antiguo incluso que el romano no por eso tenemos que implantarlo a nuestra sociedad moderna. Es así que el derecho sigue evolucionando en favor de la persona y de la persona que tiene alguna vulnerabilidad. Debemos entender que la persona que tiene alguna deficiencia física, motora o mental tiene discapacidad a razón de que la sociedad le crea esa discapacidad ya sea por su forma de pensar pueden generar como las que estaban en nuestro Código Civil para excluirlas de la sociedad y no implementar una sociedad inclusiva, ya sea con un transporte que no se permite incluir a la

discapacidad absoluta considera que estas personas deben ser tratadas de una manera muy particular, se tendrá que analizar minuciosamente cada caso con el fin de darle el mejor trato posible.

Asimismo, señala que el derecho ha evolucionado en favor de la persona, así como también en favor de la persona que tiene alguna vulnerabilidad.

Recalca que, la persona que tiene alguna deficiencia física, motora o mental tiene discapacidad a razón de que la sociedad le crea esa discapacidad, ya sea por su forma de pensar puede ocasionar como las que estaban en el Código Civil peruano para excluirlas de la sociedad y no instaurar una sociedad inclusiva.

Igualmente, indica que, si tenemos un entorno jurídico que discrimina y excluye, entonces vamos a tener un sector de nuestra sociedad excluida. Por ello, sostiene que, si la curatela termina evolucionando, podría restablecerse en el Código Civil, pero, en caso no suceda ello, no puede restaurarse.

Por lo tanto, lo que genera la discapacidad, no son las deficiencias, sino el entorno social.

persona con discapacidad, calles que no están adecuadas, servicios de los bancos que no permiten que se pueden desenvolver con formatos que son solo papel y que no tienen por ejemplo braille para las personas con discapacidad visual, que no pueda manejar un lenguaje de señas para las personas con discapacidad sensorial, entonces eso es lo que genera discapacidad, no las deficiencias, sino el entorno. Si nosotros tenemos un entorno jurídico que discrimina y excluye vamos a tener un sector de nuestra sociedad así excluidos; por lo tanto, creo que el derecho ha ido evolucionando, si la curatela termina evolucionando y termina convirtiéndose en un apoyo así serán, pero, como estaba visto no puede restablecerse.

Preguntas:	Especialista N. ° 02 Respuestas:	Interpretación:
1) ¿Cuál es su opinión sobre la nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, introducida a través del D. Leg. n. ° 1384?	El Decreto Legislativo n. ° 1384, tiene aspectos positivos y negativos. Un aspecto positivo es la introducción de la figura de los apoyos para que las personas con discapacidad ejerzan su capacidad jurídica. Un aspecto negativo es que se ha otorgado capacidad de ejercicio a las personas con discapacidad mental e intelectual grave, pues estas personas no tienen no noción de lo que sucede en la realidad, peor aún no comprenden las consecuencias de sus actos, por lo no me encuentro de acuerdo con este reconocimiento, y para la persona con capacidad de ejercicio restringida (incapaz relativo) se les designara un curador.	De acuerdo a lo expresado, se tiene que la nueva regulación sobre la capacidad jurídica tiene aspectos positivos y negativos. Un aspecto positivo es la instauración de los apoyos para que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos en la sociedad. Y el aspecto negativo es que se otorgó capacidad de ejercicio a las personas absolutamente incapaces.

2) ¿Considera usted que el sistema de apoyos implementado en nuestro Código Civil, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, ofrece una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual?

A mi juicio, considero que si bien es cierto la nueva normatividad reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, por lo que tienen aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, y aptitud para ejercer esos derechos y obligaciones; pero, también es cierto que no se ha pensado en brindar una protección apropiada a las personas con discapacidad mental e intelectual severa, esto es, a las personas con autismo grave, demencia senil, esquizofrenicos graves, retardados mentales graves, entre otras, pues estas personas carecen de discernimiento; por ende, fácilmente podrían atropellarse sus derechos por los estafadores.

El especialista considera que el sistema de apoyos implementado en el Código Civil no ofrece una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual severa o grave, entre ellas se tiene a las personas con autismo grave, demencia senil, esquizofrenicos graves, retardados mentales graves, entre otras, por ello, con facilidad se podrían vulnerar sus derechos por los estafadores.

Por lo tanto, el sistema de apoyos implementado en el Código Civil no ofrece una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual, especialmente, a aquellas con discapacidad severa, por el contrario, deja en desprotección a las personas con discapacidad.

3) ¿Considera usted que la figura del «apoyo» regulada en el Código Civil, en realidad, cumple su finalidad de apoyar a ejercer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda?

Considero que, la institución del apoyo si cumple con su finalidad de asistir a ejercer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual que pueden manifestar su voluntad.

No obstante, el propósito de la figura apoyo se trunca cuando se trata de las personas con discapacidad mental e intelectual severa o aquellas que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable; por ende, el apoyo no logrará cumplir su finalidad de apoyar a ejercer sus derechos en la sociedad.

El especialista considera que la institución jurídica del apoyo si cumple su finalidad de asistir a ejercer los derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual que pueden expresar su voluntad.

Sin embargo, advierte que dicha institución no cumple su finalidad de apoyar a ejercer la capacidad jurídica cuando se trata de las personas con discapacidad mental e intelectual severa, personas sin discernimiento, o aquellas que no pueden

manifestar su voluntad de manera indubitable.

4) ¿Considera usted que la figura del «apoyo con facultades de representación» instaurada en el Código Civil para las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad viene a ser lo mismo que un curador?

Yo creo que si, puesto que el apoyo con facultades de representación vendría a cumplir las mismas atribuciones de un curador; esto es, el apoyo designado no apoyara a ejercer los derechos de la persona con discapacidad que no puede manifestar su voluntad, sino será su representante legal, de esta manera, asume el mismo rol de un curador.

Para el especialista si viene a ser lo mismo el apoyo con facultades de representación y el curador, debido a que cumplen la misma función.

Es decir, el «apoyo con facultades de representación» designado no apoyará a ejercer los derechos de la persona con discapacidad que no puede manifestar su voluntad, sino será su representante legal.

5) ¿Considera usted que es necesario restablecer la institución jurídica de la «curatela» en el Código Civil para una protección adecuada de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda?

Considero que si es necesario restaurar la curatela en el Código Civil, especialmente, para una protección adecuada de las personas con discapacidad mental e intelectual severa, toda vez que con la regulación actual dichas personas se encuentran desamparadas.

El especialista considera que se debe restablecer la curatela en nuestra legislación para una protección adecuada de las personas con discapacidad mental e intelectual severa.

Preguntas:	Especialista N. ° 03 Respuestas:	Interpretación:
1) ¿Cuál es su opinión sobre la nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, introducida a través del D. Leg. n. ° 1384?	Al respecto, debo señalar que me parece positivo que las personas con discapacidad mental o intelectual tengan la capacidad jurídica entendida como la aptitud legal para contraer derechos y obligaciones, y para ejercer esos derechos y obligaciones, solo por el hecho de ser personas. Sin embargo, no se debio reconocer la capacidad de ejercicio a las personas con discapacidad mental e intelectual	De lo señalado se advierte que el especialista se encuentra conforme con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual. Pero, manifiesta su disconformidad con el reconocimiento de la

	grave, porque es imposible que puedan ejercer por su cuenta sus derechos. Asimismo, se expone sus derechos a que sean vulnerados.	capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mental e intelectual grave.
2) ¿Considera usted que el sistema de apoyos implementado en nuestro Código Civil, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, ofrece una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual?	Si bien es cierto nuestra legislación, reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, y que ello contribuye a que dichas personas puedan ejercer sus derechos de manera libre y voluntaria, con la cooperación de su apoyo; sin embargo, no se ha establecido adecuadamente en nuestra legislación, al haberse adoptado medidas legislativas sin antes contemplar nuestra realidad.	Para el especialista el sistema de apoyos implementado en nuestro Código Civil no brinda una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual; pues, no se tomó en cuenta nuestra realidad al momento de adoptarse medidas legislativas.
	Pues, a los sujetos con discapacidad se les permite tomar decisiones; sin embargo, lo real y concreto es que estas personas puedan decidir por sí mismas lo que propicia abuso de sus derechos; por ende, para mí en lo personal no es determinante la protección que se les quiera ofrecer a las personas con discapacidad.	
3) ¿Considera usted que la figura del «apoyo» regulada en el Código Civil, en realidad, cumple su finalidad de apoyar a ejercer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda?	Considero que la figura del «apoyo» no cumple su finalidad de apoyar o ayudar a ejercer los derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual grave, debido a que estas personas no tienen la capacidad de entender o de distinguir que es lo que le conviene o no.	Según el especialista la institución jurídica del apoyo no cumple su finalidad de apoyar a ejercer los derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual grave, toda vez que estas personas no tienen la capacidad de distinguir que es lo que lo conviene o no.
4) ¿Considera usted que la figura del «apoyo con facultades de representación» instaurada en el Código Civil para las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad viene a ser	Si, toda vez que 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; es decir, solo para determinados actos.	De lo expresado se colige que el apoyo con facultades de representación instaurado en el Código Civil para las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad viene a ser lo

lo mismo que un curador?

La curatela es una institución civil de protección del patrimonio de las personas sin plena capacidad de obrar; es decir, con discapacidad psiquiátrica o de origen intelectual, siempre que la persona no esté sometida a patria potestad.

mismo que un curador.

Asimismo, el entrevistado señala que la persona con discapacidad puede otorgar facultades de representación a su apoyo, solo para determinados actos.

5) ¿Considera usted que es necesario restablecer la institución jurídica de la «curatela» en el Código Civil para una protección adecuada de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda?

Me parece que a la luz de los hechos es necesario que se restablezca la curatela y el proceso de interdicción, porque se tiene un mayor espectro de la necesidad y discapacidad de la persona con el trámite de un proceso sumaria o única que difiere del actual implementado como un proceso no contencioso, en el cual no se puede establecer con mayores elementos de juicio la condición de la persona con discapacidad.

El especialista considera que se debe restablecer la curatela y el proceso de interdicción en el Código Civil, toda vez que permite analizar mejor la necesidad y la discapacidad de la persona en un proceso sumario, que un proceso no contencioso.

4.2 Interpretación de las preguntas

Tabla 5

Interpretación de las preguntas

Preguntas	Interpretaciones
1) ¿Cuál es su opinión sobre la nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, introducida a través del D. Leg. n.º 1384?	<p>Todos los entrevistados coinciden al manifestar su conformidad con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, pues ningún ser humano puede ser incapaz, sino desde su nacimiento tiene capacidad de goce y de ejercicio restringida; pero, no puede ser incapaz por ningún motivo.</p> <p>No obstante, los entrevistados 2 y 3 manifiestan su preocupación y disconformidad con el reconocimiento de la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mental e intelectual severa, debido a que estas personas no tienen noción de lo que sucede en la realidad, mucho menos, comprenden las consecuencias de sus actos.</p>
2) ¿Considera usted que el sistema de apoyos implementado en nuestro Código Civil, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, ofrece una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual?	<p>Los entrevistados 2 y 3 coinciden en que el sistema de apoyos implementado en nuestro Código Civil, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, no ofrece una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual.</p> <p>Pues, el legislador al momento de implementar el sistema de apoyos no ha tomado en cuenta que, dentro de este grupo humano vulnerable existen personas con discapacidad grave y profunda, personas que carecen de discernimiento, así como aquellas que no pueden manifestar su voluntad de manera indubitable, entre ellos tenemos a las personas con autismo grave, demencia senil, esquizofrénicas graves, retardados mentales graves, entre otras, quienes pese a contar con los apoyos que se les pudiera designar no podrán ejercer sus derechos —de manera plena— en la sociedad; por lo tanto, actualmente, estas personas se encuentran en situación de desamparo.</p> <p>Sin embargo, el entrevistado 1 confía en que se emitirán jurisprudencias en favor de las personas con discapacidad, especialmente, en favor de aquellas con discapacidad severa, donde se tendrán que analizar la historia de vida, con la finalidad de saber y conocer qué es lo que más le conviene, eso se consigue mediante los apoyos y salvaguardias.</p>

- 3) ¿Considera usted que la figura del «apoyo» regulada en el Código Civil, en realidad, cumple su finalidad de apoyar a ejercer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda?
- Los entrevistados 2 y 3 señalan que en los casos donde la persona padece de discapacidad mental e intelectual severa, además en aquellos en los que la persona no puede manifestar su voluntad de manera indubitable, la figura del «apoyo», realmente, no cumple su finalidad de asistir a la persona.
- En tanto, el entrevistado 1 indica que la figura del apoyo si cumple su propósito de apoyar a ejercer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, asimismo, manifiesta que las jurisprudencias delimitaran el camino de la nueva regulación.
- 4) ¿Considera usted que la figura del «apoyo con facultades de representación» instaurada en el Código Civil para las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad viene a ser lo mismo que un curador?
- Los entrevistados 2 y 3 concuerdan que la figura del apoyo con facultades de representación viene a ser lo mismo que un curador, debido a que estas figuras poseen las mismas funciones. En ese sentido, el apoyo con facultades de representación designado por el juez será quien tome decisiones por la persona con discapacidad, al no poder esta manifestar su voluntad.
- Mientras que el entrevistado 1 señala que, al haberse derogado mayor parte de las normas del Código Civil, el curador ha quedado para “representarlos” en solo algunas estipulaciones de la vida social, por ejemplo, cuidar los bienes de los pródigos, y aún tiene un orden prelativo, mientras que en el apoyo no, por lo que el apoyo y el curador son figuras diferentes.
- 5) ¿Considera usted que es necesario restablecer la institución jurídica de la «curatela» en el Código Civil para una protección adecuada de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda?
- Los entrevistados 2 y 3 coinciden en que es necesario restablecer la institución jurídica de la curatela y el proceso de interdicción en el Código Civil, con el propósito de salvaguardar los intereses personales y patrimoniales de las personas con discapacidad mental e intelectual severa, puesto que el sistema de apoyos implementado deja en total desamparo a estas personas.
- El entrevistado 1 indica que, si la curatela evoluciona podría restablecerse, pero de no ser así, no.

CAPÍTULO V
DISCUSIONES, CONCLUSIONES Y
RECOMENDACIONES

5.1 Discusiones

Primera: En la presente investigación se encontraron los primeros datos a la categoría general, donde podemos colegir que, el sistema de apoyos implementado en nuestro Código Civil, no ofrece una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual, pues el legislador al momento de implementar el sistema de apoyos no tomó en cuenta que, dentro de este grupo humano vulnerable existen personas con discapacidad grave y profunda, personas que carecen de discernimiento, así como aquellas que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, es evidente que estas personas no podrán tomar sus propias decisiones en la práctica, generando que no puedan ejercer sus derechos de manera plena en la sociedad. Entonces, este sistema no solo resulta ineficaz, sino también propicia la comisión de abusos de los derechos y el patrimonio de estas personas. Cristancho (2019) en el artículo titulado «Capacidad jurídica de las personas con discapacidad: ¿Derecho fundamental absoluto?», concluye que es importante el cambio de paradigma para la protección de los derechos de las personas con discapacidad, ya que son un grupo humano especialmente vulnerable; sin embargo, no es admisible, que con el propósito de atacar instituciones discriminatorias como la interdicción, se adopten prototipos que consideren la categoría de absoluto a derechos que, en la práctica, no pueden ser ejercidos por dichas personas. Pues, según el modelo de apoyos, propuesto por la ONU todas las personas con discapacidad pueden manifestar su voluntad y, por lo tanto, la capacidad jurídica no puede ser limitada; pero, esta postura olvida la existencia de un pequeño grupo de personas, cuya discapacidad es de tal grado que no pueden manifestar su voluntad a través de ningún medio de comunicación, por ello, el modelo de apoyos resulta ineficaz. Por ello, el principio que rige la legislación debe ser que toda persona mayor de edad tiene capacidad de ejercicio plena, la incapacidad o capacidad restringida es la excepción. De otro lado, la regla es el sistema de apoyos, la excepción es la representación (Torres, 2019).

Segunda: En la presente investigación se encontraron datos de la categoría general, donde podemos colegir que, la figura del «apoyo» tiene como finalidad brindar asistencia a las personas con discapacidad mental para que pueda ejercer sus derechos; sin embargo, se advierte que en los casos donde la persona padece

de discapacidad mental e intelectual grave y profunda, la persona carece de discernimiento, además en aquellos en los que no puede manifestar su voluntad de manera indubitable, entre ellos tenemos a las personas esquizofrénicas graves, personas con síndrome de Down, personas con demencia senil y personas con autismo grave, la figura del «apoyo», realmente, no cumple su finalidad de asistir a la persona. Por más que exista esta figura, la persona no podrá tomar sus propias decisiones. Castillo y Chipana (2018) en el artículo titulado «La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad», arribaron a las siguientes conclusiones: primero, se encuentran conforme con los principios contemplados en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; sin embargo, las modificaciones realizadas mediante el D. Leg. n.º 1384 se desconocen estos postulados, generando un grave escenario de inseguridad jurídica, donde las víctimas serán indudablemente las personas con discapacidad; segundo, para tener un marco jurídico adecuado sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, el legislador peruano, en principio, debe observar la realidad; pues, existen personas que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, así como aquellas que no tienen discernimiento, entonces, para estas personas se debe mantener la figura de la curatela, puesto que el apoyo resulta inviable, y por último, según la nueva regulación las personas que carecen de discernimiento son plenamente capaces y pueden contratar, de esta manera, no faltarán quienes se quieran aprovechar de estas personas para perjudicarles, a través del engaño.

Tercera: En la presente investigación se encontraron datos de la categoría general, donde podemos colegir que, la figura del apoyo con facultades de representación instaurada en el Código Civil, a través del D. Leg. n.º 1384, viene a ser lo mismo que un curador, debido a que estas figuras tienen las mismas funciones. Entonces, resulta absurdo cambiar de nombre y muchas normas jurídicas para introducir una figura nueva que ofrece los mismos efectos de la curatela. Al respecto, Cárdenas y Della (2018) en el artículo titulado «Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil en materia de capacidad», llegaron a la conclusión que la nueva regulación reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, para quienes se ha instaurado la figura del apoyo, la cual tiene respaldo en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; sin

embargo, su implementación de ser realizada con prudencia y en concordancia con las figuras de la tutela y curatela, a fin de evitar contradicciones. Por ello, proponen las modificaciones introducidas a nuestro CC sobre la capacidad deben ser examinadas; pues, existen contradicciones, errores y falta de claridad en algunas disposiciones. Espinoza y Peralta (2020) señalaron que la representación y el apoyo tienen naturalezas jurídicas diferentes, mientras que la representación (o la curatela o la tutela) están basados bajo el modelo de la sustitución, en cambio el sistema de apoyos está basado en el sistema de asistencia, por lo tanto, resulta paradójico la regulación actual, pues la figura del apoyo teniendo la naturaleza jurídica y finalidad de apoyar a ejercer los derechos de las personas con discapacidad, también tenga facultades de representación.

Cuarta: En la presente investigación se encontraron datos de la categoría general, donde podemos colegir que, resulta necesario restablecer la institución jurídica de la curatela en nuestro Código Civil para una protección adecuada de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda, de las personas que carecen de discernimiento, así como para aquellas que no pueden manifestar su voluntad de manera indubitable, debido a que, el sistema de apoyos implementado para dichas personas resulta ineficaz e inviable, peor aún, deja en total desamparo a las personas mencionadas, y por consiguiente, es necesario restaurar el proceso de interdicción. Cabe precisar que, la aplicación de la curatela debe ser —de carácter excepcional— para dichas personas. Costales (2019) en la tesis «Paradójica designación de un apoyo frente a la institución jurídica de la curatela en la celebración de un acto jurídico» para obtener el grado de abogada por parte de la Universidad Privada del Norte. La metodología empleada ha sido básica, diseño no experimental de corte transversal, alcance descriptivo – propositivo y de enfoque cualitativo. El instrumento que se utilizó fue la hoja de ruta con la técnica de análisis de artículos académicos y doctrina. La autora concluye que la incorporación de la figura de los apoyos y el reconocimiento de la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidad, ha ocasionado la eliminación de la curatela e interdicción del Código Civil. Sin embargo, en la celebración de actos jurídicos por personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad interna mediante un apoyo, genera ineficacia estructural de los actos jurídicos por falta de manifestación de voluntad del agente, por ello, siendo necesario mantener en vigencia la curatela y transitar al modelo

biopsicosocial de discapacidad. Torres (2019) indicó que, se ha debido disponer que a una persona que no tiene voluntad no se le puede designar un apoyo, sino se le debe nombrar un representante de acuerdo con las reglas de la curatela.

5.2 Conclusiones

Primera: Se determinó que la «teoría del modelo social» se consolidó normativamente el 13 de diciembre de 2006 mediante la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por parte de la Asamblea de las Naciones Unidas, asimismo, ha sido recogida por nuestra legislación a través del D. Leg. n.º 1384. Según esta teoría las barreras o limitaciones son sociales, lo que significa que la discapacidad radica en la sociedad misma y no en la persona con deficiencia física, mental, intelectual y sensorial. Es importante puntualizar que, este paradigma ha sido fundamental para reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Segunda: Se analizó que el sistema de apoyos implementado en nuestro Código Civil, no ofrece una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual, pues el legislador al momento de implementar el sistema de apoyos no tomó en cuenta que, dentro de este grupo humano vulnerable existen personas con discapacidad grave y profunda, es evidente que estas personas no podrán tomar sus propias decisiones en la práctica, generando que no puedan ejercer sus derechos de manera plena en la sociedad. Entonces, este sistema no solo resulta inviable, sino también deja en total desamparo a estas personas, esta situación se agrava aún más cuando la legislación actual regula la figura del apoyo que no es de carácter obligatorio, sino voluntario, de esta manera, se contraviene los postulados y objetivos establecidos en la CDPD.

Tercera: Se determinó que la figura del apoyo regulada en el Código Civil, en realidad, no cumple su finalidad de apoyar a ejercer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda, debido a que estas personas no pueden tomar decisiones de manera libre y autónoma en la realidad o en la práctica. Por más que se haya designado un apoyo, la persona no podrá ejercer su capacidad jurídica plenamente.

Cuarta: Se determinó que la figura del apoyo con facultades de representación instaurada en el Código Civil para las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad viene a ser lo mismo que un curador, pues ambas figuras

poseen las mismas funciones, de esta manera, el apoyo con facultades de representación designado por el juez será quien tome las decisiones por la persona con discapacidad, al no poder esta manifestar su voluntad. Por ende, resulta absurdo cambiar de nombre y varias normas jurídicas para introducir una figura nueva que ofrece los mismos efectos de la curatela.

Quinta: Se determinó que resulta necesario restablecer la institución jurídica de la curatela en el Código Civil, para una protección adecuada de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda, puesto que el sistema de apoyos implementado en nuestra legislación no ofrece una protección apropiada a los intereses personales y patrimoniales de estas personas, y por ende, restaurar el proceso de interdicción. Cabe precisar que, la aplicación de la curatela debe ser —de carácter excepcional— para dichas personas.

5.3 Recomendaciones

Primera: Se recomienda al Poder Legislativo emitir una ley, a través de la cual se modifique las normas de la Ley General de las Personas con Discapacidad, con el propósito de adecuarse a los lineamientos, principios y objetivos establecidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ello sin perder de vista nuestra realidad social. Pues a través de dicha modificación se actualizará la citada ley.

Segunda: Los artículos 3 y 42 del Código Civil reconocen la capacidad de ejercicio plena de todas las personas mayores de edad, incluidas las personas con discapacidad física, sensorial, mental e intelectual (leve, moderada, grave y profunda), por ello, se recomienda al Poder Legislativo emitir una ley, mediante la cual se modifiquen dichos artículos, para establecer —de carácter excepcional— la limitación de la capacidad de ejercicio plena de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda. De esta manera, se cautelará los intereses personales y patrimoniales de estas personas.

Tercera: El artículo 43 del Código Civil regula que son incapaces absolutos los menores de dieciséis años de edad, salvo para aquellos actos determinados por la ley, se recomienda al Poder Legislativo emitir una ley, a través de la cual se modifique el citado precepto legal, a fin de incorporar como supuesto de incapacidad absoluta a las personas que carecen de discernimiento por cualquier causa (obviamente, aquí están comprendidas las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda, así como aquellas que no pueden manifestar su voluntad).

Cuarta: Los artículos 45-B y 659-A del Código Civil establecen que las personas con discapacidad mayores de edad pueden acceder a los apoyos y salvaguardias, asimismo, el artículo 659-E del citado Código regula la figura del apoyo con facultades de representación para las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad, razón por la cual, se recomienda al Poder Legislativo emitir una ley, a través de la cual se modifiquen los artículos 45-B y 659-A del Código Civil, a fin de establecer con claridad en qué supuestos o casos se aplicara el sistema de

apoyos y salvaguardias, y derogar el artículo 659-E del Código Civil. De este modo, quedara claro la utilidad y eficacia del sistema de apoyos.

Quinta: El artículo 45 del Código Civil establece el acceso a los ajustes razonables y a los apoyos, igualmente, los artículos 564, 565, 566, 583 y 610 del Código Civil, regulan la institución jurídica de la curatela, por lo que se recomienda al Poder Legislativo a emitir una ley, a través de la cual se modifiquen las citadas normas, para restablecer la institución jurídica de la curatela en el Código Civil, y el proceso de interdicción para una protección adecuada de los intereses personales y patrimoniales de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda, en consonancia con lo establecido en el artículo 7 de la Constitución. Cabe precisar que, la aplicación de la curatela debe ser —de carácter excepcional— para dichas personas. En consecuencia, quedara sin efecto la figura del apoyo para estas personas.

REFERENCIAS

- Asociación Americana de Psicología. (2015). *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-5)*. Recuperado de <https://creena.educacion.navarra.es/web/necesidades-educativas-especiales/equipo-de-psiquicos/discapacidad-intelectualp/definicion-de-discapacidad-intelectual/>
- Bardales, L. (2018). La derogación del régimen de responsabilidad civil del incapaz y los limitados alcances del nuevo artículo 1976-A. *Revista Actualidad Civil*, (52), 129-130.
- Bariffi, F. (2014). *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos* (Tesis doctoral). Recuperado de http://www.repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/439/Tesis_BariffiFJ_R%c3%a9gimenJur%c3%addicoCapacidad_2014.pdf?sequence=1
- Bernal, C. (2010). *Metodología de la investigación: para administración, economía, humanidades y ciencias sociales* (3ª ed.). Colombia: Editorial Pearson Educación.
- Caicay, M. (2020). *Apoyos y salvaguardias como formas de asistencia y medidas de control garantistas del respeto de los derechos y voluntades de las personas con discapacidad* (Tesis de pregrado). Recuperado de <https://pirhua.udep.edu.pe/handle/11042/4530>
- Cárdenas, R., y Della, A. (2018). Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil en materia de capacidad. *Revista Gaceta Civil & Procesal Civil*, (65), 101-116.
- Carrasco, S. (2006). *Metodología de la investigación científica*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.

Castillo, M., y Chipana, J. (2018). *La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Recuperado de https://www.academia.edu/45035292/La_p%C3%A9sima_nueva_regulaci%C3%B3n_de_la_capacidad_jur%C3%ADdica_de_las_personas_con_discapacidad

Cieza, J., y Olavarría, M. (2018). Defectos y virtudes de la nueva regulación sobre la capacidad en lo relativo a personas naturales. *Revista Actualidad Civil*, (52), 45-63.

Código Civil y Comercial argentino (2014). Recuperado de http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf

Cómite sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2014). Observación General n.º 1.

Costales, N. (2019). *Paradójica designación de un apoyo frente a la institución jurídica de la curatela en la celebración de un acto jurídico* (Tesis de pregrado). Recuperado de <https://repositorio.upn.edu.pe/handle/11537/21543>

Cristancho, J. (2019). *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad: ¿Derecho fundamental absoluto?* Recuperado de <https://cuhsu.uct.cl/index.php/RDCP/article/view/1919>

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006). Recuperado de <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

Constitución Política del Perú (1993). Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion_Politica_del_Peru_1993.pdf

Decreto Legislativo N. ° 1384, 4 de setiembre de 2018, Decreto Legislativo que Reconoce y Regula la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad en igualdad de Condiciones. Diario Oficial El Peruano. Lima, Perú. Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/192139/DL_1384.pdf

Duran, J. (2020). ¿Realmente el sistema de apoyos y salvaguardias implementado en el Código Civil cumple con su función de apoyar a las personas con discapacidad? *Revista Oficial del Poder Judicial*, 12 (14), 334.

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

Fernández, C. (2014). El Código Civil peruano, treinta años después. En G. Jurídica, & M. Torres (Ed.), *Estudios críticos sobre el Código Civil: análisis crítico y actual de sus bases dogmáticas y de su aplicación práctica* (Primera ed.). Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 21.

Friend, R., y Alava, M. (2019). *La capacidad jurídica de los discapacitados intelectuales y sus derechos como consumidores en Ecuador según la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Recuperado de https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3538866

Gaceta Jurídica. (2013). *Diccionario Civil*. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.

Gallegos, Y., y Rebeca, J. (2012). *Manual de Derecho de Familia*. Lima, Perú: Editorial Jurista Editores.

Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación* (6 ed.). México: Editorial Mc Graw Hill.

Iglesias, M. (2018). Modelos de apoyos: ¿cómo se construye un apoyo? *Revista Actualidad Civil*, (52), 133-162.

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2014). *Primera encuesta nacional especializada sobre discapacidad*. Recuperado de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1171/ENEDIS%202012%20-%20COMPLETO.pdf

López, E. (2020). *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de su patrimonio*. Madrid, España: Editorial Dykinson.

Marshall, P. (2020). *El ejercicio de derechos fundamentales de las personas con discapacidad mental en Chile: derecho internacional, enfoques teóricos y casos de estudio*. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-591X2020000100045&script=sci_arttext&lng=n

Martínez, A. (2018). *De la declaración de insania a la determinación de la capacidad jurídica. La curatela y el nuevo sistema de apoyos*. Recuperado de <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/17232/MARTINEZ%20TURK%20ANDREA%20YAMILA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Osorio, G. (2019). Capacidad jurídica de las personas con discapacidad: ¿Se ajusta nuestra normativa a las normas sobre capacidad que consagra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad? *Revista de derecho y ciencias penales: Ciencias Sociales y Políticas*, (25), 84-103. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7478184>

Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (1ª ed.). Madrid, España: Grupo editorial Cinca.

Palacios, A. (2017). *El modelo social de discapacidad y su concepción como cuestión de derechos humanos*. Recuperado de https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/78154/CONICET_Digital_Nro.8ca9c60d-ef48-4762-9880-ac2f193faaba_A.pdf?sequence=2

Palacios, A., y Romañach, J. (2006). *El modelo de la diversidad. La bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. La Coruña, España: Editorial Diversitas.

Pérez, G., y Rodríguez, M. (2018). *El repensar de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad ante el modelo social: caso México*. Recuperado de <http://publicaciones.americana.edu.co/index.php/pensamientoamericano/article/view/162/180>

Peters, J. (2019). *Nuevo régimen de capacidad legal en Colombia (Ley 1996 de 2019): la problemática de la presunción de capacidad y de la exhibición y cumplimiento de las obligaciones alimentarias derivadas de las relaciones de familia a las personas discapacitadas*. Recupeardo de <https://red.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/48/2020/06/RED-JIMENA-PETERS-PUBLICAR-24062020.pdf>

Plena Inclusión. (2017). *Discapacidad Intelectual*. Plena Inclusión. Recuperado de <https://www.plenainclusion.org/discapacidad-intelectual/que-es-discapacidad-intelectual>

Real Academia Española. (2020). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de: <https://dle.rae.es/teor%C3%ADa>.

- Rodríguez, A., y Pérez, A. (2017). *Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento*. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/206/20652069006.pdf>
- Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico. Introducción al Derecho* (10ª ed.). Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sarquis, L. (2018). *Deconstruir para construir. Personas con discapacidad mental o psicosocial y el ejercicio de la capacidad jurídica con apoyos a la luz del derecho internacional de los Derechos Humanos*. Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/5252/4278>
- Sorgi, M. (2017). *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Código Civil y Comercial*. Recuperado de <https://revistas.unlp.edu.ar/ReDeA/article/view/3918/3730>
- Torres, A. (2019). Capacidad de ejercicio. A propósito de la publicación de los decretos legislativos n.º 1377 y n.º 1384. *Revista Actualidad Civil*, (55), 83-119.
- Valdivia, M. (2020). *Una mirada a las sentencias judiciales en lectura fácil a proósito del Decreto Legislativo 1384 sobre el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad mental* (Tesis de pregrado). Recuperado de <http://repositorio.autonoma.edu.pe/handle/AUTONOMA/974>
- Varsi, E. (2020). *Tratado de Derecho de Familia* (2ª ed., vol. III). Lima, Perú: Editorial Pacífico.
- Vidal, F. (2016). *El acto jurídico* (10ª ed.). Lima, Perú: Instituto Pacífico.

ANEXOS

Anexo 1 Matriz de Consistencia

«Una mirada al sistema de apoyos implementado para las personas con discapacidad mental e intelectual. A propósito de la nueva concepción de la capacidad jurídica, Lima año 2020»

PROBLEMA	OBJETIVO	SUPUESTO	CATEGORÍAS	MÉTODO
Problema general	Objetivo general	Supuesto general	Categoría 1	
¿Cuáles son las consecuencias de la implementación del sistema de apoyos en nuestro Código Civil, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en el distrito de Lima año 2020?	Analizar las consecuencias de la implementación del sistema de apoyos en nuestro Código Civil, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en el distrito de Lima año 2020.	Es importante analizar las consecuencias de la implementación del sistema de apoyos en nuestro Código Civil, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual en el distrito de Lima año 2020.	Capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual Subcategorías S.C.1 Proceso de toma de decisiones	Enfoque: cualitativo
				Tipo: básico
Problemas específicos	Objetivos específicos	Supuestos específicos	Categoría 2	Nivel: descriptivo
1. ¿Cuáles son los casos en los que la figura del apoyo regulada en el Código Civil no cumple su finalidad de apoyar a ejercer la capacidad jurídica en el distrito de Lima año 2020?	1. Determinar los casos en los que la figura del apoyo regulada en el Código Civil no cumple su finalidad de apoyar a ejercer la capacidad jurídica en el distrito de Lima año 2020.	1. Es importante determinar los casos en los que la figura del apoyo regulada en el Código Civil no cumple su finalidad de apoyar a ejercer la capacidad jurídica en el distrito de Lima año 2020.	Sistema de apoyos	Diseño: teoría – fundamentada Población: Lima Muestras: 3 abogados colegiados. No probabilístico.

				Método: inductivo Técnica: entrevista.
2. ¿Cuál es la diferencia entre la figura del apoyo con facultades de representación instaurada en el Código Civil y el curador en el distrito de Lima año 2020?	2. Determinar la diferencia entre la figura del apoyo con facultades de representación instaurada en el Código Civil y el curador en el distrito de Lima año 2020.	2. Es importante determinar la diferencia entre la figura del apoyo con facultades de representación instaurada en el Código Civil y el curador en el distrito de Lima año 2020.	Subcategorías S.C.1 Protección de los derechos	Instrumento: Guía de entrevista
3. ¿Cuál debe ser la institución jurídica que brinde una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual en el distrito de Lima año 2020?	3. Determinar la institución jurídica que brinde una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual en el distrito de Lima año 2020.	3. Es importante determinar la institución jurídica que brinde una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual en el distrito de Lima año 2020.	S.C.2 Manifestación de voluntad	

Anexo 2 Instrumento: Guía de Entrevista

GUÍA DE ENTREVISTA

«Una mirada al sistema de apoyos implementado para las personas con discapacidad mental e intelectual. A propósito de la nueva concepción de la capacidad jurídica. Distrito de Lima. Año 2020»

- 1) ¿Cuál es su opinión sobre la nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, introducida a través del D. Leg. n. ° 1384?

- 2) ¿Considera usted que el sistema de apoyos implementado en nuestro Código Civil, a raíz del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, ofrece una protección adecuada a las personas con discapacidad mental e intelectual?

- 3) ¿Considera usted que la figura del «apoyo» regulada en el Código Civil, en realidad, cumple su finalidad de apoyar a ejercer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda?

- 4) ¿Considera usted que la figura del «apoyo con facultades de representación» instaurada en el Código Civil para las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad viene a ser lo mismo que un curador?

-
- 5) ¿Considera usted que es necesario restablecer la institución jurídica de la «curatela» en el Código Civil para una protección adecuada de las personas con discapacidad mental e intelectual grave y profunda?

Anexo 3: índice de similitud

UNA MIRADA AL SISTEMA DE APOYOS A PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL

INFORME DE ORIGINALIDAD



FUENTES PRIMARIAS

1	repositorio.autonoma.edu.pe Fuente de Internet	4%
2	biblioteca.fundaciononce.es Fuente de Internet	3%
3	www.repositorioacademico.usmp.edu.pe Fuente de Internet	2%
4	repositorio.upn.edu.pe Fuente de Internet	2%
5	repositorio.ulima.edu.pe Fuente de Internet	1%
6	vsip.info Fuente de Internet	1%
7	cuhso.uct.cl Fuente de Internet	1%
8	hdl.handle.net Fuente de Internet	1%

9	María Del Rosario Huerta Lara. "Obsolescencia del juicio de interdicción", Enfoques Jurídicos, 2020 Publicación	1 %
10	www.scribd.com Fuente de Internet	1 %
11	repositorio.unp.edu.pe Fuente de Internet	1 %
12	repositorio.uesiglo21.edu.ar Fuente de Internet	1 %
13	revistas.unlp.edu.ar Fuente de Internet	1 %
14	Robert Alexander Friend Macías, María de los Ángeles Álava Díaz, María de los Ángeles Álava Díaz. "La capacidad jurídica de los discapacitados intelectuales y sus derechos como consumidores en Ecuador según la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad", USFQ Law Review, 2019 Publicación	1 %
15	pirhua.udep.edu.pe Fuente de Internet	1 %
16	rabida.uhu.es Fuente de Internet	1 %
17	qdoc.tips Fuente de Internet	1 %

18	www.convenciondiscapacidad.es Fuente de Internet	1%
19	revistas.usfq.edu.ec Fuente de Internet	1%

Anexo 4. Consentimiento informado

Consideraciones éticas

José William Duran Vivanco, identificado con documento nacional de identidad n. ° 73083691, egresado y bachiller en derecho de la Universidad Peruana de las Américas, y actualmente me encuentro optando el título de abogado por la modalidad de tesis en la Universidad Autónoma del Perú.

Dejo constancia que la presente tesis se ha realizado en base a la ética investigativa, puesto que el contenido de la presente investigación se ha elaborado respetando las ideas plasmadas por los autores a quienes he recurrido para el desarrollo del marco teórico; asimismo, las fuentes de investigación se encuentran debidamente citadas y referenciadas.

De otro lado, este trabajo ha respetado el formato APA otorgado por la universidad haciendo mención que el contenido de los textos, citas, tablas se encuentran desarrollados adecuadamente.

Asimismo, teniendo en cuenta la privacidad de los entrevistados y sin contar con autorización de ellos para hacer público sus datos, por ello, se les identificará como especialistas.

Igualmente, este trabajo ha sido revisado por personas correspondientes a través de un programa llamado Turnitin, el cual este enfocado en evidenciar si existe plagio, similitud o coincidencia con diversos trabajos de distintos autores.

En ese sentido, como autor he respetado la moral, la ética investigativa con respecto al trabajo de investigación.

José William Duran Vivanco

Autor de la tesis

Joseoperadordelaley2017@gmail.com