



LA REFORMA DE CAPACIDAD JURÍDICA: ALGUNOS APUNTES TEÓRICOS SOBRE SU JUSTIFICACIÓN

THE REFORM OF LEGAL CAPACITY: SOME THEORETICAL NOTES ON ITS JUSTIFICATION

PAMELA SMITH* Y MARIANA BURGOS**

Sociedad y Discapacidad (SODIS)

psmith@sodisperu.org

mariana.burgos@unmsm.edu.pe

Recibido: 22/07/2020

Aceptado: 12/08/2020

Resumen

La última reforma peruana en materia de capacidad jurídica, plasmada en el Código Civil Peruano, abrió paso al reconocimiento de este derecho en condiciones de igualdad para el colectivo de personas con discapacidad. Este reconocimiento formal tiene un particular impacto en aquellas personas con discapacidad intelectual y psicosocial que habían sido tratadas históricamente como objetos y no como sujetos de este derecho. Este cambio normativo trae consigo un cambio profundo de los conceptos teórico-políticos en torno a la capacidad jurídica que deben ser abordados la dogmática civil y las disciplinas comprometidas.

Encontrándonos en el proceso de aplicación de esta nueva legislación, consideramos de trascendental importancia observar con detenimiento el cambio teórico detrás de la reforma en aras

Abstract

The legal capacity reform adopted in Peru provided a stepping stone made significant inroads for the mainstream and equal recognition before the law for persons with disabilities; it entailed the possibility to fully exercise their fundamental rights for this population. Likewise, it involves a profound shift on theoretical and political concepts around legal capacity, which should be addressed by the civil law and the related disciplines.

Considering that we are in the implementation process of this new legal framework, it is compelling to carefully analyze the theoretical shift behind the legal in order to facilitate the understanding of its real magnitude and recognize the turning points in our legal theory. Otherwise there is a risk that this change will generate in our

* Pamela Solanch Smith Castro. Directora Ejecutiva de Sociedad y Discapacidad (SODIS). Abogada por la Universidad Católica Santa María, máster en Derecho (LLM) por la Universidad de Syracuse, NY. Es miembro del Centro de Estudios de Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional de la PUCP.

** Mariana Lucía Burgos Jaeger. Asistente legal de Sociedad y Discapacidad (SODIS). Estudiante de último ciclo de Derecho en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, diplomada en Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa y asistente de la cátedra de Derechos Fundamentales en la misma casa de estudios. Miembro del Taller de Derecho Constitucional-UNMSM.

de facilitar la comprensión de su real magnitud y reconocer los puntos de inflexión en nuestra teoría jurídica. Pues de lo contrario se corre el riesgo de que este cambio genere en nuestra realidad jurídica un efecto no coherente ni uniforme, en el que no sea posible alcanzar materialmente los nuevos reconocimientos y libertades.

Palabras clave

Capacidad jurídica, derechos fundamentales, discernimiento, autonomía

legal reality an inconsistent and uniform effect, in which it is not possible to materially achieve the new recognitions and freedoms.

Keywords

Legal capacity, fundamental rights, discernment, autonomy

1. Breve marco legal e introducción

A partir del 4 de setiembre del 2018, con la publicación del Decreto Legislativo 1384, se suprimió la interdicción y la presunción de incapacidad civil por motivos de discapacidad.¹ Para ello se derogaron aquellas disposiciones del Código Civil y Procesal Civil que regularon: (i) la remoción judicial de la capacidad jurídica de personas con discapacidad intelectual y psicosocial a través de la interdicción, y (ii) la presunción de incapacidad también por motivos de discapacidad. En su lugar, el derecho a la capacidad jurídica le fue reconocido plenamente a esta población, incorporando las figuras de los apoyos y salvaguardias en coherencia con el artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.²

- 1 Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones publicado en el diario oficial *El Peruano*.
- 2 Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: “1) Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. (2) [...] reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. (3) [...] adoptarán

Esta reforma en opinión de la comunidad internacional significó un importante paso en la garantía de derechos de las personas con discapacidad³; no obstante, significó también un cambio sustancial en la concepción tradicional —y casi incuestionable— del Derecho Civil sobre la institución de la capacidad jurídica. Desde la doctrina del Derecho Civil se ha concebido que el ejercicio de la capacidad jurídica demanda estar dotado de “suficiente madurez intelectual, equilibrio psicológico, poder de reflexión y sentido de responsabilidad para ejercer por

las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. (4) [...] asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. [...]”.

- 3 Por este motivo, la reforma fue saludada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, calificándola como “un ejemplo a seguir por todos los Estados”. OEA, “CIDH saluda las medidas adoptadas para el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Perú”, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2018/216.asp> (consultada el 15 de mayo de 2019)

sí mismo sin necesidad de asistencia los derechos”⁴.

En virtud de ese abordaje, nuestro Código Civil estableció causales de incapacidad civil, absoluta y relativa, asociadas a la falta de discernimiento y al deterioro mental que impidiera expresar voluntad⁵. Cabe mencionar que hasta la promulgación de la Ley 29973 - Ley General de la Persona con Discapacidad en el año 2012, los “sordomudos, ciegosordos y ciegomudos” también eran considerados “incapaces absolutos”. En ese sentido, identificamos que no solo el cumplimiento de determinado nivel de racionalidad era exigido para el ejercicio del derecho sino también la posibilidad de manifestar voluntad de forma estándar. A la declaración de incapacidad venía añadido el nombramiento de un representante, cuyo orden de prelación también se encontraba regulado por el Código Civil. En ese sentido, la única forma permitida a este grupo para relacionarse en un plano jurídico era a través de los representantes designados tras un proceso de interdicción.

Parte de los análisis críticos sobre esta reforma —próxima a cumplir dos años de aprobada— se han centrado en su supuesta ligereza para atender la situación de personas con “discapacidades severas” o carentes

de “discernimiento” y han alertado sobre la desprotección a la que se estaría sometiendo a este colectivo; otras, ponen en cuestión si el Decreto Legislativo ha cumplido a cabalidad el mandato que exige la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los retos que enfrenta el Derecho Civil tras su aprobación.⁶

Este cambio normativo además de ser un fuerte punto de transformación en el Derecho civil, invita a redefinir y analizar esta institución desde una nueva perspectiva y promover una revisión en torno a algunos postulados de la teoría de los derechos fundamentales. Analizaremos estos puntos en cuestión, partiendo de una observación en torno a la relación entre la regulación de la capacidad jurídica y titularidad de determinado tipo de derechos fundamentales.

2. Capacidad jurídica y titularidad de derechos fundamentales

La mayoría de fundamentaciones en el constitucionalismo contemporáneo sostienen que la dignidad es el principal argumento moral para sustentar la existencia de derechos atribuibles a todos los seres humanos. Sin embargo, al momento de dotar de significado a esta categoría surge entre sus diferentes conceptos una tensión entre el que la identifica como “autonomía personal”, solo predicable de los seres racionales y moralmente autónomos que reconocen los imperativos categóricos morales y actúan conforme a ellos⁷, por lo que atribuyen a sus titulares el término de “persona” y no “humano”⁸; versus aquel con-

4 Carlos Fernández Sessarego, *Derecho de las Personas. Análisis de cada artículo del Código Civil Peruano de 1984* (Lima: Instituto Pacífico, 2016), 289: “(...) la persona está dotada de suficiente madurez intelectual, equilibrio psicológico, poder de reflexión y sentido de responsabilidad para ejercer”.

5 Nuestro Código Civil incluía entre aquellos “absolutamente incapaces” (art. 43), a los “privados de discernimiento” (inc. 2), hasta su derogación por el D.Leg. 1384; como también a los “sordomudos, ciegosordos y a los ciegomudos” (inc. 3), hasta su derogación por la Ley 29973, Ley General de las Personas con Discapacidad. Adicionalmente, entre los “relativamente incapaces” (art. 44) a aquellos que adolezcan de deterioro mental que les impidiera expresar libremente su voluntad.

6 Mario Castillo y Jhoel Chipana, “La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad,” *Gaceta Civil y Procesal Civil* 65 (noviembre 2018): 45-50.

7 Immanuel Kant, “Fundamento de la metafísica de las costumbres,” *Excelsior* 146 (1939), 44.

8 Así también, Robert Alexy especifica: “[e] titular de

cepto de dignidad como atributo humano inherente⁹. Desde esta noción tan elemental en los derechos humanos, encontramos una disputa básica que radica en que el entendimiento de la dignidad desde la primera postura además de pretender la extensión de derechos a seres no humanos con las mencionadas características, implica el retiro de su titularidad a seres humanos sin las mencionadas, como las personas en coma, o de quienes no sería concebida tal racionalidad o autonomía moral de manera suficiente¹⁰.

Por otro lado, Luigi Ferrajoli, alejándose de este ámbito de fundamentación, que en su consideración respondería al deber ser de los derechos, se acerca a definir qué son los derechos fundamentales, reconociéndolos como “derechos subjetivos que las normas de un determinado ordenamiento atribuyen *universalmente* a todos en tanto *personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar*”¹¹; para

derechos humanos es aquel que es una persona, siempre que la personalidad no esté vinculada al concepto de ser humano.” “Data y los derechos humanos,” en *Star Trek y los derechos humanos*, coords. Robert Alexy y Alfonso García Figueroa (Valencia: Tirant lo Blanch, 2017), 244.

- 9 Juan Manuel Sosa, *Necesidades humanas básicas y fundamentación de los derechos* (Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2017), 91.
- 10 Algunos teóricos de la discapacidad han rescatado la noción de dignidad en el contexto de la discapacidad para explicar que las personas con discapacidad son sujetos plenos de derecho, asimismo para contrarrestar la visión que valora a las personas en función de su aporte a la sociedad. Véase: Gerard Quinn y Theresia Degener, *Derechos Humanos y discapacidad, Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad* (Nueva York y Ginebra: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2002).
- 11 Luigi Ferrajoli, “Los fundamentos de los derechos fundamentales,” en *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001), 291-292. El autor presenta esta definición frente a la interrogante: *qué son* los derechos fundamentales, diferencia su respuesta de la definición positiva (*cuáles son* recono-

comprender esta noción establece una tipología basada en la titularidad de los mismos, y la desarrolla con apoyo de la Tabla N° 1¹².

Según el autor, las clases de sujetos identificados como posibles titulares de los derechos fundamentales han variado históricamente hasta llegar a la actualidad a asumirse tres: personas físicas, ciudadanos y capaces de obrar. La relación entre estos es principalmente que el *status* de ‘persona’ incluye a los ‘ciudadanos’ y ‘capaces de obrar’. Los tipos o clases de derechos presentados, son distinguibles a partir de las cuatro combinaciones generadas por la relevancia o irrelevancia del *status* de ciudadano y/o de capaz de obrar¹³.

Asimismo, establece que la distinción entre los derechos ‘primarios’ y ‘secundarios’ es la *más importante para el análisis de la fenomenología del poder en el Estado de Derecho y de la teoría de la democracia*, pues se basa en la posesión o no del elemento de la *capacidad jurídica de obrar*

en un determinado ordenamiento) y axiológica (*cuáles deben ser* por materializar valores ético-políticos asumidos como “fundamentales”). En torno a la universalidad con la cual describe a los derechos fundamentales indica que alude a una *forma universal en sentido lógico y no valorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que, como personas, ciudadanos o capaces de obrar, sean sus titulares*; lo cual se presenta en coherencia con el carácter *indisponible e inalienable* en tanto incumben *de igual forma y medida a todos sus titulares, por oposición a los derechos patrimoniales y las restantes situaciones singulares que pertenecen a cada uno con exclusión de los demás*; y que por tanto se regulan por normas téticas (y no hipotéticas) que los enuncian y disponen inmediatamente, en forma general y abstracta.

- 12 Ferrajoli, “Los fundamentos”, 295 y 291-300.
- 13 Además, como definiciones de partida indica que *derecho subjetivo* es cualquier expectativa de prestación o de no lesión; *capaz de obrar* es cualquier persona dotada de la facultad de realizar actos jurídicos preceptivos; *poder jurídico* es la facultad de realizar actos jurídicos preceptivos.

Tabla N° 1:

Derechos fundamentales	‘De la persona’	‘Del ciudadano’
‘Primarios’ Solo expectativas	<i>D. humanos</i> (de expec. neg.) p.ej. a la libertad personal, libertad de asociación, vida.	<i>D. públicos</i> (de expec. positiva) p.ej. a la seguridad social, educación.
‘Secundarios’ o de los capaces de obrar Expectativas y poderes	<i>D. civiles</i> (de autonomía privada) p.ej. a contratar libremente	<i>D. políticos</i> (de autonomía política) p.ej. al voto

Fuente: Elaboración propia.

—en nuestro medio: capacidad de ejercicio— de sus titulares para reconocer en los mismos derechos *de autonomía o de poder*.¹⁴

Esto se explica porque *la capacidad de obrar es precisamente la capacidad de realizar actos jurídicos potestativos*. Por eso los derechos civiles y políticos que se adquieren con ella —independientemente del hecho de que la ausencia de los primeros, a diferencia de la de los segundos, puede ser suplida por la representación legal de los incapaces— son en realidad poderes; entendido el término «poder», no como la simple facultas agendi en que consisten los derechos activos de libertad (o «libertad para»), sino como potestas agendi, es decir, como *la facultad de realizar actos jurídicos (voto, elecciones contrato, testamento*

*y otros similares) que producen efectos en la esfera jurídica de los demás*¹⁵ (Énfasis agregado).

Es decir, el reconocimiento de la capacidad de ejercicio de una persona genera para ella la posibilidad de realizar derechos propiamente de autonomía y potestad que en su ejercicio o realización involucran directamente una alteración del estado de cosas jurídico de otra persona, y no implican como otros derechos solo una ‘expectativa de no interferencia’ o una ‘expectativa positiva’¹⁶. La clasificación propuesta por el autor donde la restricción de la *capacidad de obrar* de algunos sujetos se asume como una consecuencia obvia de una condición invariable (la discapacidad) nos da un panorama inicial sobre los supuestos que justifican el recorte de estos derechos y sobre qué atributos recae la titularidad de los mismos¹⁷.

14 Ferrajoli, “Los fundamentos”, 294. Asimismo, el autor resalta que la distinción entre derechos primarios y secundarios sería *insuperable* (aun cuando “los presupuestos de la capacidad de obrar pueden variar según los diversos ordenamientos”), mientras aquella entre derechos de la persona y del ciudadano, en cambio, sería *superable* (“bien mediante la extensión de la ciudadanía a todas las personas, bien a través de su supresión como presupuesto de los derechos fundamentales”), 297.

15 Ferrajoli, “Los fundamentos”, 296.

16 Si bien el derecho a la educación, que da el autor de ejemplo, cuenta con ámbitos de autonomía de decisión, este parece no primar en forma de potestad frente a los obligados del derecho o terceros. Es decir, si bien una persona puede elegir aquello que eligiera estudiar, este ámbito de libertad generaría frente a terceros “no derechos” de interferencia, en lugar de una sujeción, propia contraparte de una potestad.

17 Consideramos oportuno especificar que si bien la titularidad de los derechos de autonomía se condiciona a la capacidad jurídica; mientras los derechos de

La capacidad jurídica, desde una visión contemporánea, involucra la posibilidad de establecer relaciones jurídicas de diversos tipos y que estas sean oponibles a terceros; de esta forma, se convierte en un antecedente necesario para ejercer derechos en todas las esferas de la vida: salud, laboral, contractual, judicial, política¹⁸; e incluso, en el desenvolvimiento en actos cotidianos. El sistema de sustitución recogido en la legislación anterior privó del ejercicio de estos derechos a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial sobre la supuesta imposibilidad de estos sujetos de establecer relaciones válidas en los ámbitos señalados.

En base a ello, deducimos que la restricción sobre la titularidad de la capacidad jurídica representa en efecto una limitación para el ejercicio de la libertad de contratación y de derechos políticos. Como se observa, esta denegación por motivos de discapacidad ha aparecido como legítima en la teoría; por lo que este cambio normativo nos lleva justifica-

expectativa negativa y positiva, 'no'; en el escenario práctico tanto libertades como derechos sociales son realizables a partir de contratos con entidades privadas y públicas.

18 Respecto de los derechos políticos sujetos a la capacidad jurídica, la Constitución en el artículo 31 establece: “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos mediante referéndum; iniciativa legislativa; remoción o revocación de autoridades y demanda de rendición de cuentas. Tienen también el derecho de ser elegidos y de elegir libremente a sus representantes, de acuerdo con las condiciones y procedimientos determinados por ley orgánica. (...) Tienen derecho al voto los ciudadanos en goce de su capacidad civil”, y en el artículo 33 señala “El ejercicio de la ciudadanía se suspende: 1. Por resolución judicial de interdicción”. Sin embargo, a través de la reforma del D. Leg. 1384, las personas con discapacidad cuentan con *plena capacidad de ejercicio* (art. 42 Código Civil); y han dejado de ser sujetos pasibles de ser demandados por interdicción (art. 581 Código Procesal Civil), por lo que actualmente se eximen de las limitaciones de estas cláusulas constitucionales.

damente a preguntarnos: ¿cómo deben interpretarse los principios que sostenían la validez del ejercicio de tales derechos en base a los sujetos contratantes?

Como se adelantó, la crítica a la reforma del Código Civil en capacidad jurídica encuentra un peligro en el retiro de la categoría “discernimiento” bajo la presunción de que su ausencia implica también la ausencia de autonomía y, con ello, la imposibilidad de tomar decisiones y/o perseguir un proyecto de vida.¹⁹ Esto nos lleva a abordar las siguientes cuestiones: i) Una condición mental estándar no puede ser una categoría válida para asignar derechos en función a ella y ii) El fortalecimiento de la autonomía de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial como una obligación subyacente a la reforma.

2.1. Una condición mental estándar no puede ser una categoría válida para asignar derechos en función a ella

Sobre este punto es importante mencionar que el concepto *discernimiento* tal como ha sido desarrollado en la doctrina civil se vincula al aspecto cognitivo de la persona, a: “la capacidad humana de distinguir el bien del mal y, al mismo tiempo, de desarrollar el pensamiento abstracto. Es el momento en que el ser humano deja su ego y mundo propio y concreto para proyectarse más allá, a un mundo complejo, de muchas y variadas interrelaciones, que no solo tiene presente sino también sentido de previsión y de futuro”²⁰.

19 Yuri Vega Mere, “La reforma del régimen legal de los sujetos débiles *made by* Mary Shelley: notas al margen de una novela que no pudo tener peor final”, *Gaceta Civil & Procesal Civil* 64 (octubre 2018): 27-45, 43-45.

20 Marcial Rubio Correa, *El ser humano como persona natural* (Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992), 156.

A pesar de ello, no existe uniformidad ni desarrollo sobre la noción de discernimiento en la doctrina civil, de la forma en que se ha descrito podría abarcar la capacidad de razonar en un amplio rango de actos de diferente complejidad. Poder distinguir el bien del mal no es lo mismo que formular un proyecto de vida o comprender a cabalidad las consecuencias de los actos jurídicos. Se deduce, por el contrario, que se trata de una categoría instrumental a los fines de una supuesta “seguridad jurídica” desvinculada de las características propias de los sujetos participantes en el negocio jurídico, que ha permitido sostener un sistema discriminatorio, posibilitando en la práctica, la muerte civil de los individuos que no lo alcanzaban.

La medición del discernimiento representan una problemática adicional ¿Cómo se evalúa externamente si una persona ya conoce la diferencia entre “el bien” y “el mal”, Esta noción nos enfrentaba a un problema al someter a las personas con discapacidad a una evaluación de tal capacidad mental bajo un referente médico del *estándar del hombre razonable*; aun cuando tal determinismo, como sostiene Gerard Quinn, no es aceptable en cuanto a condición de los derechos humanos, dado que incluso tal aspecto “identificable” por la medicina no está exento de determinantes sociales.²¹

Si bien, una evaluación sobre el diagnóstico o el desarrollo intelectual de una persona recae en los profesionales de la salud, estas evaluaciones deben valorarse como un indicador que permita conocer la capacidad cogni-

tiva de una persona mas no como documentos concluyentes que permitan definir si un individuo reúne las características esenciales para ejercer o no un elenco de derechos. Al respecto debe precisarse que estas evaluaciones tampoco son infalibles; algunos estudios sugieren que la medición de la capacidad es un proceso complejo, incluso para los especialistas en la materia y pese a que existe un uso de herramientas estandarizadas, no es posible arribar a un resultado dicotómico sobre si un paciente está o no capacitado para tomar una decisión²².

En este extremo, cabe hacer mención al proceso de amparo contenido en el expediente 25158-2013 interpuesto por José Antonio Segovia Soto en contra de la sentencia de primera instancia y la sentencia de vista que declaran su interdicción y el sucesivo nombramiento de su hermana como curadora. El demandante sostuvo que este proceso se inició con la finalidad de internarlo en un establecimiento psiquiátrico y disponer los bienes que tienen en copropiedad. Pese a que manifiesta ser una persona independiente, haber realizado estudios y desempeñarse laboralmente, esta situación no habría sido valorada por los jueces²³.

21 Gerard Quinn. “Personalidad y Capacidad Jurídica: Perspectivas sobre el cambio de paradigma del artículo 12 de la CDPD” (conferencia impartida en el Seminario “CDPD Disability and Legal Capacity Under the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, 2010), 36-37.

22 Sebastián Robert, Juan Reculé y Juan Prato, “Evaluación de la capacidad del paciente para emitir un consentimiento válido: ¿es posible la estandarización?,” *Rev. Med. Chile* 144 (2016): 1336-1342. Asimismo, véase Ximena Castro, “Salud mental sin sujeto. Sobre la expulsión de la subjetividad de las prácticas actuales en salud mental,” *Revista CS Ciencias Sociales* 11 (enero 2013): 86: “Por otro lado, es pertinente mencionar aquí lo que algunos autores han llamado el “mito de la ateoricidad”, para referirse a la pretensión de objetividad científica, supuestamente libre de valores, de los manuales de clasificación de las enfermedades, tales como el DSM V. (Matusевич y Pieczanski, 2009)”.

23 La Sentencia del Juez de Familia del Cusco establecida en el cuarto considerando de su motivación: “[...] quedando demostrado así verosimilmente que el demandado padece de un diagnóstico psiquiátrico

De hecho, se observa en la fundamentación de la decisión que la mera existencia de un diagnóstico de salud mental fue asociada con la falta de “discernimiento” y por ende, implicó la remoción total del derecho a la capacidad jurídica, con consecuencias nefastas para el demandante quien tuvo que iniciar otro proceso para que se declare su rehabilitación. Si bien puede aducirse que es un problema de interpretación aislado, este caso grafica una práctica generalizada que era recurrente en el procesamiento de este tipo de casos.

Retornando a las implicancias de este cambio de paradigmas en la teoría de los derechos fundamentales, encontramos cómo Nino al evaluar la premisa sobre la cual: la única circunstancia fáctica relevante para fundamentar nuestro título a los derechos fundamentales es pertenecer a la especie humana, considera que existen dificultades en la caracterización de un individuo humano, y controversias si se asume que tal es gradual. Nos presenta dos alternativas: caracterizar a los humanos a partir de propiedades *moralmente relevantes* (de racionalidad y la capacidad de proponerse fines, como estipula Kant), o en torno a *rasgos biológicos muy elementales* (como la estructura cromosómica de las células). Sin embargo, establece el autor, la primera forma de calcular una graduación de la “humanidad” nos llevaría a encontrar que habrían humanos “en menor grado que otros, puesto que aquellas propiedades son típicamente de índole gradual”; y, respecto de vincular rasgos biológicos, cla-

de esquizofrenia paranoide, por lo que es incapaz y por ende no puede expresar su voluntad de manera indubitable, estando privado de discernimiento y razonamiento”. La Sentencia de Vista, emplea un razonamiento parecido: “TERCERO: La esquizofrenia paranoide es aquella enfermedad que se caracteriza por los siguientes síntomas” [...] “Por tanto se concluye que en caso de presentarse este mal, en caso de presentarse en el demandado resulta ser un impedimento mental que le impide ejercer por sí sus derechos”.

ramente, desvinculados del contenido de los derechos humanos, como único fundamento para concederlos, “parece involucrar un burdo especismo análogo a posiciones racistas”²⁴.

Asimismo, Nussbaum, en la crítica que formula a la teoría de Rawls en el extremo en que los principios políticos básicos son el resultado de un contrato social o un acuerdo, entre humanos libres, iguales e independientes que renuncian al uso de la fuerza y al arrebato de propiedades, a cambio de paz, seguridad y beneficio mutuo. Si bien reconoce que esta es una de las grandes contribuciones de la filosofía política liberal a la teoría de la justicia del mundo occidental, nos enfrenta al problema de la exclusión de la *posición negociadora* a las mujeres (consideradas *no productivas*), niños, personas mayores y personas con deficiencias; y aunque las doctrinas contemporáneas han rectificado *en cierta medida estas omisiones*, ninguna doctrina del contrato social “incluye a las personas con graves y raras deficiencias físicas y mentales en el grupo de los que deben escoger los principios políticos básicos”; aun cuando no existen razones de principio para no incluirlas en una situación de elección que supuestamente no prejuzga ningún diseño particular para las instituciones sociales, sino básicamente razones de carácter social²⁵.

Por estas consideraciones, mantener a la racionalidad hegemónica como atributo necesario para asignar derechos nos enfrenta a problemas éticos y prácticos, tal como la habían sostenido los autores citados, la exigencia en el cumplimiento de este requisito para ser considerado un agente moral autónomo o un participante en la formulación de los principios de

24 Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación* (Buenos Aires: Astrea, 1989), 43-45.

25 Martha C. Nussbaum, *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión* (Barcelona: PAIDOS Estado y Sociedad, 2012), 35-36.

la sociedad, dejan fuera a un colectivo de personas que no cumple con este requisito tanto en la teoría de los derechos fundamentales como en la teoría política. Una de las instituciones donde esta asignación de derechos se había mantenido de forma residual fue la institución de la capacidad jurídica, cuya formulación puede ser percibida como una combinación de la prevalencia de la razón para la asignación del derecho y de medidas paternalistas diseñadas con el fin de proteger a las personas.

Solo hasta la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) —que introduce un paradigma de derechos humanos para abordar el fenómeno de la discapacidad y el reconocimiento igualitario de la capacidad jurídica al margen de la condición de discapacidad— es que la institución fue desafiada a gran escala y rediseñada a la luz de las obligaciones convencionales, bajo la perspectiva de que la capacidad jurídica se ubica también como un derecho humano.

A partir del tratado, la discapacidad es conceptualizada como una categoría social resultante de la interacción entre una persona con deficiencias (físicas, sensoriales, intelectuales y mentales) y barreras sociales que limitan su participación (incluidas las barreras en el entorno y las barreras actitudinales); no una característica inherente de las personas que requiere un abordaje asistencial y rehabilitador.

Es bajo este marco que debe leerse el derecho a la capacidad jurídica, como un atributo personal mediante el cual los sistemas jurídicos reconocen a titulares de derechos y obligaciones ante la ley, esto es, a personas responsables por sus actos y habilitados en el ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales²⁶. Esta categoría

individual, indispensable para participar en la sociedad, le ha sido negada históricamente a una serie de minorías para pasar a ser reconocida progresivamente a mujeres, esclavos liberados, indígenas, personas sin educación formal de lecto-escritura, etc. En la actualidad, la capacidad jurídica ha mantenido principalmente restricciones por motivos de edad y cualidades relacionadas al aspecto cognitivo y/o psicosocial.

La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una verdadera participación en la sociedad.²⁷ En ese sentido, la Observación General N° 1 del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad destacó la diferenciación tajante sobre la capacidad mental y la capacidad jurídica:

La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales. (...) El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cambio, deja en claro que el “desequilibrio mental” y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar). En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica²⁸.

persona ante la ley” del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), 2014, 7.

26 Organización de las Naciones Unidas, *Observación General N° 1 “Artículo 12: Igual reconocimiento como*

27 ONU, *Observación General N° 1*, Fundamento 13.

28 ONU, *Observación General N° 1*.



De esta forma, el Comité no solo ha sostenido que la capacidad mental no puede asimilarse a la capacidad legal, y que un desmedro en la primera no significará la remoción de la segunda; sino que adicionalmente, establece que apelar a categorías de negación de la capacidad jurídica tales como las que había establecido nuestro código civil, es discriminatorio e ilegítimo. Esto se suma a la idea de que la capacidad no es una categoría dicotómica (se tiene absolutamente o no se tiene); sino que en realidad, pueden existir variables en la capacidad de tomar distintos tipos de decisiones.

El artículo 12 de la CDPD no admite valoraciones que midan el funcionamiento mental basadas en las destrezas y habilidades individuales en tanto se corresponden con un paradigma biomédico que este tratado rechaza.²⁹ La innovación que trae consigo el artículo 12 es una lectura de esta institución de conformidad con un paradigma de derechos humanos, radica en la respuesta no significa la remoción del derecho ante una situación de capacidad mental disminuida, sino que presenta la alternativa de los apoyos, en variadas formas e intensidades para viabilizar el ejercicio de derechos.

Se aprecia también, que mientras que a cualquier ciudadano se le permite elegir entre diversas opciones en cada momento de su vida, con altas posibilidades de error, las personas con discapacidad se han visto obligadas a probar que su voluntad es calificada y que

los riesgos de tomar una decisión errada serán bajos para que se les permita elegir por sí mismos.³⁰ No haberlo logrado, ha tenido como consecuencia la imposición de un régimen de representación o sustitución en la toma de decisiones a través de instituciones como la interdicción o la curatela.

Los postulados del artículo 12 y el modelo de apoyos ofrecen una respuesta legal en estricto respecto de los derechos fundamentales incluso en aquellas situaciones que pueden ser catalogadas como las más complejas en el ejercicio de la capacidad jurídica. En principio, se reconoce que todas las personas —al margen de su diagnóstico— tienen agencia; un gran porcentaje de personas con discapacidad puede ejercer su autonomía y tomar decisiones de manera interdependiente valiéndose de apoyos específicos en determinados casos. Algunos de estos casos reclamarán que se dispongan una serie de medidas de accesibilidad y/o ajustes para obtener la voluntad de la persona; en ese contexto, la dificultad para descifrar la voluntad no es motivo razonable³¹ ni suficiente para prescindir de ella o invalidarla.

2.2. El fortalecimiento de la autonomía de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial como una obligación subyacente a la reforma

Bajo el principio liberal de autonomía de la persona admite como valiosa la elección de planes de vida sin la imposición de ideales de excelencia humana, por tanto, al Estado le corresponde un rol negativo de no interferencia, donde solo deberá propiciar el funcionamiento

29 Michael Bach, “El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa,” en *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, coords. Francisco Bariffi y Agustina Palacios (Buenos Aires: EDIAR, 2011), 63.

30 Bach, “El derecho a la capacidad jurídica”, 9-10.

31 Entendiendo la razonabilidad como un criterio para reconocer medidas que se justifiquen en la necesidad de preservar, proteger o promover fines constitucionalmente legítimos. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia N° 2235-2004-AA/TC, fundamento jurídico 6.

to de instituciones que faciliten la persecución de esos planes de vida³². Poder elegir, establecer planes de vida y llevarlos a cabo requerirá estar dotado de capacidades para razonar, sentir o comunicarse³³. Dado que algunas personas con discapacidades profundas podrían no reunir estos requisitos, se ha afirmado típicamente que no son sujetos autónomos.

En el contexto de la discapacidad, la inhibición del Estado no ha sido necesariamente la regla; por el contrario, la respuesta legal ha consistido en poner a disposición una serie de medidas de protección para evitar vulneraciones a sus derechos (la curatela puede ser catalogada como una medida diseñada para cumplir tal objetivo). Se evidencia, entonces, que las tensiones entre medidas paternalistas y el respeto de la autonomía, se han inclinado por las primeras cuando el fenómeno de discapacidad entra en la ecuación³⁴. Si bien esta parece una respuesta plausible, algunas autoras como Patricia Cuenca han apuntado que la comprensión de la discapacidad como un asunto de derechos humanos exige una revisión de la noción de autonomía y rebalancear este conflicto entre protección y autonomía³⁵.

En principio, sostener que el ejercicio de la autonomía está sujeto a características enteramente racionales, podría devolvernos a los problemas anteriormente analizados. Cuenca señala que no solo debe extenderse la visión de la autonomía a las personas con discapacidad sino que es necesario reconstruir esa visión, apostando por un concepto complejo de autonomía integrado por dos dimensiones: en sentido negativo, para evitar la intervención del estado en la esfera de elección de las personas; y, en un sentido positivo, exigir la intervención de estado y la sociedad en la promoción y el favorecimiento del poder de elección de forma autónoma³⁶.

Desde esa perspectiva, se reconoce que las personas con discapacidad no deben ser víctimas de recortes en su autonomía por el simple hecho de tener una discapacidad³⁷. El asunto se complejiza en el caso de personas discapacidades intelectuales y psicosociales; en este extremo, será necesario adoptar medidas que permitan remover barreras que impiden la formulación de sus proyectos de vida, así como en marcha de medidas tendientes a potenciar y promover esta autonomía³⁸.

La construcción y potenciación de la autonomía se convierte en otra obligación inmersa en esta reforma, partiendo de la premisa que postula su comprensión no como un punto de partida sino como un punto de llegada³⁹. En esa misma línea, conviene apuntar que ha sido precisamente la constante privación de

32 Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, 204.

33 De Asis, "Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos," en *Igualdad, No Discriminación y Discapacidad. Una visión integradora de las realidades española y argentina*, coords. Ignacio Campoy Cervera y Agustina Palacios (Madrid: Dykinson, 2007), 44.

34 El Código Penal, art. 172: "El que, conociendo el estado de su víctima, practica el acto sexual u otro análogo con una persona que sufre anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia, retardo mental o que se encuentra en incapacidad de resistir, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años"

35 Patricia Cuenca, "Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los Derechos Humanos," *Revista de Estudios Políticos nueva época* 158 (2012): 103-137, 129.

36 Cuenca, "Sobre la inclusión de la discapacidad".

37 Así estableció Indecopi, en el caso de Exp. 213-2009/CPC-INDECOPI-LAM, en el que el Banco Saga Fabelbella Perú S.A. es sancionado por discriminación al negar a una cliente renovar su tarjeta de crédito, después de haber tenido la misma un derrame cerebral alegando no identificarla pese a que acudió personalmente a efectuar dicha operación.

38 Cuenca, "Sobre la inclusión de la discapacidad", 129.

39 Añon Roig, citado por Cuenca, "Sobre la inclusión de la discapacidad", 129.

oportunidades a las personas con discapacidad para ejercer la autonomía lo que ha imposibilitado el ejercicio de sus derechos y la consecución de planes de vida⁴⁰. Estas ideas se suman a las expresadas por Nino al considerar que resulta imprescindible desarrollar facultades del individuo a través de la educación para la materialización de planes de vida⁴¹.

Un proyecto ejecutado por la ONG Sociedad y Discapacidad - SODIS en alianza con la Sociedad Peruana de Síndrome de Down que tuvo el objetivo de formar redes de apoyo para la toma de decisiones de personas con discapacidad intelectual y psicosocial puede abonar en el entendimiento de la autonomía como parte de un proceso interdependiente⁴², donde la exploración constante de las preferencias de las personas y su exposición a actividades de índole educativa, social y cultural son un eje importante de este proceso.

Entre los objetivos específicos del proyecto se pretendió fortalecer la autonomía para la toma de decisiones o el uso de redes de apoyo de las personas con discapacidad participantes en su vida diaria. Para ello, se emplearon distintas metodologías que apuntaron a profundizar en el autoconocimiento de los deseos y preferencias⁴³ para luego identificar apoyos y

recursos comunitarios que les permitan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones.

Como resultado de este ejercicio, se identificó que aquellas áreas que fueron parte de la intervención, mientras que con el grupo de personas con discapacidad intelectual se evidenciaron mejoras en cuanto al desarrollo de actividades autónomas; así, por ejemplo, en el cuidado personal, colaboración con tareas del hogar, comunicación y expresión de opiniones, defensa de su privacidad y otros derechos, y movilización a pie y en transporte público. Además, se observó un reconocimiento de la importancia del uso de documentos y un uso efectivo de estos —como el DNI— y, en algunos casos puntuales, del uso de la firma. A esto se suma el que un pequeño grupo empezó a trabajar —firmando sus propios contratos y sacando tarjetas bancarias— y que uno mayor se muestra interesado en hacerlo y ha empezado a buscarlo activamente. En cuanto al manejo del dinero, las cuidadoras participantes reportan mejoras; sin embargo, la escasa exposición a este tipo de situaciones hizo que se reportaran algunas dificultades en cuanto al manejo de dinero y participación en actos como firma de contratos.

De esta forma, mientras más información fuera dispuesta de manera accesible por su entorno y el equipo, esta era recolectada por los participantes y los mismos se permitían identificar y proponer entre las diversas opciones, aquella que sería de su interés, y de equivocarse, rectificarse y cambiar su elección⁴⁴.

de actores y el Fortalecimiento de organizaciones de base comunitaria.

44 Informe Final de Evaluación al Proyecto SODIS VMT, 44. “Sí ha cambiado [mi meta] porque estaba pensando trabajar, pero ya no pienso trabajar ya, me he matriculado en el Salón de Reino y yo estoy predicando y eso también me ha dicho mi mamá que es como un trabajo para Jehová Dios (...) Me siento mejor, me siento bien conmigo misma y siento que me han ayudado a lograr mis pequeñas metas porque

40 Rafael De Asis y María del Carmen Barranco, “El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia,” en *Situaciones de dependencia, discapacidad y derechos*, coord. María del Carmen Barranco (Madrid: Dykinson, 2011), 110-111.

41 Santiago Nino, *Ética y derechos humanos*, 224.

42 Sobre autonomía relacional véase: Anita Silvers y Leslie P. Francis, “Liberalism and Individually Scripted Ideas of the Good: Meeting the Challenge of Dependent Agency,” *Social Theory and Practice* 33(2) (diciembre 2009): 311-334.

43 Entre la metodología utilizada encontramos: en la esfera individual, el Plan Centrado en la Persona (PCP), acompañamiento individual; a nivel interpersonal, talleres grupales, grupo de reflexión entre pares, reuniones de familiares; y, a nivel comunitario: el Mapeo

Por otro lado, en la evaluación de la experiencia se encontró que los participantes con discapacidad psicosocial, debido a los síntomas asociados a su condición de salud, encontraban algunas dificultades para tomar decisiones e involucrarse en actividades de la vida cotidiana que no representarían un inconveniente para cualquier otra persona. Después de la intervención se evidencian cambios en el desarrollo de estas actividades e incluso en aspectos que involucran su derecho a la salud⁴⁵.

Como se observa de esta experiencia, las personas con discapacidad intelectual y psicosocial participantes de este proyecto, por diversas circunstancias, estuvieron expuestas en menor o mayor medida a diferentes estímulos (de salud o educativos) y en diferentes entornos (familiares, sociales, laborales); esto en buena cuenta, condicionó la adquisición de algunas destrezas y capacidades. De igual forma, la percepción que tuvieron sobre ellas en estos espacios aportó en la construcción de su subjetividad. En suma, dotar de conte-

nido a esta obligación requiere de profundos cambios que deben darse en los entornos familiares, educativos y sociales para construir la autonomía desde temprana edad.

La exposición a actividades de diversa índole y con ello, el fortalecimiento de sus capacidades en todas estas esferas constituye un aditivo importante en su proceso de identificación de metas y su formación como sujetos autónomos. El rol de los apoyos es fundamental en este proceso en línea con una concepción relacional o interdependiente de la autonomía; enfrentando la posición clásica de que los sujetos toman decisiones enteramente independientes, ignorando de esta forma que la construcción individual está influenciada por diferentes y complejas relaciones sociales. En ese sentido, no existe propiamente una línea divisoria entre sujetos que pueden o no tomar decisiones autónomas, sino que la intensidad de los estímulos externos (apoyos u otro tipo de asistencia) será gradual y en ocasiones más pertinente para algunos individuos.

3. ¿Una reforma que desprotege?

El modelo propuesto por el D. Leg. no solo se ajusta a las obligaciones asumidas por el estado peruano, sino que ofrecen una respuesta más acorde con un sistema que respeta los derechos de las personas con discapacidad. A diferencia de lo sostenido, el modelo no desprotege a esta población ni vacía de contenido el resto de instituciones del derecho civil. Se regulan dos tipos de situaciones macro: i) Aquellas en las que la persona con discapacidad puede manifestar su voluntad, y ii) Aquellas en las que no puede manifestar su voluntad, pese a haberse puesto en práctica medidas de accesibilidad, ajustes, y otras pertinentes.

En el primer caso, la persona con discapacidad puede acudir a la vía notarial o judicial si desea nombrar apoyo o apoyos y decidirá si

yo no pensaba predicar de casa en casa porque soy demasiado tímida (...) Yo tenía esa pequeña meta, le dije a Brenda [facilitadora del proyecto] que tenía esa pequeña meta y me dijo "te vamos a ayudar a lograrlo", pero mi mamá me apoya, me dio ánimos y las hermanas de la congregación también me dieron ánimos para que yo dé el siguiente paso, y es mi propia decisión que yo tomé" (Participante con discapacidad intelectual).

"Yo la veo a ella con que quiere trabajar. Ella quiere trabajar, es su sueño mayor de ella, que quiere trabajar en otro sitio, esa es su inquietud de ella. Y, como le digo, yo voy a ir, voy a sacar la interdicción y después la voy a arriesgar. ¿Por qué? Porque quiero, digamos, que ella logre su sueño ¿no?". (Cuidadora)

45 "(Entrevistador: ¿Tú aceptarías un internamiento?) Si estoy mal, sí pues, pero que no sea por mucho tiempo. Sí y también que no me golpeen allá (...) Sí, sí, yo también dije que... si me internan de que sea en el [Hospital] Valdizán (...) De que no me golpeen, de que no me metan... de que no me pongan... muchas ampollas así porque a cada rato ponían ya lo que son las ampollas, a cada rato". (Participante con discapacidad psicosocial)

estos ejecutan su rol con o sin representación. Conforme a lo establecido en el decreto legislativo materia de análisis, los apoyos prestan asistencia en la comunicación, la comprensión de los actos y sus consecuencias, así como en la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.⁴⁶ Los apoyos son voluntarios y las personas con discapacidad pueden rechazarlos.

El segundo caso involucra a personas cuya voluntad no ha sido posible obtener, pese a haberse empleado medidas de accesibilidad y ajustes razonables para lograr tal fin; en este caso interviene únicamente el juez cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de los derechos de la persona con discapacidad. El procedimiento y los criterios en esta designación han sufrido un cambio radical, se suprime la lista taxativa de potenciales curadores y los apoyos serán designados en base a la cercanía, confianza, relación de convivencia, o amistad, que sostengan con la persona a ser asistida⁴⁷.

Adicionalmente, el juez podría nombrar a estos apoyos, asignándoles funciones de representación⁴⁸. Muchos críticos encontraban una inconsistencia en nombrar apoyos para personas que no pudieran manifestar voluntad; no obstante, la normativa habilita que es-

tos puedan actuar con representación cuando así lo determine el juez, evitando, de esta forma, poner en una situación de desprotección a quienes necesiten ser parte de actos jurídicos que involucren sus propios derechos o la garantía de sus intereses.

Entre las particularidades de este nuevo esquema, la figura de las salvaguardias también es introducida en el ordenamiento jurídico, su finalidad está orientada al respeto de los derechos, la voluntad y preferencias de las personas que reciben apoyo, para así evitar situaciones de abuso e influencia indebida en que puedan incurrir los apoyos designados⁴⁹. En suma, se propone un sistema donde las figuras de apoyos y salvaguardias funcionan de forma articulada, su nombramiento responde a criterios de proporcionalidad, y la finalidad de ambas está inscrita en el respeto de la voluntad y preferencias de la persona.

Adicionalmente, se incluye el criterio de la mejor interpretación de la voluntad de la persona asistida que deberá ser puesto en práctica en los casos de designación judicial excepcional de apoyos. El régimen anterior habilitó que los curadores ejecuten su rol en función del *mejor interés* de la persona con discapacidad, o lo que sus representantes consideraron como el mejor interés. Actualmente, se exige que los apoyos desarrollen su rol bajo la mejor interpretación posible de la voluntad, preferencias e historia de vida de la persona a la que apoyan.

Se ha cuestionado también que es imposible hacer una reconstrucción de este tipo en los casos que comprometen a personas con profundas discapacidades intelectuales o psicosociales; sin embargo, suelen ser las personas más cercanas a las personas con discapa-

46 Decreto Legislativo 1384, Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, Artículo 659-B. Definición de apoyos.

47 Decreto Legislativo 1384. Cabe mencionar que además, conforme el artículo 659-E, el juez no podrá designar como apoyos a personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual.

48 Decreto Supremo que aprueba el Reglamento que regula el ortorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, aprobado mediante Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP, artículo 11.- de la facultad de representación.

49 Decreto Legislativo 1384, artículo 659-G: Salvaguardias para el adecuado desempeño de los apoyos

cidad quienes mejor conocen sus intereses y preferencias, incluso en aquellos casos donde estas no se pueden expresar verbalmente con claridad. Esta tarea involucra un ejercicio interpretativo pero resulta más garantista a la contemplada anteriormente; diversas herramientas que puedan dar luces sobre estas preferencias e intereses; y podrán valorarse oportunamente, por ejemplo, los testamentos⁵⁰, la designación anticipada de apoyos, las directivas anticipadas⁵¹, el documento de reconocimiento de apoyo, entre otros.

Tal como sostiene Michael Bach, es necesario abogar por una noción de la agencia humana donde se atribuya intención a nuestras acciones y se apele a la capacidad autobiográfica que puede ser expresada por la persona o reconstruida por terceros⁵² así, menciona:

Podemos construir un reconocimiento más sólido e inclusivo de lo que significa tener capacidad mental y tomar decisiones sobre la base de los siguientes criterios: i) capacidad para expresar voluntad e intención al menos a otros que conocen bien y pueden conferir o atribuir agencia a mis actos cuando nos describen a terceros; y ii) Ser capaz de contar personalmente “quien soy, la historia de mi vida con valores, objetivos, necesidades y desafíos, o disponer de una comunidad de personas que me conocen y valoran para que ellos lo hagan por mí,

al mismo tiempo, usar esa coherencia narrativa para ayudar a guiar las decisiones que ponen en marcha mis intenciones⁵³.

Finalmente, es importante observar que existe una prelación en la utilización de mecanismos reconocidos por la reforma. En principio, garantizar medidas de accesibilidad, acceso a apoyos y ajustes para la obtención de la voluntad y solo ante la imposibilidad de esta obtención, emplear la técnica de la mejor interpretación de la voluntad de las personas. A modo de ejemplo, podemos mencionar el caso recaído en el expediente 02413-2019-0-1001-JR-FC-03 (de designación de apoyos) que sirve como un ejemplo del agotamiento de estas medidas que condujeron a obtener una manifestación de voluntad de una persona que bajo un análisis “estándar” habría sido ubicada en la segunda situación. De haberse dado, que ante el agotamiento de estas medidas no se hubiera logrado obtener una declaración de voluntad, habría operado la interpretación de las preferencias de la persona en base a su historia.

El proceso de designación de apoyos del caso en cuestión fue solicitado por los padres de una mujer de 36 años, en atención de que la misma no podía expresar tal voluntad, pues a partir de un traumatismo encéfalo craneano grave y una posterior operación no pudo volver a hablar ni moverse significativamente, permanecía en cama y era asistida por sus padres, hermanas y una enfermera. El juez, conforme a lo sugerido por el equipo multidisciplinario, tomó los ajustes razonables de realizar la audiencia en su domicilio, utilizar un lenguaje sencillo y apoyarse para la comunicación de una facilitadora (psicóloga en esta oportunidad). Al interactuar con la joven, con los ajustes mencionados, pudo establecer que

50 Cabe destacar el trabajo desplegado por la notaria Rosalía Mejía quien ha incorporado algunas herramientas para dar cuenta de la voluntad y preferencia de las personas. Véase Rosalía Mejía Rosasco, *La implementación de la Convención de las Personas con Discapacidad en la función notaria* (Lima: Colegio de Notarios de Lima, 2019).

51 El reglamento de la ley de salud mental en su cuarta disposición complementaria final introduce la planificación anticipada de decisiones.

52 Bach, “El derecho a la capacidad jurídica”, 83

53 Bach, “El derecho a la capacidad jurídica”.

podía entender lo que le decían y emitir respuestas a preguntas concretas con gestos y algunos sonidos para que se le entienda lo que quería decir. A través de una serie de preguntas en lenguaje sencillo se recabó que deseaba de apoyos, que su hermana tramite lo que corresponde a sus seguros; que sus padres mantuvieran su cuidado y atención; y que su padre la represente de presentarse algún proceso judicial, dándole todas las facultades de representación. Así fue tomada la declaración en audiencia y registrada por video, y fue posible establecer como apoyos para los actos correspondientes con la voluntad de la persona, y las salvaguardias correspondientes para el efectivo y correcto funcionamiento de los mismos⁵⁴.

Como se observa, la reforma ofrece múltiples escenarios y una variedad de medidas que podrán aplicarse para resguardar los derechos y la voluntad de las personas con discapacidad, incluyendo a aquellas cuya condición es más severa e inclusive en los casos límite como los supuestos de coma. Si bien, parte de las críticas a la reforma han insistido en que riesgosamente “se crearía” o “inventaría” una voluntad de quien “no la posee”,⁵⁵ el punto central, es entonces, rescatar y asumir como valiosa la voluntad de las personas con discapacidad; en los casos en que esta no pueda ser

identificada, se evaluarán otros criterios como la historia de vida, manifestaciones previas, o el acudir a personas que puedan reconstruir estos deseos. Pese a los retos inmersos en la puesta en práctica de esta reforma, esta se perfila como un esquema más garantista en contraposición con la figura previa de sustitución en la toma de decisiones.

4. A modo de conclusión

En el Perú este cambio de paradigma a pesar de haberse generado legislativamente hace casi dos años, se encuentra aún en una etapa de reconocimiento y asimilación, y es que, a diferencia de cualquier otro cambio legal de índole formal, el presente involucra el replanteamiento de varios conceptos teóricos previos en torno titularidad de derechos y algunos postulados vinculados particularmente al derecho de capacidad jurídica de personas con discapacidad intelectual y psicosocial.

En lugar de remover un derecho a sus potenciales portadores por no alcanzar estándares médicos, la reforma apuesta por reconocer la titularidad de este derecho al margen de la discapacidad; la diferencia sustancial radica en las medidas que se disponen para hacer posible la toma de decisiones y la participación en actos jurídicos de diferente complejidad consistentes en un sistema de apoyos y salvaguardias que actuarán conforme a la voluntad y preferencias de las personas. Para su plena materialización se requiere aún de un trabajo proactivo por parte de diversos actores para trabajar desde la percepción del anteriormente ‘débil’ y hoy ‘autónomo’, hasta la capacitación de los actores a quienes el sistema jurídico asigna como aplicadores: jueces, abogados, fiscales y sociedad civil involucrada.

Como hemos expresado, esta reforma significa un gravitante paso hacia la garantía de

54 Caso resuelto por el juez Edwin Bejar del Tercer Juzgado de Familia de Cusco, con sentencia del 21 de agosto de 2019.

55 Castillo y Chipana, “La pésima nueva regulación”, 48: “¿Será viable la existencia de un apoyo para una persona que —como en el caso referido— es absolutamente incapaz?; ¿no será mejor nombrar a un representante para esa persona absolutamente incapaz? Para entender estas interrogantes pongámonos en la situación de las personas que carecen de discernimiento y, por ende, que no pueden manifestar de manera alguna su voluntad; ¿si una persona carece de discernimiento, tiene algún sentido que se le nombre un “apoyo” o será mejor que dicha persona tenga un representante? Lo lógico es lo segundo, porque justamente para casos como estos es para los que existe la figura de la curatela”.

los derechos fundamentales de este grupo social, que como todo cambio de tal magnitud exige posteriores acomodaciones y re-comprensiones. Finalmente, la consolidación de esta regulación se sumará como un antece-

dente para la consecución de sociedades más igualitarias, remediando la discriminación histórica que el ordenamiento jurídico peruano conservaba para con las personas con discapacidad.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, Robert y García Figueroa, Alfonso. *Star Trek y los derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- Bach, Michael. “El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa”. En *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, coords. Francisco Bariffi y Agustina Palacios. Buenos Aires: EDIAR, 2011.
- Castillo, Mario y Chipana, Jhoel. “La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.” *Gaceta Civil y Procesal Civil*, 65 (noviembre 2018), 45-50.
- Castro, Ximena. “Salud mental sin sujeto. Sobre la expulsión de la subjetividad de las prácticas actuales en salud mental.” *Revista CS Ciencias Sociales*, 11 (enero 2013).
- Cuenca, Patricia. “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los Derechos Humanos.” *Revista de Estudios Políticos nueva época*, 158 (2012), 103-137.
- Fernández Sessarego, Carlos. *Derecho de las Personas. Análisis de cada artículo del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Instituto Pacífico, 2016.
- Ferrajoli, Luigi. “Los fundamentos de los derechos fundamentales”. En: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- Kant, Immanuel. “Fundamento de la metafísica de las costumbres.” *Excelsior*, 146 (1939).
- Mejía Rosasco, Rosalía. *La implementación de la Convención de las Personas con Discapacidad en la función notaria*. Lima: Colegio de Notarios de Lima, 2019.
- Nino, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*. Buenos Aires: Astrea, 1989.
- Nussbaum, Martha C. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona: PAIDOS Estado y Sociedad, 2012.
- Organización de las Naciones Unidas. *Observación General N° 1 “Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley” del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)*, 2014.
- Quinn, Gerard. “Personalidad y Capacidad Jurídica: Perspectivas sobre el cambio de paradigma del artículo 12 de la CDPD”. Conferencia impartida en el Seminario “CDPD Disability and Legal Capacity Under the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, 2010.
- Quinn, Gerard y Degener, Theresia. *Derechos Humanos y discapacidad, Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. Nueva York y Ginebra: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2002.
- Rubio Correa, Marcial. *El ser humano como persona natural*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.
- Robert, Sebastián; Reculé, Juan I. y Prato, Juan A. “Evaluación de la capacidad del paciente para emitir un consentimiento válido: ¿es posible la estandarización?” *Rev. Med. Chile* (2016).

Sosa, Juan Manuel. *Necesidades humanas básicas y fundamentación de los derechos*. Saarbrücken: Editorial Académica Española, 2017.

Vega Mere, Yuri. “La reforma del régimen legal de los sujetos débiles made by Mary Shelley: notas al margen de una novela que no pudo tener peor final.” *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 64 (octubre 2018), 27-45.

Jurisprudencia:

Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia N° 2235-2004-AA/TC.

Sentencia de expediente 25158-2013-0-1801-JR-CI-02 proceso de amparo, Tercera Sala Civil de la Corte Superior del Cusco.

Sentencia de expediente 02413-2019-0-1001-JR-FC-03 Proceso de designación de apoyos, Tercer Juzgado de Familia de la Corte Superior del Cusco.

Normativa:

Constitución Política del Perú.

Código Penal.

Código Civil.

Decreto Legislativo 1384, Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

Ley 29973, Ley General de las Personas con Discapacidad.

