

FACULTAD DE
DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS



Carrera de Derecho y Ciencias Políticas

“LEGISLACION CIVIL PERUANA Y EL DERECHO
COMPARADO SOBRE EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD
JURIDICA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD QUE
NO PUEDEN MANIFESTAR SU VOLUNTAD”

Tesis para optar el título profesional de:

ABOGADO

Autor:

Jorge Roberto Silva Lopez

Asesor:

Dr. Emilio José Balarezo Reyes

Trujillo - Perú

2020

DEDICATORIA

A todos aquellos hombres y mujeres libres,
que a pesar de vivir sumidos en un sueño
profundo y prolongado merecen tener
un trato con equidad y dignidad.

AGRADECIMIENTO

A mi padre Jesús y a mi madre Nelly, por sus ejemplos de vida,
a mi hermano Orlando, por brindarme su amor fraternal,
a mi amada esposa Jessica, por estar siempre a mi lado,
y a mis hijos Jorge y Natalia, por ser la luz de mi vida.

Tabla de contenidos

| | |
|--|-----------|
| DEDICATORIA..... | 2 |
| AGRADECIMIENTO..... | 2 |
| ÍNDICE DE TABLAS..... | 4 |
| ÍNDICE DE FIGURAS..... | 5 |
| CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN..... | 6 |
| 1.1. Realidad problemática..... | 6 |
| 1.2. Formulación del problema..... | 15 |
| 1.3. Objetivos..... | 15 |
| 1.4. Hipótesis General..... | 15 |
| CAPÍTULO II. METODOLOGÍA..... | 16 |
| 2.1 Tipo de investigación..... | 16 |
| 2.2. Población y muestra (Materiales, instrumentos y métodos)..... | 16 |
| 2.3. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos..... | 18 |
| 2.4. Procedimiento de recolección de datos..... | 19 |
| 2.5. Consideraciones éticas..... | 20 |
| CAPÍTULO III. RESULTADOS..... | 21 |
| 3.1. Resultado N° 1..... | 21 |
| 3.2. Resultado N° 2..... | 22 |
| 3.3. Resultado N° 3..... | 24 |
| CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES..... | 31 |
| 4.1. Discusión..... | 31 |
| 4.2. Conclusiones..... | 37 |
| REFERENCIA..... | 39 |
| ANEXOS..... | 41 |

ÍNDICE DE TABLAS

| | |
|----------------------|----|
| Tabla 1 | 16 |
| Tabla 2 | 21 |
| Tabla 3 | 23 |
| Tabla 4 | 25 |
| Tabla 5 | 27 |
| Tabla 6 | 27 |
| Tabla 7 | 28 |
| Tabla 8 | 29 |

ÍNDICE DE FIGURAS

| | |
|----------------------------|----|
| Ilustración 1 | 22 |
| Ilustración 2 | 24 |
| Ilustración 3 | 26 |

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

1.1.1. Descripción del Problema

Las personas con discapacidad mental intelectual severa han sido víctimas de negación al ejercicio de sus derechos civiles, acentuando un enfoque paternalista sobre dichas personas, irónicamente, dichas vulneraciones se amparaban en instituciones jurídicas, como la interdicción y la curatela.

En diciembre del 2006 se aprueba la Convención sobre los Derechos para Personas con Discapacidad, la misma que fue ratificada por el estado peruano el 2008, pasando a formar parte de la normativa nacional, asimismo, el año 2012 se promulga la Ley General de las Personas con Discapacidad, la misma que no era aplicada para personas con discapacidad mental e intelectual severa. En el 2018 entró en vigor Decreto Legislativo 1384 que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que los demás, inaplicando las categorías jurídicas de incapacidad absoluta e incapacidad relativa.

Dentro del universo de la discapacidad, existen personas impedidas de discernir debido al deterioro mental e intelectual que padecen en forma permanente, las mismas que según la actual legislación civil, han pasado de ser incapaces legalmente a tener capacidad de ejercicio plena, lo cual no parece coherente, asimismo cuando la persona con discapacidad no puede manifestar su voluntad, el juez está en la potestad de designarle un apoyo con medidas de salvaguardias, restringiendo su capacidad de ejercicio, lo cual contradice la misma norma, por lo tanto la modificatoria al código civil adolece de claridad y coherencia.

La justificación de la investigación se sustenta en la necesidad de comprender el tratamiento de la capacidad de ejercicio en las personas con discapacidad mental e intelectual que no pueden manifestar su voluntad, como si se contemplan expresamente en

la mayoría de legislaciones civiles internacionales, por ello se busca determinar la regulación de la legislación civil peruana ante la falta de coherencia y claridad sobre el tratamiento de la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mental e intelectual que no pueden manifestar su voluntad y se recurre al análisis comparado, mediante el estudio de los alcances doctrinarios y las legislaciones civiles internas de Italia y Argentina sobre la capacidad de ejercicio. Finalmente, la investigación debe servir como un precedente y respuesta académica para comprender el nuevo tratamiento de capacidad jurídica y poder abrir las puertas a un mayor debate en el ámbito jurídico y social sobre el nuevo tratamiento jurídico para garantizar el ejercicio de derechos civiles y el nuevo enfoque de derechos humanos.

1.1.2. Antecedentes

En la presente investigación de la Universidad Carlos III de Madrid, titulada “Discapacidad y capacidad jurídica en el ordenamiento jurídico del Perú a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad”, la autora Magaly Rosaura Arredondo Bastidas (2018), aporta a la presente investigación manifestando la necesidad del cumplimiento íntegro del artículo 12 de la Convención, el cual implica el cambio de modelo de tratamiento jurídico de la discapacidad, sin llegar a negar la capacidad de goce ni la de ejercicio de la persona, además afirma la posibilidad de afrontar los casos de discapacidad severa sin renunciar al modelo social.

En la tesis de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo: “La legislación peruana para personas con discapacidad frente al ejercicio de derechos civiles en función a la igualdad ante la ley” la autora Montenegro Villegas, Juanita Zadeth (2018), aporta a la presente investigación en hacer una distinción en los casos de discapacidad severa, para quienes debe tomarse en cuenta la representación, pero con un enfoque distinto al de sustitución de la voluntad, asimismo afirma que la aplicación de la interdicción debe contemplar el

aseguramiento del ejercicio de la capacidad jurídica en las personas que pueden expresar su voluntad.

En la tesis de la Universidad Privada del Norte: “Paradójica designación de un apoyo frente a la institución jurídica de la curatela en la celebración de un acto jurídico”, la autora Costales Saucedo Neida Esther (2019), aporta a la presente investigación cuestionando la figura jurídica de los apoyos con representación, en donde la institución del curador crea mayor seguridad y protección jurídica, asimismo no se puede considerar que las personas con discapacidad severa posean capacidad de ejercicio plena, por el contrario, lo que existe es una capacidad de ejercicio restringida.

En la tesis de la Pontificia Universidad Católica del Perú titulada “Aplicando la reforma del Código Civil: Capacidad Jurídica y Salvaguardias”, la autora Sharon Geraldine Bustamante Arce (2019), aporta a la presente investigación, manifestando que la reforma al Código Civil, se ajusta a lo establecido en el artículo 12 de la Convención, sin embargo existe desconocimiento por parte de los jueces, quienes optan por la designación de apoyos con amplia representación sin las medidas de salvaguardias que brinden protección a las personas con discapacidad severa, por lo que “podríamos continuar con un sistema de curatela en las sombras” (pag.23), lo cual implica una restricción a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad severa.

En la tesis de la Universidad de Navarra “Modificación de la Capacidad y Sistemas de Apoyos a la Luz de la Convención de los Derechos de Personas con Discapacidad”, el autor Carlos Loizu Onieva (2018) refiere que luego de la entrada en vigor de la administración de apoyo en la legislación civil italiana, fue planteada una cuestión de constitucionalidad para determinar los criterios de aplicación y diferenciarlo de la declaración de incapacitación, la cual fue resuelta por la Corte Constitucional dejando a la

incapacitación como una situación residual y a la administración de apoyo como una institución en donde la capacidad de ejercicio de la persona no se ve modificada.

En la tesis de la Universidad Empresarial Siglo 21: “Sistemas de apoyos a personas con capacidad restringida: alcances y supuestos en el ordenamiento jurídico argentino” el autor Federico Alejandro Cohen (2017), aporta a la presente investigación, afirmando que los apoyos podrían tomar decisiones por las personas con discapacidad severa cuando estos no puedan manifestar su voluntad, teniendo en consideración las preferencias de la persona. Asimismo, ante la afirmación que los apoyos resultan ineficaces, es materia de análisis y toma de medidas correctivas para que puedan adecuarse a las necesidades de las personas, toda vez que la naturaleza de los sistemas de apoyos será siempre más beneficioso que la sustitución en la toma de decisiones por parte del curador.

1.1.3. El artículo 12 de la Convención de Derechos para Personas con Discapacidad

El igual reconocimiento como persona ante la ley queda prescrito en el artículo 12 de la Convención de Derechos para Personas con Discapacidad, el cual establece 5 párrafos que deben ser cumplidos, asimismo, pretende ser el medio por el cual se establecen los elementos específicos para que los estados partes garanticen el derecho a la igualdad ante la ley en favor de las personas con discapacidad, sin distinción. (2014). La descripción de dichos elementos pasa por el reconocimiento tanto de la personalidad jurídica como el reconocimiento de la capacidad jurídica, asimismo los estados deben brindar la accesibilidad a los apoyos y a las medidas de salvaguardias referentes al ejercicio de la capacidad jurídica y finalmente los estados partes deben tomar las acciones necesarias para garantizar el ejercicio y la protección al derecho patrimonial, así como el acceso a créditos financieros para personas con discapacidad.

Al reconocer la personalidad jurídica, se está reconociendo la titularidad del sujeto de derecho ante la ley o como menciona González Ramos (2010) el reconocimiento de la personalidad jurídica constituye un prerequisite para el disfrute de todos los derechos contemplados dentro de un ordenamiento jurídico, es decir se allana el camino legal para acceder a la capacidad jurídica.

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014) puntualiza que el reconocimiento de la capacidad jurídica, es la disposición fundamental para acceder a una verdadera inclusión social de las personas con discapacidad, para lo cual debe entenderse a la capacidad jurídica como la titularidad de derechos y obligaciones “y” la facultad de ejercerlos, sin tener que llegar a una negación de ese ejercicio por razones de falta de capacidad mental (Pag.4).

Asimismo, Agustina Palacios (2017) sostiene que el artículo 12 de la Convención, se sustenta en un modelo de apoyo en la toma de decisiones, en el cual el cuestionamiento no debe consistir si las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica, sino por el grado de apoyo que necesitan para ejercer sus derechos y que se puede hacer al respecto, es aquí en donde se requiere la participación del estado.

Asimismo, el artículo 12.3 de la Convención, obliga a los estados partes a proporcionar apoyos a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Si bien es cierto el apartado no indica la forma ni la intensidad del “apoyo”, es justamente debido a que este puede variar notoriamente dependiendo de la persona, para lo cual señala la Observación General N°1 (2014) que debe respetarse la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas, como lo contempla el artículo 3 inciso d del texto convencional.

En cuanto a las salvaguardias, establecido en el párrafo 4, se establece que son “medidas” orientadas al ejercicio de la capacidad jurídica, las mismas que deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. A lo cual Patricia Cuenca refiere que las salvaguardias son el mecanismo que se anticipan ante cualquier abuso que pudiera presentarse, incluso de los mismos apoyos (Pag.76). Sin lugar a dudas las medidas salvaguardias son el complemento idóneo y necesario a los apoyos.

Finalmente, la Convención sostiene que se debe respetar el derecho a ser propietario y a heredar, brindar la accesibilidad a créditos bancarios y que las personas con discapacidad puedan controlar sus asuntos económicos, asimismo los estados deben tomar medidas para que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes.

1.1.4. Ley General para Personas con Discapacidad

La ley N° 29973 Ley General para Personas con Discapacidad es el primer acercamiento jurídico de la legislación civil peruana, luego de la ratificación de la Convención de Derechos para Personas con Discapacidad por parte del estado peruano, el mismo que contempla el reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y establece que el código civil debe regular el sistema de apoyos en la toma de decisiones, no obstante, se aplicaba las categorías de incapacidad absoluta y relativa contempladas en el Código Civil. Asimismo, en su inciso 9.2, prescribe los derechos a ser garantizados como derecho a la propiedad, a heredar, a contratar, acceso a seguros en igualdad de condiciones, préstamos bancarios, hipotecas, derecho a contraer matrimonio y el derecho a decidir por su sexualidad y fertilidad, es decir la persona con discapacidad mental e intelectual tiene derecho a su identidad y no ser esterilizado. (Art. 9)

1.1.5. Legislación civil peruana sobre Capacidad de Ejercicio antes de la Modificatoria al Código Civil

El código civil peruano antes de la promulgación del Decreto Legislativo 1384 establece que “tiene plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles, las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44” (Art. 42), por lo cual, la capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad, salvo los supuestos sobre incapacidad absoluta e incapacidad relativa.

Además, los supuestos de incapacidad recaían sobre las personas que por cualquier causa se encuentran privados de discernimiento, los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad (Art. 43 y 44). A lo mencionado, Varsi-Rospigliosi & Torres-Maldonado, (2019) refieren que la interdicción y la curatela tenían como finalidad la celebración de actos que brinden efectos jurídicos válidos, a través de la sustitución de toma de decisiones, lo cual significaba la negación de la inclusión social de las personas con discapacidad mental e intelectual.

Finalmente coexistían tres situaciones jurídicas por las que pueden transitar las personas con discapacidad, dependiendo de su estado mental e intelectual o como menciona Castillo Freyre & Chipana Catalán (2018) “en materia de capacidad jurídica, en teoría existen tres grandes escenarios: capacidad plena, incapacidad absoluta e incapacidad relativa” (pag.46).

1.1.6. Ámbito de aplicación de la administración de apoyo – Legislación civil italiana

Inmaculada Vivas Teson (2012) refiere que, con la incorporación del administrador de apoyo al código civil italiano, se crea el problema para la doctrina y la jurisprudencia de poder definir el ámbito de aplicación de la administración de apoyo y la declaración de incapacitación (pág. 64). Como lo precisa Paloma de Barrón en referencia a la Sentencia de

la Corte de Casación italiana de 26 de octubre de 2011, en la cual el juez de segunda instancia inicia el proceso para declarar incapaz a una persona con síndrome de Down severo, en la que el hermano había solicitado que se le declare administrador de apoyo para asistirlo en actos cotidianos y sustituirlo en la toma de decisiones referente a sus bienes, dicho proceso fue ratificado por el Tribunal de Turín y luego de comprobarse la imposibilidad de interactuar con su entorno se le aplica la medida de protección de interdicción por el Tribunal Constitucional. No obstante, en la Corte de Casación, el juez señala que la flexibilidad de la medida, sumado a que el hermano veía por su persona desde la minoría de edad, que el patrimonio del incapaz es mínimo y que el sujeto a imponer la medida menos gravosa no iba a poner objeción, declara al hermano como su administrador de apoyo. Hay que agregar que la convivencia de los hermanos era de toda la vida (págs. 1616-1617). Esta sentencia es una demostración del tratamiento jurisprudencial desarrollado por las cortes italianas sobre el alcance de la administración de apoyo, con lo que cada vez más se limita la aplicación de la interdicción y la inhabilitación.

1.1.7. Definiciones Conceptuales

• Persona con discapacidad que no puede manifestar su voluntad

El Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP - Reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, establece que la persona con discapacidad que no puede manifestar su voluntad es “aquella persona con discapacidad que, a pesar de contar con las medidas de accesibilidad, utilizar ajustes razonables, y realizar los esfuerzos reales, considerables o pertinentes, no logra establecer comunicación e interacción con su entorno” (Art. 2.8)

• Concepto de Apoyo

El Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP establece que el apoyo es una forma de asistencia libremente elegida por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de actos que produzcan efectos jurídicos, en el marco de sus derechos. Puede recaer en una o más personas naturales, personas jurídicas sin fines de lucro o instituciones públicas. (Art. 9.1)

• **Facultad de representación del apoyo**

El Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP establece sobre representación:

En el caso de la designación excepcional de apoyos prevista en el artículo 659-E del Código Civil, el/la juez/a puede otorgar facultades de representación a los apoyos, en caso que, habiéndose realizado los esfuerzos reales, considerables y pertinentes, y prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, no se haya obtenido una manifestación de voluntad de la persona que recibirá el apoyo. Asimismo, debe verificar que las facultades de representación sean necesarias para el ejercicio y protección de sus derechos. La facultad de representación ejercida por la persona de apoyo, se realiza respetando los derechos de la persona que cuenta con apoyo y conforme al criterio de la mejor interpretación de la voluntad.

En caso se otorguen facultades de representación, la escritura pública o sentencia de designación de apoyo, debe establecer, de manera expresa, los actos para los cuales se faculta dicha representación. La persona designada como apoyo tiene la obligación de actuar respetando los derechos, la voluntad y preferencias de la persona que cuenta con apoyo. (Art. 11.2 y 11.3)

• **Legislación comparada**

Hernández (2017) considera a la legislación comparada como una ciencia que estudia al Derecho, sus principios y normas para comprobar sus manifestaciones en un tiempo determinado, comprendiendo la existencia de la comparación directa de las diferentes legislaciones. (Pag. 33-34).

1.2. Formulación del problema

¿De qué manera la legislación civil peruana y la legislación comparada inciden en el tratamiento de la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mental e intelectual que no pueden manifestar su voluntad?

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

Determinar de qué manera la legislación civil peruana y la legislación civil comparada inciden en el tratamiento de la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mental e intelectual que no pueden manifestar su voluntad.

1.3.2. Objetivos específicos

1. Analizar la regulación de la legislación civil italiana sobre la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mental e intelectual que no pueden manifestar su voluntad.
2. Identificar la regulación de la legislación civil argentina sobre la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mental e intelectual que no pueden manifestar su voluntad.
3. Describir la regulación de la legislación civil peruana sobre la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mental e intelectual que no pueden manifestar su voluntad.

1.4. Hipótesis General

La legislación civil peruana garantiza la capacidad de ejercicio en las personas con discapacidad mental e intelectual que no pueden manifestar su voluntad sin restricciones expresamente establecidas en su normativa, mientras que las legislaciones civiles de Italia y Argentina contemplan expresamente restricciones a la capacidad de ejercicio en las personas con discapacidad mental e intelectual que no pueden manifestar su voluntad.

CAPÍTULO II. METODOLOGÍA

2.1 Tipo de investigación

La presente investigación es básica, la misma que se realiza con la finalidad de obtener conocimientos y nuevos aportes teóricos, se utilizó el método cualitativo, permitiendo comprender e interpretar las variables de la investigación. El diseño de la investigación tiene un alcance descriptivo comparativo, que según Hernández “se selecciona una serie de cuestiones y se mide o recolecta información sobre cada una de ellas, para así describir lo que se investiga” (2010), con lo cual se busca describir el tipo de regulación que han adoptado las legislaciones civiles de Italia y Argentina y que semejanzas diferencias existen con el tratamiento jurídico adoptado por la legislación civil nacional frente al objeto el estudio.

2.2. Población y muestra (Materiales, instrumentos y métodos)

Arias, (2006) sostiene que la población “Es un conjunto finito o infinito de elementos con características comunes para los cuales serán extensivas las conclusiones de la investigación. Esta queda delimitada por el problema y por los objetivos del estudio” (p. 81). Según Hernández (2010) sostiene que “La muestra es en esencia, un sub grupo de la población. Digamos que es un subconjunto de elementos que pertenecen a ese conjunto definido en sus características al que llamamos población”. (p. 175) Se ha tenido como criterio de exclusión a legislaciones que pertenecen a la Convención de Derechos para Personas con Discapacidad y que han modificado sus regímenes de capacidad jurídica de sus respectivos códigos civiles acorde al modelo de apoyos. En nuestra investigación de tipo jurídico se han integrado como población a un conjunto de leyes que tiene naturaleza jurídica similar, como son los regímenes de capacidad jurídica. Se ha escogido como tipo de muestra la no probabilística, a decir de Hernandez, (2010) la “muestra no probabilística o dirigida Subgrupo de la

población en la que la elección de los elementos no depende de la probabilidad, sino de las características de la investigación”.

Tabla 1

Cuadro de Unidad de Análisis: Población y Muestra

| UNIDAD DE ANALISIS | POBLACION | MUESTRA | CRITERIO DE JUSTIFICACION |
|------------------------|--|--|--|
| Tratado Internacional | Convención de Derechos para Personas con Discapacidad | Artículos 12° | El criterio escogido para dicho artículo se justifica en la presencia de la variable de estudio. |
| Norma nacional | Título II Derecho de las Personas (Código Civil Peruano) | Artículos 3°; artículo que reconoce la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad | El criterio escogido para dicho artículo se justifica en la presencia de la variable de estudio. |
| | Título V – Libro I de Personas Capacidad e Incapacidad de ejercicio (Código Civil Peruano) | Artículos 42°, que reconoce la capacidad de ejercicio plena de las personas con discapacidad | El criterio escogido para dichos artículos se justifica en la presencia de la variable de estudio. |
| Normas Internacionales | Libro III de Familia - Título II – Capitulo IV Instituciones supletorias de amparo | Art. 659-E y 659-G, artículos que garantizan el ejercicio de la capacidad jurídica | El criterio escogido para dichos artículos se justifica en la presencia de las instituciones supletorias de amparo. |
| | Libro Uno - De las Personas y la Familia - Título I - De las personas físicas Código Civil Italiano (1942) | Artículos 2° - Capacidad de obrar. | El criterio escogido para dichos artículos se justifica en el análisis de la legislación civil italiana sobre el ejercicio de la capacidad jurídica. |

| | | | |
|------------------------------|--|---|---|
| | Libro Uno - De las Personas y la Familia - Título XII - Medidas de protección para personas que carecen total o parcialmente de autonomía Código Civil Italiano (1942) | Artículos 404°, 414°, 415° | El criterio escogido para dichos artículos se justifica en el análisis de la legislación civil italiana sobre las medidas de protección en el ejercicio de la capacidad |
| | Capítulo 2 Capacidad – Libro Primero. Parte General del Código Civil y Comercial de la Nación (2014) | Artículos 23°, 24°, 32°, 43°. | El criterio escogido para dichos artículos se justifica en el análisis de la legislación civil argentina sobre el ejercicio de la capacidad jurídica. |
| Opinión de expertos peruanos | Abogados en Derecho Civil, Constitucional y en materia de discapacidad. | 4 Abogados en Derecho Civil, Constitucional y en materia de discapacidad. | El criterio de selección se justifica en la experiencia académica y profesional sobre las variables materia de la investigación. |

2.3. Técnicas e instrumentos de recolección y análisis de datos

2.3.1. Técnicas de recolección de datos

Carrasco (2013) señala que constituye el conjunto de reglas y pautas que guían las actividades que realizan los investigadores en cada una de las etapas de la investigación científica. Las técnicas como herramientas procedimentales y estratégicas suponen un previo conocimiento en cuanto a su utilidad y aplicación, de tal manera que seleccionarlas y elegir las resulte una tarea fácil para el investigador (pág. 274)

Se ha escogido como técnica de recolección de datos, a la observación de fuente documental, fichaje bibliográfico y a la entrevista.

2.3.2. Instrumentos de recolección de datos

- **Análisis documental:** Se ha elegido como instrumento de recolección de datos, al análisis de fuente documental, que consta del análisis doctrinario, teórico y normativo de carácter nacional e internacional, relacionados con las variables y los objetivos del estudio de la investigación. Según Hernández (2014) afirma sobre el análisis documental: que es el análisis doctrinario y teórico, que se da en función de libros, revistas, tesis, fuentes de internet, legislación y doctrina respecto al tema de investigación. Dichas fuentes documentales tienen una aproximación doctrinal, teórica y normativa actualizada.
- **Fichas bibliográficas:** Utilizando dicho instrumento se ha podido realizar un correcto análisis de las variables de la investigación científica, llegando a obtener información de relevancia en el presente estudio para lo cual se ha extraído las citas textuales de importancia para la presente investigación.
- **Análisis del formato de la entrevista:** Dicho instrumento recoge la experiencia académica y profesional de los expertos sobre la presente investigación.
- **Análisis de las legislaciones Comparadas:** Por medio de este instrumento se ha podido obtener la relación de la legislación civil peruana y las legislaciones comparadas sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

2.4. Procedimiento de recolección de datos

Para la presente investigación se procedió a efectuar la recolección de datos, siendo relevantes los últimos trabajos de investigación relacionados a las variables de la investigación, los textos normativos nacionales e internacionales. Asimismo, con la finalidad de lograr un correcto procesamiento de datos, se ha utilizado la doctrina nacional e internacional, lo cual ha brindado sustento a la justificación de la hipótesis, mediante sus posturas jurídica en relación a las variables de la investigación.

Además, fue necesario la opinión de los expertos nacionales, teniendo en cuenta su experiencia jurídica para obtener un adecuado procesamiento de datos, lo cual permitió un mayor nivel de discusión para así justificar la hipótesis de la investigación.

• Procedimiento de tratamiento y análisis de datos

Después de haberse realizado la recolección de datos, se procedió a seleccionar los datos que se consideró necesarios para la presente investigación, luego de lo cual se organizó en cuadros, asimismo se procedió a ordenar las respuestas de las entrevistas a los expertos, para lo cual se utilizaron cuadros comparativos, describiendo los resultados obtenidos en dichas entrevistas realizadas. Asimismo, se interpretó los resultados, procediendo a contrastar los resultados con los antecedentes y citas de autores para finalmente, arribar a las conclusiones.

2.5. Consideraciones éticas

La presente investigación cumple con emplear fuentes confiables en la recolección de información que constan de antecedentes, bases teóricas, legislaciones nacionales e internacionales, las mismas que han sido recopiladas personalmente por el autor, además se ha considerado en forma integral el uso de las normas APA para la redacción de la investigación, asimismo se ha cumplido con el formato de tesis exigido por la Universidad Privada del Norte.

CAPÍTULO III. RESULTADOS

Los resultados en la presente investigación buscan determinar la incidencia de la legislación civil peruana y las legislaciones civiles italiana y argentina en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual que no pueden manifestar su voluntad, para lo cual se procederá a determinar el régimen de la capacidad jurídica de las legislaciones civiles de Italia, Argentina y Perú, las cuales se encuentran normadas dentro de sus respectivos códigos civiles.

3.1. Resultado N° 1

El presente resultado obedece al objetivo específico planteado: Determinar la regulación de la legislación civil italiana sobre la capacidad de ejercicio en las personas con discapacidad mental e intelectual que no pueden manifestar su voluntad. El régimen jurídico de la capacidad de la persona se encuentra regulada en el Codice Civile de 1942.

Tabla 2

Cuadro de la regulación de la legislación civil italiana sobre el ejercicio de la capacidad jurídica en las personas con discapacidad que no puede manifestar su voluntad.

Art. 2. Capacidad de obrar: *La mayoría de edad se establece en los dieciocho años. Con la mayoría de edad se adquiere la capacidad para realizar todos los actos para los que no se establece una edad diferente (Art. 2)*

MEDIDAS PARA LA PROTECCIÓN DE PERSONAS QUE CARECEN TOTAL O PARCIALMENTE DE AUTONOMÍA

Art. 404. Administración de apoyo: *La persona que como consecuencia de una dolencia o deficiencia física o psíquica no pueda parcial o temporalmente atender sus propios intereses, puede ser asistida por un administrador de apoyo, designado por el juez tutelar del lugar donde este tiene su residencia o domicilio. (Art. 404)*

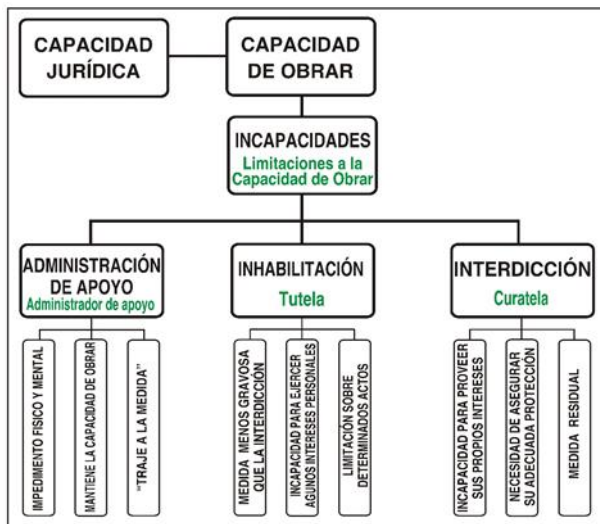
Art. 414. Personas que pueden ser declaradas interdictos. *El mayor de edad y el menor emancipado que se encuentra en condiciones de habitual enfermedad mental que le imposibilita el sustento de sus propios intereses, será declarado interdicto cuando sea necesario asegurar su adecuada protección. (Art. 414)*

Art. 415. Personas que pueden ser declaradas inhabilitados. *El adulto con enfermedad mental, cuyo estado no sea tan grave como para dar lugar a la interdicción puede ser declarado inhabilitado. (Art. 415)*

El código civil italiano reconoce la capacidad de obrar a también llamada capacidad de ejercicio o de derecho, a lo cual Francesco Messineo afirma que “la capacidad de ejercicio es la aptitud para adquirir y para ejercitar con la propia voluntad, o sea por sí solo, obligaciones jurídicas, esto es, celebrar actos jurídicos” (pág. 109) además cuando las personas tenga una discapacidad mental o intelectual parcial o total, establece tres medidas tuitivas en favor del beneficiario: la administración de apoyo, el cual es de aplicación para personas con discapacidad temporal que no puedan valerse por sí mismos, esta medida rige desde el año 2004, asimismo se contempla la declaración de inhabilitación cuando la gravedad de la discapacidad de la persona implique que no es necesario la declaración de interdicción, y finalmente para los casos más extremos, la declaración de interdicción, el mismo que se aplica para las personas con discapacidad mental e intelectual que no puedan velar por su autocuidado personal ni patrimonial.

Ilustración 1

Régimen de la Capacidad Jurídica (Codice Civile 1942)



3.2. Resultado N° 2

Los resultados obtenidos obedecen al objetivo específico planteado: Determinar la regulación de la legislación civil argentina sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las

personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad, por lo cual se recurre al Código Civil y Comercial de la Nación (2014).

Tabla 3

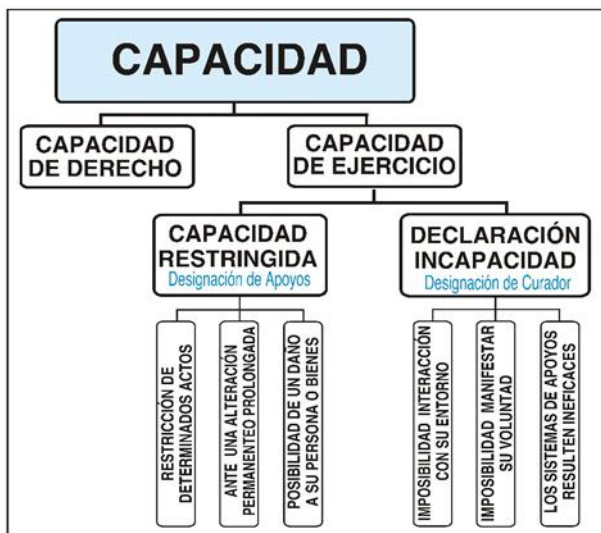
Cuadro sobre la regulación de la legislación civil argentina sobre el ejercicio de la capacidad jurídica en las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad

| |
|--|
| <p>“Artículo 23. Capacidad de ejercicio Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial” (Art. 23)</p> |
| <p>Artículo 24. Personas incapaces de ejercicio Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión. (Art. 24)</p> |
| <p>Artículo 31. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a) la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento 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 medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e) la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con 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. (Art. 31)</p> |
| <p>Artículo 32. Persona con capacidad restringida y con incapacidad 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 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. (Art. 32)</p> |
| <p>Art. 100. Representación Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí. (Art. 100)</p> |
| <p>Artículo 138. La curatela se rige por las reglas de la tutela no modificadas en esta Sección. La principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud. Las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas preferentemente a ese fin. (Art. 138)</p> |

El régimen de la capacidad de las personas establece a la capacidad de derecho como la titularidad de posiciones jurídicas y a la capacidad de ejercicio como la posibilidad de ejercer esa titularidad, contemplando la posibilidad de declarar la incapacidad de ejercicio en sentencia judicial. Asimismo, el juez puede restringir el ejercicio de ciertos actos de las personas con alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, para lo cual deberá designar un apoyo idóneo al caso en concreto, a fin de evitar un posible daño personal y patrimonial. No obstante, en forma excepcional, la persona al encontrarse “absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad” (Art. 31) y en donde los apoyos resulten ineficaces, el juez podrá declarar la incapacidad de la persona, nombrándole un curador para que lo represente y a través de este, ejerza sus derechos.

Ilustración 2

Régimen de la Capacidad (Código Civil y Comercial de la Nación 2014)



3.3. Resultado N° 3

El presente resultado obedece al objetivo específico planteado: Determinar la regulación de la legislación civil peruana sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad, para lo cual se considera la normativa

del Código Civil modificado por el Decreto Legislativo 1384 y las entrevistas a abogados concedores del problema de la investigación.

Tabla 4

Cuadro sobre la regulación de la legislación civil peruana sobre el ejercicio de la capacidad jurídica en las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad.

Artículo 3.- Capacidad jurídica *Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida. (Art. 3)*

Artículo 42.- Capacidad de ejercicio plena *Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad. Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad. (Art. 42)*

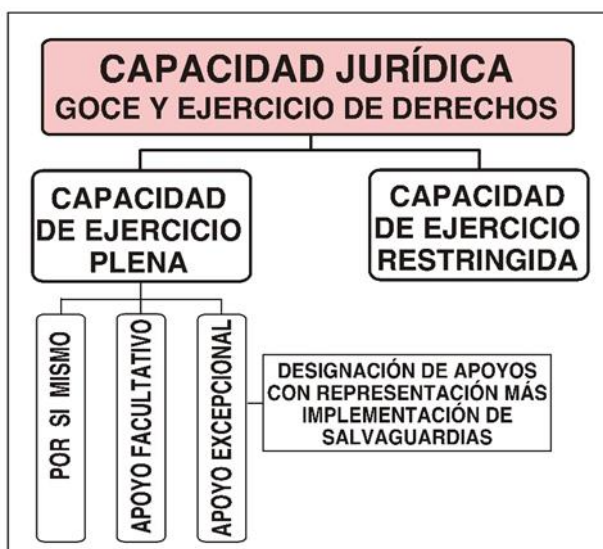
Artículo 659-E.- Excepción a la designación de los apoyos por juez *El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44. Esta medida se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de habersele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos. El juez determina la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que requiere apoyo. Asimismo, fija el plazo, alcances y responsabilidades del apoyo. En todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida. No pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual. El proceso judicial de determinación de apoyos excepcionalmente se inicia por cualquier persona con capacidad jurídica. (Art. 659-E)*

Artículo 659-G Salvaguardias para el adecuado desempeño de los apoyos *Las salvaguardias son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas. La persona que solicita el apoyo o el juez interviniente en el caso del artículo 659-E establecen las salvaguardias que estimen convenientes para el caso concreto, indicando como mínimo los plazos para la revisión de los apoyos. El juez realiza todas las audiencias y diligencias necesarias para determinar si la persona de apoyo está actuando de conformidad con su mandato y la voluntad y preferencias de la persona. (Art. 659-G)*

Teniendo en consideración la tabla N° 4, que en su artículo 3 establece que todo sujeto de derecho tiene capacidad jurídica no solo para la titularidad de sus derechos, sino también para el ejercicio de los mismos, asimismo, el artículo 42 establece que todas las personas tienen capacidad de ejercicio plena, incluidas las personas con discapacidad, además, se establece la excepcionalidad en la designación de apoyos, por parte de un juez para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad (Art.659-E), para lo cual se deben implementar medidas de salvaguardias para el adecuado desempeño de los apoyos (659-G).

Ilustración 3

Régimen de la Capacidad Jurídica (Código Civil modificado Decreto Legislativo 1384)



Se recoge la opinión de expertos, para lo cual se contó con la participación de: entrevistado N° 1: Juez Superior Titular de la Primera Sala Especializada en Civil de La Libertad - Dr. Carlos Alberto Anticona Luján, entrevistada N° 2: Fiscal Provincial Provisional del Distrito Fiscal de La Libertad - Dra. Dora Milagros Vela Rengifo, entrevistada N° 3: Abogada especialista en materia constitucional - Dra. Marina Marill Del Águila, entrevistada N° 4: Docente en la Universidad Cesar Vallejo y Procuradora de la Municipalidad Provincial de Trujillo - Dra. Ana María Ríos Negreiros.

Tabla 5

Respuesta de la pregunta 1 por parte de los entrevistados

| | |
|---|---|
| <p>1. ¿Cuál es su opinión sobre el nuevo enfoque de la capacidad jurídica para el goce y ejercicio de los derechos contemplado en el modificado Código Civil por el D.L. 1384?</p> | |
| <p>Respuesta del entrevistado N° 1: El nuevo enfoque de capacidad jurídica pretende considerar a la persona con discapacidad severa como sujeto de derecho en forma más activa. Desde la idea que todos somos capaces, se crea la figura del apoyo y las salvaguardias, especialmente para aquellos que no pueden expresar su voluntad con toda claridad y que de esta manera puedan ejercer sus derechos.</p> | <p>Respuesta del entrevistado N° 2: La capacidad jurídica para el goce y ejercicio de los derechos, se encuentra acorde a las exigencias de la Convención, antes del Decreto Legislativo 1384 nadie discutía si las personas con discapacidad psicosocial debían ser declaradas interdictas, justamente creo que la norma se ha dado para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de los que no pueden discernir.</p> |
| <p>Respuesta del entrevistado N° 3: El Decreto Legislativo 1384 y su reglamento constituyen las herramientas idóneas que garantizan la autonomía, la participación e inclusión de las personas con discapacidad en el ejercicio de todos los derechos humanos, asimismo resulta no sólo adecuada sino indispensable, pues advertíamos que el precepto constitucional que reconoce el respeto de la dignidad de la persona y el derecho a la igualdad no se cumplía en el caso de las personas con discapacidad mental e intelectual.</p> | <p>Respuesta del entrevistado N° 4: Reconocer la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad forma parte del paradigma de la discapacidad como lo manda la Convención y debe tratarse desde una perspectiva de derechos humanos y no como lo establecía la doctrina tradicional del derecho civil, en donde el que puede discernir es capaz y el que no debe ser declarado incapaz.</p> |
| <p>Comentario: En la respuesta de los entrevistados coinciden que la promulgación del Decreto Legislativo 1384 está en concordancia con el artículo 12 de la Convención, dentro de un enfoque de derechos humanos, con lo cual se les reconoce como sujetos de derechos, la misma que es positiva e indispensable para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente, de los no pueden manifestar su voluntad.</p> | |

Tabla 6

Respuesta de la pregunta 2 por parte de los entrevistados

2. ¿Cuál es su opinión acerca de la designación de los apoyos y las medidas de salvaguardias en función al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad?

| | |
|--|---|
| <p>Respuesta del entrevistado N° 1: Creo que la función de los apoyos es respetar la toma de decisiones de las personas con discapacidad y si este no puede o tiene dificultades para manifestar su voluntad, entonces el juez tendrá que interpretar su voluntad, bajo esa perspectiva los apoyos y salvaguardias garantizaran el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual que no pueden manifestar su voluntad.</p> | <p>Respuesta del entrevistado N° 2: Los apoyos deben brindar asistencia a las personas con discapacidad para tomar decisiones en el ejercicio de su capacidad jurídica teniendo en cuenta las preferencias de las personas, así como la manifestación de voluntad. Considero, además, que los apoyos no solo garantizan el ejercicio de sus derechos, sino también los protegen.</p> |
|--|---|

| | |
|---|--|
| <p>Respuesta del entrevistado N° 3: Los apoyos constituyen el paradigma que busca promover y maximizar la autonomía, independencia y participación de las personas con alguna discapacidad en la adopción de sus propias decisiones, con el apoyo de su voluntad cuando lo requiera. Los sistemas de apoyos y salvaguardias han sido regulados dentro de nuestra legislación para proteger y garantizar los actos que realicen las personas con discapacidad mental e intelectual.</p> | <p>Respuesta del entrevistado N° 4: En la actual legislación se prevé a los apoyos y las medidas de salvaguarda, para poder ayudar a las personas que lo requieran en el ejercicio de los derechos que la norma lo indica, la idea sería que el apoyo se realice en todos los actos de sus vidas.</p> |
|---|--|

Comentario: En la respuesta de los entrevistados coinciden que los apoyos y salvaguardias forman parte del paradigma de la discapacidad, basado en el respeto a principios como la autonomía y respeto a la dignidad humana, en donde ya no solo se busca proteger a la persona sino garantizar el ejercicio de sus derechos civiles, respetando la toma de decisiones, la manifestar su voluntad y las preferencias de la persona.

Tabla 7

Respuesta de la pregunta 3 por parte de los entrevistados

3.Cuál es su opinión sobre las restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad antes de la promulgación del Decreto Legislativo 1384?

| | |
|---|---|
| <p>Respuesta del entrevistado N° 1: Hemos estado muchos años con un sistema nefasto, en el cual se postraba y se le quitaba la condición de sujeto de derecho a la persona con discapacidad y se convertía en un objeto de derecho, es decir se les sustituía la facultad de toma de decisiones, una vez que se nombraba al curador nunca más sabíamos de él ni del discapacitado. Necesitamos un cambio de chip en los operadores jurídicos en relación al paradigma de la discapacidad.</p> | <p>Respuesta del entrevistado N° 2: No tiene sentido que utilicemos una institución cuya finalidad es restringir la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, la función del curador era proteger a la persona y administrar sus bienes, los apoyos y salvaguardias deben asegurar la autonomía y la protección de la persona y de sus bienes, son situaciones distintas.</p> |
| <p>Respuesta del entrevistado N° 3: La interdicción y la curatela tenían como objetivo la representación de las personas que poseían algún tipo de discapacidad mental o intelectual, para suplirlas en el ejercicio de su capacidad jurídica, resultando que dichas personas pasaron a conformar un sector invisible dentro de la sociedad, al haberseles negado el ejercicio de su capacidad jurídica para adoptar sus propias decisiones en el ámbito personal, y sin tener la posibilidad de participar en los asuntos públicos, a través del ejercicio de otros derechos fundamentales.</p> | <p>Respuesta del entrevistado N° 4: El hecho de representar a una persona en todos los actos de su vida es una vulneración flagrante a los derechos de las personas con discapacidad. Si bien es cierto la Interdicción no suspende todos tus derechos, cuando vamos a la práctica podemos ver que otra persona que es el curador, decide por el interdicto en absolutamente todo, privándolo de tomar sus propias decisiones.</p> |
| <p>En la respuesta de los entrevistados coinciden que las restricciones a la capacidad de ejercicio están relacionadas a instituciones jurídicas como la interdicción y la curatela, las mismas que no garantizaban el ejercicio de los derechos civiles de la persona con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad, por el contrario al nombrar un representante que decida por la persona, se les privaba de tomar sus propias decisiones por lo cual se les eliminaba toda posibilidad de participar en sociedad.</p> | |

Tabla 8

Respuesta de la pregunta 4 por parte de los entrevistados

4. ¿Cuál es su opinión sobre las limitaciones al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad en la actual legislación civil peruana?

| | |
|---|--|
| <p>Respuesta del entrevistado N° 1: El reglamento del Decreto Legislativo 1384 da las pautas para minimizar cualquier limitación que se pueda presentar en el ejercicio de los derechos, pero todo ha cambiado, ahora la norma indica que la persona con discapacidad debe ir de la mano con el apoyo en los actos con efectos jurídicos. A raíz de la modificatoria del código civil, no se contemplaban las medidas de salvaguardia durante el proceso de adecuación de apoyos, los jueces utilizando los criterios de la resolución de interdicción emitían la resolución de reconocimiento de capacidad jurídica, con lo cual las resoluciones elevadas por consulta, regresaban a los juzgados para que el juez tome las medidas pertinentes, es así que los jueces empezaron a tomar en cuenta la voluntad de la persona y si era necesario el informe multidisciplinario y en base a estos ajustes se emitía una resolución de designación de apoyos y salvaguardias.</p> | <p>Respuesta del entrevistado N° 2: La pretensión de la Convención es reemplazar a las restricciones a la capacidad de ejercicio bajo el modelo de sustitución de la voluntad, por las medidas de salvaguardias al ejercicio de la capacidad jurídica, contando con el sistema de apoyos en la toma de decisiones, si es necesario interpretando la voluntad de la persona, lo cual a mi parecer es más equilibrado. Cuanto más se desarrolle los sistemas de apoyos y salvaguardias menos serán las limitaciones al ejercicio de los derechos civiles de las personas que tengan dificultad para expresar su voluntad. Finalmente quiero precisar que la restricción a la capacidad de ejercicio, la incapacidad absoluta o la incapacidad relativa son términos jurídicos que van a ir quedando en el pasado conforme vayamos implementando mejor las recomendaciones de la Convención.</p> |
| <p>Respuesta del entrevistado N° 3: En la actual normativa se considera la voluntad y preferencias de las personas para evitar restricciones a la capacidad de ejercicio, por ello, el juez tiene la función de hacer una interpretación de la voluntad de la persona y considerar sus preferencias. El artículo 3 del Código Civil prescribe la capacidad jurídica para el goce y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, descartando toda posibilidad de restringirla y en la actual legislación se establece la plena capacidad de ejercicio, en nuestra normativa ya se eliminó las restricciones.</p> | <p>Respuesta del entrevistado N° 4: Diría que la representación es la que está limitada a ciertos actos en la vida de las personas con discapacidad severa, el desempeño de los apoyos cuenta con el control de las salvaguardias para proteger los derechos civiles, sobre todo los derechos de índole económico y patrimonial. No creo que la modificación al código civil surta efectos inmediatos, por lo que es posible que ciertas restricciones se puedan presentar, hay que estar pendientes a la aplicación de la norma.</p> |

Comentario: En la respuesta de los entrevistados mencionan que justamente lo que se busca es eliminar las restricciones a la capacidad de ejercicio, teniendo en cuenta en primer lugar a los apoyos y salvaguardias y estos deben considerar criterios como las preferencias y la voluntad de la persona, en todo caso la implementación de este sistema es nueva en nuestra legislación, por lo que necesita un tiempo prudencial para que podamos ver los resultados esperados.

CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

4.1. Discusión

Las limitaciones en la presente investigación estuvieron dadas por la imposibilidad de solicitar expedientes en la Corte Superior de Justicia de La libertad sobre el objeto de la investigación por causas de la Pandemia Covid-19, asimismo se procedió a contactar a los entrevistados, con quien se tuvo reuniones virtuales para reforzar las entrevistas realizadas lo cual significó una falta de interacción con el entrevistado al momento de recepcionar sus opiniones.

4.1.1. Discusión N° 1

La presente discusión obedece al primer objetivo específico planteado: Determinar la legislación civil italiana sobre la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad que carecen de autonomía. Según los resultados obtenidos en la tabla N° 2, el código civil italiano establece que la capacidad jurídica es inherente al ser humano, que según Ferrajoli, citado por Franciskovic Ingunza, (2019) "capacidad jurídica debe poder hablarse...de la idoneidad de la persona para convertirse en titular de cualquier situación: no solo de derechos y deberes sino también de responsabilidades y poderes, tanto privados como públicos" (pag.141) y el reconocimiento de la capacidad de ejercicio se adquiere con la mayoría de edad, asimismo establece tres instituciones tutelares a las que denominan "medidas de protección". Desde el año 2004 se ha incorporado la institución jurídica de la administración de apoyo, la misma

que inicialmente era de aplicación a las personas con discapacidad física o psíquica y que no puedan atender sus intereses en forma temporal. La administración de apoyo innovó, no solo el derecho italiano, sino que sirvió de ejemplo al derecho comparado, que hasta ese entonces aplicaba únicamente el modelo tradicional de sustitución de la voluntad y con la incorporación de la nueva institución, dio paso a la toma de decisiones asistida (Martínez Calvo, pág. 44). Asimismo, se mantiene a la interdicción para las personas impedidas por su situación mental e intelectual de atender su persona y la de sus bienes y finalmente la institución de la inhabilitación, cuando la situación del deterioro mental o intelectual amerita aplicar una medida menos invasiva que la interdicción. Esto quiere decir que el legislador italiano al incorporar la administración de apoyo a su código civil, inicio un nuevo planteamiento para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con algún tipo de impedimento físico o mental de carácter transitorio, sin alterar la capacidad de ejercicio de la persona, no obstante, mantiene las instituciones tradicionales de sustitución de la voluntad. Los resultados mencionados fueron contrastados con Loizu (2018), quien refiere que la Corte Constitucional ha establecido, a través de sus pronunciamientos jurisprudenciales, la competencia de las instituciones jurídicas de la interdicción para una situación residual, es decir para casos de discapacidad extremo, severo o muy difícil; y a la administración de apoyo en donde las personas puedan ejercer sus derechos civiles sin modificar su capacidad de ejercicio a pesar de la discapacidad mental e intelectual que adolece. Actualmente el ámbito de aplicación del sistema de apoyo en la legislación italiana es mayor, llegando a aplicarse en personas con discapacidad habitual que no pueden manifestar su voluntad, a lo cual Inmaculada Vivas Tesón refiere que la normativa italiana no llega a delimitar con precisión hasta donde se puede aplicar la interdicción y la administración de apoyo, teniendo por un lado a la declaración de incapacidad, cuya característica principal es la rigidez, mientras que por otro lado la flexibilidad o como se

menciona es un traje a la medida de la persona y su discapacidad (2012). A decir de Barrón Archines (2013) si bien es cierto la incorporación del administrador de apoyo al código civil ha llegado por parte del legislador, son los jueces tutelares quienes a través de su desarrollo jurisprudencial han minimizado la aplicación de la interdicción, con lo cual parte de los doctrinarios italianos piden una reforma en la cual se elimine a la incapacitación, buscando con esto un mayor desarrollo del administrador de apoyo (pág. 1620),

A lo antes mencionado, sumado a los resultados obtenidos, preciso que los pronunciamientos jurisprudenciales han demostrado que las personas con discapacidad mental e intelectual severa puedan ejercer sus derechos civiles con la asistencia del administrador de apoyo, pese a la complejidad y diversidad que significa adolecer de alguna discapacidad mental e intelectual severa, con lo cual se pretendería eliminar toda restricción a la capacidad de ejercicio.

4.1.2. Discusión N° 2

La presente discusión obedece al segundo objetivo específico planteado: Identificar la regulación de la capacidad de ejercicio de la personas con discapacidad mental e intelectual severa en la normativa civil argentina, para lo cual se obtuvo los resultados en la tabla N° 3, en donde el régimen de la capacidad de las personas establece a la capacidad de derecho como la titularidad de posiciones jurídicas y a la capacidad de ejercicio como la posibilidad de ejercer esa titularidad, contemplando la posibilidad de restringir la capacidad de ejercicio en ciertos actos específicos cuando la discapacidad ponga en peligro a la persona o a sus bienes, asimismo se establece declarar la incapacidad cuando las personas estén imposibilitadas de interactuar con su entorno, manifestar su voluntad y cuando los sistemas de apoyo resulten ineficaces, para lo cual se designará a un curador. A lo cual, Marcelo Garate refiere que “la incapacidad de derecho tiene que ver con el impedimento de la

realización de determinados actos, que impliquen adquirir obligaciones, un buen ejemplo de ello, es la limitación para la celebración de un contrato” (pág. 154) Esto quiere decir que el legislador argentino ha tomado en cuenta la situación mental e intelectual de la persona, al momento de legislar y establecer las restricciones a la capacidad de ejercicio, haciendo una distinción entre la persona que puede discernir de la persona que no lo puede hacer, con lo cual el tratamiento jurídico de la discapacidad se encuentra entre el modelo médico rehabilitador y el modelo social.

Los resultados mencionados fueron contrastados con Cohen (2017), quien afirma que los apoyos podrían decidir por las personas con discapacidad que no pueden interactuar con su entorno, tomando en consideración la interpretación de la voluntad y las preferencias de la persona, o como refiere Patricia Cuenca en referencia a los apoyos “pueden llegar a consistir en la práctica en decidir por la persona y no con la persona. Pero no se trata de una sustitución en la toma de decisiones similar a la existente en los sistemas de incapacitación” (pág. 75), además refiere que deben determinarse las causas de la ineficacia de los sistemas de apoyos, corregirlas y adecuarlas a las necesidades de las personas, toda vez que la naturaleza de los sistemas de apoyos en la toma de decisiones será siempre más beneficioso que la sustitución de la toma de decisiones por parte del curador, a lo que Martínez (2017) refiere que si bien es cierto, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha avanzado en materia de respeto a la autonomía de la persona, todavía no ha concluido plenamente con plasmar el modelo de apoyos en la toma de decisiones, al mantener la declaración de incapacidad propia del modelo de sustitución de la voluntad para personas con discapacidad psicosocial severa, por lo cual queda pendiente sentencias vinculante en las que se expongan los alcances de los apoyos. A todo lo mencionado conjuntamente con los resultados presentados, preciso que la persona con discapacidad mental e intelectual severa, imposibilitada de exteriorizar su

voluntad, no puede ser privada de un sistema de apoyo, ni limitada para ejercer sus derechos civiles, con lo cual se elimina toda posibilidad de una verdadera inclusión social.

4.1.3. Discusión N° 3

La presente discusión obedece al tercer objetivo específico planteado: Determinar la regulación de la legislación civil peruana sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad, para lo cual se obtuvo como resultado en la tabla N° 4, que todo sujeto de derecho tiene capacidad jurídica no solo para el goce de sus derechos, sino también para el ejercicio de los mismos, es decir la opinión del maestro Marcial Rubio Correa quien refiere que “la capacidad de goce de los derechos es una atribución que tiene la persona, en el sentido de ser titular de derechos jurídicamente establecidos” (pág. 149), mientras que “la capacidad de ejercicio es la atribución de la persona de ejercitar por si misma los derechos a los que tiene capacidad de goce” (Pag.150); según la actual legislación queda ensamblado en una sola definición sobre capacidad jurídica. asimismo, se establece que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad de ejercicio, inclusive las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad, para quienes se establece la excepcionalidad en la designación de apoyos, por parte del juez y se implementan medidas de salvaguardias para el adecuado desempeño de los apoyos. Esto quiere decir que el legislador peruano ha eliminado toda restricción a la capacidad de ejercicio por motivos de discapacidad, con la intención de garantizar el ejercicio de los derechos civiles, con lo cual se pretende la participación de la persona en todos los ámbitos de su vida.

De la misma forma, los abogados entrevistados, coinciden que el nuevo tratamiento normativo de la capacidad jurídica (tabla N° 5) tiene un enfoque de derechos humanos, el mismo que se encuentra en concordancia con el artículo 12 de la Convención, la opinión del

entrevistado N° 1 quien refiere que el nuevo enfoque de capacidad jurídica pretende considerar a la persona con discapacidad mental severa como un sujeto de derecho más activo, los entrevistados también concuerdan que la designación de los apoyos y las medidas de salvaguardias (tabla N° 6) garantizan y protegen la capacidad de ejercicio de los derechos civiles de las personas con discapacidad, a lo cual la entrevistada N°3 refiere que la regulación busca proteger y garantizar los actos que realicen las personas con discapacidad mental e intelectual. Además, los resultados encontrados en la tabla N° 7 y N° 8 indican que los entrevistados coinciden en afirmar que las inaplicadas instituciones jurídicas de la interdicción y la curatela restringían la capacidad de ejercicio de la persona con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad, asimismo, coinciden en afirmar que en la actual legislación, las limitaciones pueden presentarse, pero que las condiciones jurídicas son distintas a las establecidas en la sustitución de toma de decisiones, debido a que se toma en consideración la interpretación de la voluntad y preferencias de la persona.

Esto quiere decir que nuestra legislación ha adoptado un nuevo tratamiento sobre capacidad jurídica, contemplado por la Convención de Derechos para Personas con Discapacidad, lo que significa que no solo se limita a reconocer a la persona como sujeto de derechos, sino que este sujeto puede y debe ejercer sus derechos, lo cual significa un enfoque diametralmente opuesto a la sustitución de la toma de decisiones.

Los resultados obtenidos fueron confrontados con lo que menciona Arredondo, quien manifiesta la necesidad del cumplimiento de lo establecido en el artículo 12 de la Convención de derechos para Personas con Discapacidad, el cual implica un cambio de modelo de tratamiento jurídico de la discapacidad, por ende, se debe respetar la capacidad de goce y la de ejercicio de la persona con discapacidad mental e intelectual, además abre la posibilidad de afrontar los casos de discapacidad severa sin renunciar al modelo social (2018). A lo cual Bariffi (2014) afirma que la nueva concepción de capacidad jurídica tiene

una finalidad garantista, la cual debe ser interpretado como la protección ante cualquier limitación al ejercicio a la capacidad jurídica y que no conlleve a la declaración de interdicción o nombramiento de un curador bajo el modelo médico rehabilitador. En adición a lo afirmado, Bregaglio & Constantino refieren que las limitaciones a la capacidad de ejercicio en el caso de las personas impedidas de expresar su voluntad tienen un enfoque en función a la interpretación de la voluntad y a las preferencias de la persona y su aplicación es exclusiva al ejercicio de los derechos a ser garantizado (2020), para lo cual el juez debe determinar los alcances de los apoyos, así como las medidas de salvaguardias a ser contemplados. A lo antes mencionado sumado a los resultados obtenidos, preciso que el reconocimiento al nuevo tratamiento de capacidad jurídica, es la única manera que se pueda maximizar la autonomía de las personas con discapacidad que no puede manifestar su voluntad, debido a que la titularidad de derechos no está en discusión, sin embargo, el ejercicio de esa titularidad ha sido negada por motivos de discapacidad severa, por lo tanto, es el Estado quien está obligado en hacer cumplir la actual normativa sobre discapacidad, por lo que no existe espacio para restricciones avaladas por instituciones jurídicas de supresión y vulneración, sino instituciones cuya esencia jurídica y su denominación representen cambios acordes al paradigma de discapacidad.

4.2. Conclusiones

Conclusión General

La legislación civil peruana garantiza la capacidad de ejercicio en las personas con discapacidad mental e intelectual que no pueden manifestar su voluntad sin restricciones expresamente establecidas en su normativa, mientras que las legislaciones civiles de Italia y Argentina contemplan expresamente restricciones a la capacidad de ejercicio en las personas con discapacidad mental e intelectual que no pueden manifestar su voluntad.

4.2.1. La legislación civil italiana ha desarrollado un análisis jurisprudencial de las medidas de protección, con lo cual ha evidenciado la factibilidad de garantizar la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad mental e intelectual severa con la asistencia del administrador de apoyo, sin embargo, mantiene las instituciones tradicionales de la interdicción y la inhabilitación.

4.2.2. La legislación civil argentina contempla la designación de apoyos para personas con alteración mental permanente, en la cual limita la capacidad de ejercicio para determinados actos establecidos por el juez. Asimismo, establece la declaración de incapacidad en las personas absolutamente imposibilitadas de interactuar con su entorno y expresar su voluntad para quienes se designa a un curador.

4.2.3. La legislación civil peruana reconoce y garantiza el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual que no pueden manifestar su voluntad, sin restricciones expresamente establecidos en la ley, por lo cual es imprescindible la designación de apoyos en la toma de decisiones y medidas de salvaguardias.

REFERENCIA

- Altalex, D. R. (17 de Octubre de 2020). *Código Civil 2020*. Obtenido de Altalex: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>
- Arias, F. (2006). *El Proyecto de Investigación Introducción a la Metodología Científica*. Caracas, Venezuela.
- Arredondo Bastidas, M. (Junio de 2018). Discapacidad y capacidad jurídica en el Ordenamiento Jurídico a la Luz de la Convención Internacional sobre los Derechos para las Personas con Discapacidad. Getafe. Obtenido de Discapacidad y capacidad jurídica en el ordenamiento jurídico del Perú a la luz de la Convención Internacional sobre los derechos de la persona con Discapacidad
- 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*. Madrid, España.
- Barron Archines, P. (2013). La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad. *Anuario de Derecho Civil*, 66(4), 1605-1663. Obtenido de file:///C:/Users/Jorge/Downloads/Dialnet-LaAsistencia-4596114%20(2).pdf
- Bregaglio, R., & Constantino, R. (2020). UN MODELO PARA ARMAR: LA REGULACIÓN DE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Derechos Humanos*, 4, 32-59. Obtenido de file:///C:/Users/Jorge/Downloads/178-547-1-PB%20(1).pdf
- Bustamante Arce, S. (2019). Aplicando la reforma del Código Civil: Capacidad jurídica y salvaguardias. Lima, Peru. Obtenido de <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/16274>
- Carrasco, S. (2006). *Metodología de la Investigación Científica*. Lima, Peru: Editorial San Marcos.
- Castillo Freyre, M. &. (Noviembre de 2018). La pesima nueva regulacion de la capacidad juridica de las personas con discapacidad. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 65, 45-50.
- Cohen, F. A. (Mayo de 2017). Sistemas de apoyos a personas con capacidad restringida: alcances y supuestos en el ordenamiento jurídico argentino. Cordoba.
- Costales Saucedo, N. (2019). Paradójica designación de un apoyo frente a la institución jurídica de la curatela en la celebración de un acto jurídico. Cajamarca, Peru.
- Cuenca Gomez, P. (2012). El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. *REDUR*, 61-94.
- Derecho, L. P. (13 de marzo de 2020). *La capacidad jurídica en el Código Civil, a la luz de la Convención sobre derechos de personas con discapacidad*. Obtenido de LP Pasion por el Derecho: <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/pley/996040DF72BE5DD605256D440063076D?opendocument#:~:https://lpderecho.pe/la-capacidad-juridica-en-el-codigo-civil-a-la-luz-de-la-convencion-sobre-derechos-de-personas-con-discapacidad/>
- Diario Oficial El Peruano. (13 de setiembre de 2018). D.L. 1384 que Reconoce y Regula la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad en Igualdad de Condiciones. Lima, Peru.
- Franciskovic Ingunza, B. (Febrero de 2019). Los Apoyos, Ajustes Razonables y Salvaguardia para las Personas con Discapacidad. Obtenido de file:///C:/Users/Jorge/Downloads/Los%20apoyos%20y%20ajustes%20razonables_stamped.pdf
- Garate, R. M. (2017). La determinación de la capacidad jurídica, principios y procesos. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*.(47), 152-189. Obtenido de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/65995/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1

- Gonzalez Ramos, A. (2010). *Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad* (Vol. Primera Edición). Mexico. Obtenido de http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/1576/L_GonzalezRamosAK_Capacidadjuridica%20_2010.pdf?sequence=1
- Hernandez. (2010). *Metodología de la Investigación* (Vol. Quinta). Mexico.
- Hernández, R. (2017). *Derecho Comparado*. Lima: Jurista Editores. E.I.R.L.
- Ley 29973 - Ley General de Personas con Discapacidad. (24 de Diciembre de 2012). Diario Oficial El Peruano. Lima, Peru. Obtenido de <http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/29973.pdf>
- Loizu Onieva, C. (12 de Enero de 2018). Modificación de la Capacidad y Sistemas de Apoyos a la Luz de la Convención de los Derechos de Personas con Discapacidad. Pamplona, España. Obtenido de <https://core.ac.uk/download/pdf/187722726.pdf>
- Martinez Calvo, J. (s.f.). La Proteccion de las personas con discapacidad en el derecho italiano: interdizione, inhabilitaciones y amministrazione di sostegno. *Revista Española de Discapacidad*, 43-61. Obtenido de http://riberdis.cedd.net/xmlui/bitstream/handle/11181/6084/La_protecci%C3%B3n_de_las_personas_con_discapacidad_en_el_derecho_italiano.pdf?sequence=1&rd=003178872046910
- MARTÍNEZ-PUJALTE LÓPEZ, A. (Junio de 2017). CAPACIDAD JURÍDICA Y APOYO EN LA TOMA DE DECISIONES. ENSEÑANZAS DE LAS RECIENTES REFORMAS LEGISLATIVAS EN ARGENTINA E IRLAND. *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*(37), 167-192. Obtenido de <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/27148>
- Messineo, F. (1979). *Manuel de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires.
- MIMP, D.S.016. (25 de Agosto de 2019). Reglamento que Regula el Otorgamiento de Ajustes Razonables, Designación de Apoyos e Implementación de Salvaguardias para el Ejercicio de la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad. Lima, Lima, Peru: El Peruano.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos - Presidencia de la Nación. (10 de octubre de 2014). Código Civil y Comercial de la Nación – Argentina Aprobado por Ley 26.994 . Buenos Aires, Argentina: Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A. Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica. Obtenido de www.saij.gov.ar
- Montenegro Villegas, J. Z. (2018). La legislación peruana para personas con discapacidad frente al ejercicio de derechos civiles en función a la igualdad ante la ley. Lambayeque, Peru.
- Observacion general N 1, N. U. (19 de Mayo de 2014). *Comite sobre los Derechos para Personas con Discapacidad*. Obtenido de <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADica.pdf>
- Rubio Correa, M. (1992). *El ser humano como persona natural*. Lima: Fondo Editorial Pontifica Universidad Catolica del Peru.
- Tv filmacion profesional. (27 de Noviembre de 2017). Accesibilidad universal, ajustes razonables, diseño universal y medidas de acción positivas.(video). Youtube. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=vy3PAo9x-8k&t=18s>
- Varsi-Rospigliosi, E., & Torres-Maldonado, M. (diciembre de 2019). El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código Civil peruano. *Acta bioethica*, 25(2). Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2019000200199&script=sci_arttext
- Vivas Teson, I. (2012). *Más allá de la capacidad de entender y querer*. Badajoz: FUTUEX - Fundación para la promoción y apoyo a las personas con discapacidad. Obtenido de http://riberdis.cedd.net/bitstream/handle/11181/3520/mas_alla_de_la_capacidad_de_entender_y_querer.pdf?sequence=1&rd=003192411227655

ANEXOS

ANEXO N° 1.

FORMATO DE ENTREVISTA A EXPERTO

1. ¿Cuál es su opinión sobre el nuevo enfoque de la capacidad jurídica para el goce y ejercicio de los derechos contemplado en el modificado Código Civil por el Decreto Legislativo 1384?
2. ¿Cuál es su opinión acerca de la designación de los apoyos y las medidas de salvaguardias en función al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad?
3. ¿Que opina Ud. sobre las restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad antes de la promulgación del Decreto Legislativo 1384?
4. ¿Cuál es su opinión sobre las limitaciones al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad en la actual legislación civil peruana?

ANEXO N° 2

DATOS GENERALES DE LA ENTREVISTA N° 1

Especialista: Dr. Carlos Alberto Anticona Luján

Cargo: Juez Superior Titular - Primera Sala Especializada en Civil de La Libertad en el Despacho de la Primera Sala Especializada en Civil. CSJLL

Fecha de la entrevista: 10 de setiembre 2020

1. El nuevo enfoque de capacidad jurídica pretende considerar a la persona con discapacidad severa como sujeto de derecho en forma más activa. Partimos que todas las personas tenemos derechos, y que existen personas que pueden expresar su voluntad y otros no, la pregunta era: ¿Qué hacemos con las personas que no pueden expresar su voluntad? Es decir, tienen derechos, pero no pueden ejercerlos, ahora desde la idea que todos somos capaces, se crea la figura del apoyo y las salvaguardias para aquellos que no pueden expresar su voluntad con toda claridad y de esta manera poder ejercitar sus derechos.

2. Creo la función de los apoyos es respetar la toma de decisiones de las personas con discapacidad y si este no puede o tiene dificultades para manifestar su voluntad, entonces el juez tendrá que interpretar su voluntad, bajo esa perspectiva el apoyos y salvaguardias garantizaran el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental.

3. No lo creo, hemos estado muchos años con un sistema nefasto, en la cual se postraba y se le quitábamos la condición de sujeto de derecho a la persona con discapacidad y se convertía en un objeto de derecho, es decir se les sustituía la facultad de toma de decisiones, una vez que se nombraba al curador nunca más sabíamos de él ni del discapacitado. Necesitamos un cambio de chip en los operadores jurídicos en relación al paradigma de la discapacidad.

4. El reglamento del Decreto Legislativo 1384 da las pautas para minimizar cualquier limitación que se pueda presentar al ejercicio de los derechos, pero todo ha cambiado, ahora la norma indica que la persona con discapacidad debe ir de la mano con el apoyo en los actos

con efectos jurídicos. Debo decir que en un inicio después de la modificación, los jueces adecuaban la resolución de designación de apoyos, utilizando los criterios de la resolución de interdicción y nombramiento de curador, teniendo en cuenta solo el certificado médico del psiquiatra, con lo cual las resoluciones elevadas por consulta, regresaban a los juzgados para que el juez tome las medidas pertinentes, es así que los jueces empezaron a tomar en cuenta la voluntad de la persona y si era necesario el informe multidisciplinario y en base a estos ajustes para garantizar el ejercicio de la capacidad de las personas se emitía una resolución de designación de apoyos y salvaguardias.

ANEXO N° 3

DATOS GENERALES DE LA ENTREVISTA N° 2

Especialista: Dra. Dora Milagros Vela Rengifo

Cargo: Fiscal Provincial Provisional del Distrito Fiscal de La Libertad Despacho de la Segunda Fiscalía Provincial Civil y de Familia de Trujillo.

Fecha de entrevista: 06 de setiembre de 2020

1. La capacidad jurídica para el goce y ejercicio de los derechos, se encuentra acorde a las exigencias de la Convención, antes del Decreto Legislativo 1384 nadie discutía si las personas con discapacidad que pudiesen de alguna manera convencional manifestar su voluntad podían ejercer su capacidad jurídica, sin embargo tampoco se discutía que las personas con discapacidad mental e intelectual sean declaradas interdictas al margen del grado de discapacidad mental, justamente creo que la norma se ha dado para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de los que no tienen discernimiento, lo cual es todo un reto jurídico.

2. Los apoyos deben brindar asistencia a las personas con discapacidad para tomar decisiones en el ejercicio de su capacidad jurídica teniendo en cuenta las preferencias de las personas, así como la manifestación de voluntad. Considero, además, que los apoyos no solo garantizan el ejercicio de sus derechos, sino también los protegen.

3. No tiene sentido que utilicemos una institución cuya finalidad es restringir la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, la función del curador era proteger a la persona y administrar sus bienes, los apoyos y salvaguardias deben asegurar la autonomía y la protección de la persona y de sus bienes, son situaciones distintas.

4. La pretensión de la Convención es reemplazar a las restricciones a la capacidad de ejercicio bajo el modelo de sustitución de la voluntad, por las medidas de salvaguardias al ejercicio de la capacidad jurídica, contando con el sistema de apoyos en la toma de

decisiones, si es necesario interpretando la voluntad de la persona, lo cual a mi parecer es más equilibrado.

ANEXO N° 4

DATOS GENERALES DE LA ENTREVISTA N° 3

Especialista: Dra. Marina Marill Del Águila

Cargo: Docente Universitaria - Maestría en Derecho Constitucional

Fecha de la entrevista: 30 de setiembre del 2020.

1. El Decreto Legislativo 1384 y su reglamento constituyen las herramientas idóneas que garantizan la autonomía, la participación e inclusión de las personas con discapacidad en el ejercicio de todos los derechos humanos, asimismo resulta no sólo adecuada sino indispensable, pues advertíamos que el precepto constitucional que reconoce el respeto de la dignidad de la persona y el derecho a la igualdad no se cumplía en el caso de las personas con discapacidad mental e intelectual.

2. Los apoyos constituyen el paradigma que busca promover y maximizar la autonomía, independencia y participación de las personas con alguna discapacidad en la adopción de sus propias decisiones, con el apoyo de su voluntad cuando lo requiera. Los sistemas de apoyos y salvaguardias han sido regulados dentro de nuestra legislación para proteger y garantizar los actos que realicen las personas con discapacidad mental e intelectual.

3. No, la interdicción y la curatela tenían como objetivo la representación de las personas que poseían algún tipo de discapacidad mental o intelectual, para suplirlas en el ejercicio de su capacidad jurídica, resultando que dichas personas pasaron a conformar un sector invisible dentro de la sociedad, al haberseles negado el ejercicio de su capacidad jurídica para adoptar sus propias decisiones en el ámbito personal, y sin tener la posibilidad de participar en los asuntos públicos, a través del ejercicio de otros derechos fundamentales.

4. La Convención menciona que se debe tener en consideración la voluntad y preferencias de las personas para evitar restricciones a la capacidad de ejercicio, por ello, el juez tiene la función de hacer una interpretación de la voluntad de la persona y considerar sus

preferencias. El artículo 3 del Código Civil prescribe la capacidad jurídica para el goce y ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, descartando toda posibilidad de restringirla.

ANEXO N° 5

DATOS GENERALES DE LA ENTREVISTA N° 4

Especialista: Dra. Ana María Ríos Negreiros

Cargo: Docente en la Universidad Cesar Vallejo y Procuradora de la Municipalidad Provincial de Trujillo

Fecha de la entrevista: 05 de junio 2020

1. Reconocer la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad forma parte del paradigma de la discapacidad como lo manda la Convención y debe tratarse desde una perspectiva de derechos humanos y no solamente de la manera tradicional que plantea la doctrina tradicional del derecho civil, en donde el que puede discernir es capaz y el que no debe ser declarado incapaz.

2. Los apoyos deben brindar asistencia a las personas con discapacidad para tomar decisiones en el ejercicio de su capacidad jurídica teniendo en cuenta las preferencias de las personas, así como la manifestación de voluntad. Considero, además, que los apoyos no solo garantizan el ejercicio de sus derechos, sino también los protegen.

3. No, el hecho de representar a una persona en todos los actos de su vida es una vulneración flagrante a los derechos de las personas con discapacidad. Si bien es cierto la Interdicción no suspende todos tus derechos, cuando vamos a la práctica podemos ver que otra persona que es el curador, decide por el interdicto en absolutamente todo, privándolo de tomar sus propias decisiones.

4. Diría que la representación es la que está limitada a ciertos actos en la vida de las personas con discapacidad severa, el desempeño de los apoyos cuenta con el control de las salvaguardias para proteger los derechos civiles, sobre todo los derechos de índole económico y patrimonial. No creo que la modificación al código civil surta efectos

inmediatos, por lo que es posible que ciertas restricciones se puedan presentar, hay que estar pendientes a la aplicación de la norma.