

Por:  
Patricia Anahí  
Lescano Feria\*

## DETERMINACIÓN Y DESIGNACIÓN DE APOYOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. A PROPÓSITO DE LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL POR EL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1384

### Resumen

Con la publicación del Decreto Legislativo N.º 1384, Decreto legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, el 4 de setiembre del 2018, se modifican una serie de artículos del Código Civil que inciden en el tema de la capacidad. El objetivo era promover la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Por esta razón, dichas personas ya no van a ser sometidas a un proceso de interdicción; podrán tomar sus propias decisiones y llevar a cabo actos que antes no podían. Si acaso ellos no puedan desarrollar determinados actos, se podrán configurar los apoyos y salvaguardas. Estos en ningún caso sustituyen la voluntad. El objetivo de este artículo es centrarme, justamente, en dichos apoyos: su definición y determinación, así como su designación. El Código Civil hace referencia a estos puntos, pero es necesario el análisis de cada uno de ellos para comprender la figura y dar respuestas coherentes y justas a un grupo vulnerable que necesita de la atención del legislador y de la sociedad.

### Abstract

With the publication of Legislative Decree No. 1384, Legislative decree that recognizes and regulates the legal capacity of people with disabilities under equal conditions – on September 4, 2018, a series of articles of the Civil Code that affect the issue of the capacity. The objective was to promote the legal capacity of people with disabilities. For this reason, said persons will no longer be subjected to an interdiction process; they will be able to make their own decisions and carry out actions that they could not before. If perhaps they cannot develop certain acts, the supports and safeguards can be configured. These in no case substitute the will. The objective of this article is to focus, precisely, on said supports: their definition and determination;

---

\* Profesora ordinaria de Derecho Civil en la Universidad de Piura. Doctora en Derecho por la Universidad de Oviedo (España). Correo electrónico: patricia.lescano@udep.edu.pe.

Recibido: 11 de diciembre del 2020

Aceptado: 25 de enero del 2021

Determinación y designación de apoyos de las personas con discapacidad.  
A propósito de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo N.º 1384

as well as its designation. The Civil Code refers to some of these points, but it is necessary to analyze each one of them to understand the figure and give coherent and fair responses to a vulnerable group that needs the attention of the legislator and society.

**Palabras clave:** discapacidad, protección, apoyos, determinación.

**Keywords:** disability, protection, props, determination.

### Sumario

I. Definición y determinación de los apoyos. II. Designación de los apoyos. III. Excepción a la designación de apoyos. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

## I. DEFINICIÓN Y DETERMINACIÓN DE LOS APOYOS

El tema de los apoyos para las personas con discapacidad no es una novedad del Código Civil peruano, sino que ha sido la suma de varias iniciativas, sobre todo a nivel internacional. Dichas iniciativas eran buenas, pero no vinculantes; la vinculación viene con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre del 2006 en la sede de Naciones Unidas en Nueva York<sup>1</sup>. El objetivo del instrumento internacional era establecer vías que no afecten el estado civil, pero a la vez ayuden a las personas con discapacidad. En efecto, se pasó de un modelo de sustitución a un modelo de apoyos cuyo desarrollo dependería del ordenamiento jurídico de cada Estado (Varela, 2009).

Dicho modelo plantea medidas menos invasivas de la voluntad. Se busca, en realidad, promover, proteger y asegurar el pleno goce, y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad. En efecto, la discapacidad debe ser vista desde

1 Este proceso lo inició el Comité Especial. Se celebraron ocho reuniones y el 25 de agosto del 2006, en la octava sesión, durante el último día autorizado para negociar la convención propuesta, el Comité Especial la adoptó.

modelo de la diversidad<sup>2</sup>. Esto significa que la persona con discapacidad es autónoma e independiente, capaz de tomar sus propias decisiones al igual que sus conciudadanos. Si acaso necesitase apoyos, se le debe dar la oportunidad de contar con ellos sin afectar, ni sustituir, su voluntad.

La Convención de Nueva York<sup>3</sup>, en su artículo 12, ha plasmado dicho enfoque y ha determinado que los Estados parte:

Reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica; están obligados a reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, a asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas; a tomar todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y a velar por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

- 
- 2 Este modelo acoge algunos de los postulados del modelo social y vida independiente, poniendo énfasis en los conceptos de independencia y ejercicio de la libertad. Plantea que la justicia se logra entendiendo que la discapacidad es un rasgo de la diversidad humana y por tanto debe aceptarse la diferencia que implica, sin que ello conlleve a reactivar actitudes paternalistas que anulen la facultad de decisión.
  - 3 Adopta este nombre por el lugar en el que se aprobó.

Determinación y designación de apoyos de las personas con discapacidad.  
A propósito de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo N.º 1384

En consecuencia, el artículo 12 (y toda la Convención) reconoce la titularidad de derechos de las personas con discapacidad, pero también su ejercicio. Por ende, habrá que eliminar todas las barreras que impidan la toma de decisiones y donde no sea posible ello, otorgar todos los apoyos que sean necesarios para lograr el objetivo. Por tanto, no hay sustitución, sino asistencia y promoción de la autonomía de la persona que padece algún tipo de discapacidad. Es decir, para los casos en que se pueda rescatar la autonomía y el poder de decisión de la persona con discapacidad, se debe recurrir a medios que ayuden a la persona a ser capaz de tomar las riendas de su vida, así como contar con las salvaguardias necesarias contra el abuso de ese apoyo.

Los apoyos, en realidad, se pueden configurar tanto en el ámbito patrimonial, como a nivel de los derechos fundamentales. Así también, sus formas pueden ser variopintas, desde el apoyo familiar –preámbulo X–, el preferido (artículo 23.4 y 5 de la Convención); hasta un sistema asistencial. En realidad, la idea es pensar en la persona con discapacidad, en lo que necesita, en lo que le falta, en lo que quiere, etc. En fin, los apoyos deben ser como “un traje a medida”, por esa razón la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no establece una lista cerrada de las formas que puede adoptar el apoyo.

Ante lo expuesto, surge una gran pregunta: ¿el mecanismo de sustitución de la voluntad es un sistema de apoyo? En mi opinión, existen casos donde, a pesar de que se intente respetar y promover la capacidad de la persona con discapacidad, la situación es bastante grave y extrema. Aquí la única vía para proteger al sujeto es la sustitución. En este sentido, Mayor (2003) defiende esta posición cuando se refiere al sistema de protección español. Según este autor, dicho sistema no es incompatible con la Convención, porque es evidente que cuando esta habla de apoyo o apoyos de las personas con discapacidad, utiliza un término genérico que podrá acoger, sin obstáculo alguno, la pluralidad de formas e instituciones jurídicas de protección típicas de cada ordenamiento<sup>4</sup>.

Lo establecido por la Convención, no es un intento nuevo. Países como Francia e Italia también pensaron en un sistema de protección que respete la

---

4 No obstante, diversos autores opinan lo contrario. La mayoría de ellos de la rama de filosofía del derecho o derecho constitucional.

autonomía de las personas con discapacidad. En Francia, la Loi N.º 68-5, del 3 de enero de 1968, modificó íntegramente el Título XI, del Libro I, del *Code Civil*, titulado “*De la majorité et des majeurs qui sont protégés par la loi*”. El Código Civil francés, a parte de la tutela y la curatela como mecanismos de protección, reguló una novedosa figura: la *sauvegarde de justice* (Abbate, 2005), la cual no modifica la capacidad de la persona y tiene un plazo (artículo 433 del Code Civil). Asimismo, se constituye, bien por la decisión de un juez tutelar, bien por una declaración del médico al Ministerio Fiscal (artículo, L. 3211-6 del Code de la Santé Publique<sup>5</sup>).

Bajo la salvaguardia de justicia, el mayor de edad es capaz de ejercitar sus derechos (artículo 435 del Code Civil). En efecto, sus actos son válidos (de administración o disposición). Sin embargo, se pueden impugnar *a posteriori* mediante una acción de nulidad, de rescisión o acción de reducción.

De otro lado, cuando la gestión del patrimonio de la persona sometida a la salvaguardia de justicia corra riesgo de una mala gestión, es posible nombrar a un mandatario. Si no hay persona que se encargue de ello, el artículo 436 del Code Civil establece la obligación a determinados sujetos (que coinciden con los legitimados para pedir el inicio del procedimiento tutelar): cónyuge o concubino, a menos que la comunidad de vida haya cesado entre ellos; los ascendientes, descendientes, hermanos y hermanas; a la persona que mantenga lazos estables o la que ejerce una medida de protección y al Ministerio Público. También corresponde a la persona o establecimiento que acoge a la persona protegida.

En otro extremo, el artículo 437 del Code Civil establece que el juez puede designar un mandatario especial a efectos de realizar uno o varios actos

---

5 Art. L. 3211-6 del Code de la santé publique: Le médecin qui constate que la personne à laquelle il donne ses soins a besoin, pour l'une des causes prévues à l'article 425 du code civil, d'être protégée dans les actes de la vie civile peut en faire la déclaration au procureur de la République du lieu de traitement. Cette déclaration a pour effet de placer le malade sous sauvegarde de justice si elle est accompagnée de l'avis conforme d'un psychiatre. Lorsqu'une personne est soignée dans un établissement de santé, le médecin est tenu, s'il constate que cette personne se trouve dans la situation prévue à l'alinéa précédent, d'en faire la déclaration au procureur de la République du lieu de traitement. Cette déclaration a pour effet de placer le malade sous sauvegarde de justice. Le représentant de l'Etat dans le département doit être informé par le procureur de la mise sous sauvegarde.

Determinación y designación de apoyos de las personas con discapacidad. A propósito de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo N.º 1384

específicos (Wong, 2009). El juez tiene libertad para esta designación. Por ende, puede nombrar a cualquiera siempre y cuando tenga el pleno convencimiento que lo hará bien.

Finalmente, el artículo 439 del Code Civil enumera las causas de cesación de la *sauvegarde de justice*. Dentro de ellas están: 1. Por expiración del tiempo; 2. La restauración de la plena capacidad del salvaguardado; 3. Por realización de los actos para los que fue ordenada; 4. Por la transformación de la salvaguardia en una tutela o curatela.

Posteriormente, la Loi del 5 de marzo del 2007, *portant réforme de la protection juridique des majeurs*, cuya vigencia se dio en enero del 2009, conserva la salvaguardia de justicia, pero adiciona tres nuevos sistemas con el fin de descargar el sistema judicial (Fossier, 2007): el mandato de protección futura o mandato preventivo, el acompañamiento judicial y el acompañamiento social personalizado. Entiendo que en este sistema a las medidas mencionadas se las consideran como medidas de apoyo para las personas con discapacidad.

Por su parte, Italia, mediante la Ley 6/2004, de 9 de enero, instauró la figura de la *amministrazione di sostegno* en el Codice Civile. La finalidad de la ley era proteger a la persona, sin limitar su capacidad de actuar, mediante instrumentos de apoyo temporal o permanente que permitan afrontar la variedad de situaciones de debilidad y fragilidad.

*L'amministrazione di sostegno* tiene el objetivo de otorgar protección a todos aquellos que no puedan gestionar, de manera parcial o total, sus intereses debido a una enfermedad o discapacidad (física o psíquica). Esta medida no sustituye la voluntad, sino que la valora (Calò, 2004); el sujeto protegido conserva su capacidad para todo aquello que no requiera representación exclusiva o asistencia. Por esta razón, según el artículo 405 del Codice Civile, los poderes del administrador deben ser identificados puntualmente en el decreto de nombramiento. Asimismo, el administrador debe tener en cuenta los deseos y aspiraciones de la persona con discapacidad al momento de adoptar una decisión sobre él, e informarle de las acciones que piensa ejecutar (artículo 410 del Codice Civile).

Un supuesto interesante de esta medida es que la elección del administrador la puede hacer el propio interesado cuando prevea su futura discapacidad (artículo 408 del Codice Civil). El elegido suele ser, generalmente, un miembro de la familia. Sin embargo, no se debe confundir esta figura con el mandato en vista de la discapacidad propia, previsto en otras legislaciones, porque siempre es el juez el que nombra al administrador. La designación por parte del interesado constituye, sin embargo, el criterio de selección preferente. De este modo, la voluntad se proyecta hacia futuro, cuando la persona ya no será capaz de expresarse de modo libre y consciente (Matera, 2005).

En efecto, *l'amministrazione di sostegno* resulta ser un mecanismo que respeta la voluntad de la persona. Asimismo, es un procedimiento rápido, porque en el plazo de 60 días el juez debe nombrar al administrador.

A nivel nacional, frente a lo dispuesto por la Convención, el ordenamiento jurídico peruano realiza una serie de reformas al Código Civil, entre ellas, reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (artículo 42), elimina los supuestos de discapacidad de los artículos 43 y 44 e incluye el capítulo IV (Apoyos y salvaguardias) al Título II de la sección IV del Libro III. No crea nuevos sistemas de apoyo como la *sauvegarde de justice* francesa, ni *l'amministrazione de sostegno* italiana, pero introduce una regulación a favor de las personas con discapacidad donde los apoyos, en general, adquieren el protagonismo y el proceso de interdicción pasa a un segundo plano.

Los apoyos son formas de asistencia que elige la persona con discapacidad (mayor de edad) con el objetivo de encontrar ayuda para el ejercicio de sus derechos (artículo 659 B del Código Civil). Se trata de aquellos “recursos y estrategias que mejoran el funcionamiento humano” (Luckasson et al., 2002), que le asisten en el ejercicio de sus derechos y en aquellas funciones que la persona no es capaz de hacer por sí sola. En ningún caso, el apoyo significa sustitución<sup>6</sup>.

---

6 Pero habrá casos donde el apoyo implique casi una sustitución y sea necesario reconstruir la voluntad de la persona. En estas circunstancias, Cuenca (2012) propone la articulación de apoyos obligatorios que pueden dar entrada a acciones puntuales de sustitución para evitar daños irreparables a las personas. En cualquier caso estas acciones de sustitución deben realizarse desde el modelo de apoyo respetando, por tanto, la identidad de la persona y

Determinación y designación de apoyos de las personas con discapacidad.  
A propósito de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo N.º 1384

De acuerdo a la regulación nacional, entiendo que la persona con discapacidad que es capaz de manifestar su voluntad puede señalar qué tipo de apoyo necesita, para qué actos, su duración y cuántos apoyos requiere. En efecto, los apoyos pueden ser de la más diversa índole; como se trata de diferentes formas de asistencia, éstos no se supeditan solo a los actos jurídicos. Así como no se limitan a los prestados solo por personas naturales, sino que también pueden ser prestados por personas jurídicas tal y como lo establece el artículo 659-C del Código Civil. En este sentido, un sistema de apoyos se establece atendiendo a la persona en cada una de sus circunstancias. Por ello, el apoyo es individual y a la vez diverso. Puede abarcar todo el proceso de la toma de decisiones o solo una parte. Así, se puede configurar el apoyo “para la traslación, comprensión y/o evaluación de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, expresión de voluntad y preferencias etc. El sistema de apoyo debe ser diseñado como un *continuum*, contemplando apoyos más o menos intensos” (Cuenca 2012, p. 75).

Para determinar el apoyo (o los apoyos) que necesita la persona con discapacidad y su alcance, es necesario considerar en qué condiciones vive, qué actividades puede realizar, qué necesita para ejercer a plenitud su capacidad; en qué le va a beneficiar el apoyo. Teniendo en cuenta ello, los apoyos deben acomodarse perfectamente a la persona y exclusivamente a ella. De esta manera, el ordenamiento peruano se acoplaría al enfoque de la Convención de las Personas con Discapacidad.

---

decidiendo, en consecuencia, teniendo siempre en cuenta su historia de vida y sus circunstancias personales y sociales. Por ello, en este caso, si la persona no puede designar a quién debe desempeñar la función de apoyo y no existe un régimen de autoprotección que se pronuncie sobre esta cuestión, se debe escoger a quienes tengan una relación de confianza con la persona que les permita atribuirle voluntad y preferencias (p. 80). En realidad, si se debe llegar al punto de una sustitución, esta debe “ser evaluada en cada caso, se llevaría a cabo en función de la concurrencia de una situación determinada [...]. Además, esta acción de sustitución deberá realizarse desde el paradigma del modelo de apoyo y, por tanto, tendrá que ser coherente con la narrativa y la historia de vida de la persona con discapacidad, con sus preferencias, valores, deseos, etc.”. (Cuenca, 2012, p. 74). En realidad, en este punto reflexiono y llego a la conclusión de que la curatela podría ser considerado un mecanismo de apoyo para la persona con discapacidad, siempre y cuando sea utilizada como una herramienta de ultima ratio. Es decir, “habrá que agotar previamente los mecanismos de protección menos invasivos y recordar que la decisión se adopta en razón de la situación y nunca por la discapacidad”. (Lescano, 2017, p. 276).

Insistiendo en la diversidad de los apoyos, es lógico que el legislador haya previsto que las funciones de apoyo no solo podrán realizarlas las personas naturales, sino también las instituciones (públicas o privadas), asociaciones, entre otras. Generalmente, las personas que ejercen el apoyo suelen ser los familiares o aquellas con las que se tiene una especial confianza. Para su nombramiento, se debe tener en cuenta la opinión de la persona con discapacidad.

Sobre la designación de personas jurídicas públicas o privadas, el legislador ha previsto que se deberá establecer las que sean necesarias, previa valoración del órgano competente. Pero además de ello, deben cumplir los siguientes requisitos: deben ser sin fines de lucro, deben ser especializadas y estar debidamente registradas. Respecto al primer requisito, hay que recordar que se trata de una persona jurídica que con su actividad no busca generar ganancias o utilidades para ser repartidas entre sus miembros, ni durante la vida de la persona jurídica ni después.

En relación a la especialidad, al referirnos a una persona con discapacidad, las instituciones, tanto públicas como privadas, deben desarrollar funciones relacionadas con la discapacidad y estar inscritas en el registro correspondiente.

## II. DESIGNACIÓN DE LOS APOYOS

La persona con discapacidad, para el ejercicio de su capacidad jurídica, puede designar sus apoyos ante un notario o un juez, siempre y cuando tenga la posibilidad de manifestar su voluntad (artículo 659-D del Código Civil).

Antes de revisar las vías disponibles para la designación de los apoyos, es necesario entender la expresión “apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica” recogida en el artículo referido. En mi opinión, dicho apoyo no debería limitarse al proceso de la toma de decisiones; sino que abarca todos los aspectos de la vida de la persona con discapacidad, incluyendo los aspectos más cotidianos (Bariffi, 2014). Y cuando se habla del proceso de la toma de decisiones no solo hay que relacionarlo con la decisión propiamente dicha, sino que es necesario observar el momento *ex ante*, el procedimiento, los deseos, las preferencias, las aspiraciones y objetivos del sujeto. No es tomar la decisión por él, sino tomar la decisión con él.

Determinación y designación de apoyos de las personas con discapacidad.  
A propósito de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo N.º 1384

Volviendo a las vías, la designación de los apoyos requiere de un trámite, ya sea notarial o judicial. Respecto a la primera vía, antes de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo N.º 1384, para la formalización de actos y contratos se requería la capacidad del agente (artículo 140 del Código Civil) y una manifestación de voluntad expresa o tácita<sup>7</sup>. Ahora, después de la modificación, ya no se hace referencia al agente capaz sino a la plena capacidad de ejercicio y se entiende que toda persona con discapacidad tiene esa capacidad de acuerdo al actual artículo 3 y 42 del Código Civil. Por tanto, una persona con discapacidad puede comparecer ante notario para la formalización de negocios jurídicos.

En cuanto a la manifestación de la voluntad, ahora se han incluido nuevas formas de realizarla. Así, la manifestación de voluntad “es expresa cuando se realiza de forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona”. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia”.

De otro lado, el Decreto Legislativo N.º 1384 modifica el Decreto Legislativo N.º 1049, Ley del Notariado, e incorpora como una obligación del notario: “brindar las medidas de accesibilidad necesarias, los ajustes razonables y salvaguardias que la persona requiera” (artículo 16, literal q) del Decreto Legislativo N.º 1049). En efecto, frente a una persona con discapacidad, el notario debe proporcionar todo lo necesario para que se realice el acto querido.

Por su parte, el artículo 54, literal i) del Decreto Legislativo N.º 1049, modificado también por el Decreto Legislativo N.º 1384, establece que la Escritura pública debe contener “la indicación de intervenir de apoyos”. Pero, además, especifica que “a las personas que sean apoyos no les alcanza el

---

7 Expresa, cuando la voluntad se declara de forma “[...] oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. [...]” (artículo 141 del Código Civil).

impedimento de parentesco que señala esta ley para el caso de intervención de testigos”<sup>8</sup>. En efecto, una persona que es apoyo podría intervenir en calidad de testigo en la circunstancia que lo requiera.

En otro extremo, el literal j) del referido artículo también fue modificado, y ahora establece que se deben indicar “los ajustes razonables y salvaguardias requeridas por una persona con discapacidad.”. Extrañamente, nuestro legislador civil no se ha referido a los ajustes razonables. Sin embargo, el Decreto Supremo N.º 016-2019-MIMP, que aprueba el 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, del 25 de agosto del 2019, sí lo hace y se refiere a ellos como todas aquellas modificaciones y adaptaciones requeridas en un caso concreto para que una persona con discapacidad pueda desenvolverse de modo pleno (artículo 2.1).

No pasa lo mismo con las salvaguardias, cuya regulación se encuentra en el artículo 659-G del Código Civil. Por salvaguardia se entiende a aquellas medidas o mecanismos que tienen por finalidad garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, es decir, están dirigidas a prevenir cualquier tipo de abuso o influencia negativa de los apoyos. En todo caso, se trata de una especie de fiscalización para evitar abusos. La Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad, en su artículo 12, se refiere a estas salvaguardias y siguen la línea mencionada.

En realidad, se ha modificado toda la nomenclatura del Decreto Legislativo N.º 1049 a las personas con discapacidad y al sistema de apoyos.

La segunda de las vías, a través de la cual se puede solicitar la designación de un apoyo, es la judicial (artículo 841 del Código Procesal Civil). En este

---

8 Artículo 56 del Decreto Legislativo N. 1049: impedimentos para ser testigo: a) derogado; b) ser analfabeto; c) ser cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano del compareciente; d) ser cónyuge o pariente del notario dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; y, e) Los que a juicio del notario no se identifiquen plenamente; f) ser dependiente del notariado [...]”.

Determinación y designación de apoyos de las personas con discapacidad.  
A propósito de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo N.º 1384

sentido, el Decreto Legislativo N.º 1384 también modifica, aparte del Código Civil y el Decreto Legislativo N.º 1049, el Código Procesal Civil. Así, con el fin de garantizar a toda persona con discapacidad, el acceso al proceso judicial, el artículo 119-A del Código Procesal Civil prevé que las personas con discapacidad deben contar con “ajustes razonables y ajustes de procedimiento”.

En cuanto al procedimiento, las solicitudes de designación de apoyos y salvaguardias se ventilarán en un proceso no contencioso (artículo 749 del Código Procesal Civil) y ante el juez civil (artículo 750 del Código Procesal Civil). Antes, los procesos de interdicción se ventilaban ante jueces de familia. Ahora, la situación ha cambiado y ello puede traer inconvenientes porque no hay una especialidad en cuanto a la materia.

Respecto a la legitimidad, la persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad es la única legitimada para solicitar la designación de apoyos y salvaguardias (artículo 659-A del Código Civil). Se entiende que esta solicitud debe ser hecha de forma libre y voluntaria. Sin embargo, la legitimidad es más amplia (es decir, la solicitud de los apoyos la puede hacer cualquier persona), cuando la persona, respecto de la cual se solicita, se encuentre en estado de coma y no haya designado un apoyo con anterioridad, y, además, cuando las personas con discapacidad no puedan manifestar su voluntad (artículos 659-E del Código Civil y 843 del Código Procesal Civil).

Si la persona con discapacidad solicita la designación de apoyos, en su solicitud debe exponer las razones que la motivan, así como el certificado de discapacidad que acredite su condición (artículo 844 del Código Procesal Civil). Este certificado es expedido por el Conadis y se inscribe en el Registro Nacional de la Persona con Discapacidad (artículos 76 y 78 de la Ley N.º 29973, Ley General de Discapacidad).

De otro lado, el juez, según el artículo 845 del Código Procesal Civil, tiene como deber realizar todas las modificaciones, adecuaciones y ajustes para lograr que la persona con discapacidad pueda manifestar su voluntad. No basta con preguntar y que no se responda. Hay que agotar todos los medios para lograr obtener la manifestación de voluntad. Si es necesario acudir a medios mecánicos, digitales, electrónicos o análogos, se tendrá que hacer.

A continuación, respecto a la resolución final, esta debe indicar las personas naturales o jurídicas que se designarán como apoyo. Ya se ha señalado que, indistintamente, cualquiera de estas dos personas pueden ser designadas como apoyos. Del mismo modo, la resolución debe señalar los actos, el tiempo y las medidas de salvaguardia que se adoptarán en caso de ser necesarias. Asimismo, la resolución se inscribirá en el Registro Personal de acuerdo al artículo 2030 del Código Civil.

Finalmente, la resolución debe ser redactada en formato de lectura fácil donde sus contenidos son resumidos y transcritos con lenguaje sencillo y claro, de acuerdo a las necesidades de la persona con discapacidad (artículo 847 del Código Procesal Civil).

### III. EXCEPCIÓN A LA DESIGNACIÓN DE APOYOS POR EL JUEZ

Si bien en el apartado anterior se ha señalado que la persona con discapacidad puede designar sus apoyos ante el notario o el juez; existe un supuesto excepcional en el cual es el juez quien designa ese apoyo. Esta situación se presenta cuando la persona con discapacidad no puede manifestar su voluntad o se encuentra en estado de coma y no ha designado un apoyo con anterioridad (artículo 659-E del Código Civil).

Lo dispuesto en el mencionado artículo es una expresión de la labor de protección de las personas con discapacidad encargada a la autoridad judicial. Si bien es cierto, existen otros cauces privados para conseguir dicha protección, en muchas ocasiones los medios privados, más que ser instrumentos de protección de la persona con discapacidad, son “escudos de protección” de aquellos que tienen dominada la voluntad de la persona con discapacidad. En estos casos, en última instancia, el juez termina siendo, en palabras de Sancho (2018): “El último garante de los derechos de la persona con discapacidad” (p. 18).

Según lo establecido en el artículo 659-E, el juez, antes de determinar el apoyo o apoyos, debe haber agotado todas las posibilidades para obtener la manifestación de voluntad de la persona, otorgándole todo lo necesario (instrumentos, medios o ajustes) para lograrlo. Al respecto, debe ser el juez

Determinación y designación de apoyos de las personas con discapacidad.  
A propósito de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo N.º 1384

el que busque el camino idóneo para obtener la voluntad de la persona con discapacidad si aquel debe trasladarse hasta el domicilio de la persona con discapacidad porque ella está postrada, ya que deberá hacerlo. El objetivo es obtener la voluntad del sujeto interesado y no hacer lo que la voluntad del operador judicial desea en ese momento.

Si después de todos los denodados esfuerzos por obtener la manifestación de voluntad, no se consiguió nada; el juez está habilitado para determinar un apoyo, de acuerdo a las siguientes consideraciones: la convivencia, la confianza, la amistad, el cuidado o parentesco, etc. El juez no puede determinar como apoyo a cualquier persona, sino que debe fijarse en las relaciones referidas. Por esta razón, el propio artículo 659-E del Código Civil prohíbe la designación como apoyo a aquella persona que haya sido condenada por violencia familiar o sexual.

Asimismo, el juez debe “realizar todas las diligencias necesarias para obtener la mejor interpretación de la voluntad de las personas con discapacidad, así como “atender a su trayectoria de vida”. En algunas ocasiones podrá ser fácil interpretar la voluntad del interesado; en otras, podría ser un verdadero caos, porque no hay manera de hacer la interpretación. A pesar de ello, el juez debe designar al apoyo que garantice el pleno desarrollo de la persona con discapacidad.

En algunas circunstancias, no es extraño encontrar que muchas de las personas que no pueden manifestar su voluntad estén bajo el cuidado de ciertas personas (familiares o amigos) que, sin haber sido nombradas como apoyos, brindan gran parte de su tiempo y dinero en su atención y cuidado. En este caso, el juez debe observar detenidamente la situación, de manera que lo más recomendable sería nombrar como apoyo a aquel que ha desempeñado ese papel de modo fáctico.

Una vez establecido el apoyo según las consideraciones planteadas por el legislador, la autoridad judicial tiene la obligación de fijar el plazo, los alcances y las responsabilidades del apoyo. Si el apoyo se extralimita en el plazo y los alcances, así como si causare perjuicio a la persona con discapacidad, debe asumir responsabilidades de tipo administrativa, civil y penal.

De otro lado, el legislador prevé que no pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual. Estas prohibiciones en la designación del apoyo no merecen mayor explicación. Basta decir que para un buen desarrollo del sistema de apoyos es necesario establecer dichas prohibiciones y, no solo eso, sino también resulta indispensable fijar las causales de extinción. A parte de ello, y no menos importante, habrá que pensar en las medidas de control, vigilancia o salvaguardia para garantizar un óptimo desarrollo del apoyo. “La obligación general de salvaguardar el buen funcionamiento del sistema de apoyos —la inexistencia de abusos, y de influencia indebida, el respeto a la voluntad y preferencias de la persona apoyada— no solo recae en los jueces y en el Ministerio Fiscal, sino también en diferentes autoridades, funcionarios u operadores —notarios, registradores, facultativos, representantes sindicales, etc.— en función del tipo de acto de que se trate”. (Cuenca, 2012, p. 81).

Finalmente, cualquier persona que tenga capacidad jurídica tiene legitimidad para solicitar los apoyos excepcionales. Es decir, no existe una lista cerrada respecto a la legitimación a diferencia de lo que sucedía para el proceso de interdicción.

#### IV. CONCLUSIONES

1. Los apoyos deben entenderse como toda forma de asistencia hacia la persona con discapacidad que le permita ejercer sus derechos sin sustituir su voluntad. Dichos apoyos pueden ser muy variados y no solo se supeditan solo a los actos jurídicos. Asimismo, lo pueden prestar personas naturales, como jurídicas.
2. La designación de los apoyos requiere de un trámite, ya sea notarial o judicial. Tanto el notario como la autoridad judicial tienen la obligación de atender la solicitud de las personas con discapacidad siempre y cuando tengan la capacidad de expresar su voluntad de acuerdo a lo establecido por el Código Civil.

Determinación y designación de apoyos de las personas con discapacidad.  
A propósito de la modificación del Código Civil por el Decreto Legislativo N.º 1384

3. Existe una situación especial en la cual es el juez el que designa el apoyo y no la persona con discapacidad. Esta situación se refiere a las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad. Antes determinar el apoyo o apoyos, la autoridad judicial debe haber agotado todas las posibilidades para obtener la manifestación de voluntad de la persona, otorgándole todo lo necesario para lograrlo. Si, a pesar de lo dicho, el juez no logró el objetivo, está facultado para determinar un apoyo, teniendo en cuenta la convivencia, la confianza, la amistad, el cuidado o parentesco. En efecto, no se puede determinar como apoyo a cualquier persona, sino que debe fijarse en las relaciones referidas.
4. El legislador no designa un plazo máximo, ni para qué tipo de actos se establecen los apoyos. En efecto, se entiende que un apoyo debe durar lo que la propia situación de la persona con discapacidad lo exija, y están dirigidos para cualquier tipo de acto, sea de administración o de disposición. En general, el apoyo debe ser un medio para lograr el mejor desarrollo de los derechos de las personas con discapacidad.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- Abbate, M. (2005). Profili della protezione giuridica degli incapaci maggiorenni in Francia. En Napoli, Emilio (a cura). *Gli incapaci maggiorenni. Dall'interdizione all'amministrazione di sostegno*, (129-167). Giuffrè.
- Bariffi, F. (2014). *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual de los ordenamientos jurídicos internos* [tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid]. [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18991/Francisco\\_%20Bariffi\\_tesis.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/18991/Francisco_%20Bariffi_tesis.pdf).
- Caló, E. (2004). *Amministrazione di sostegno*. Legge 9 gennaio 2004, n. 6. Milano.
- Cuenca, 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*, (10), 61-94.

- Fossier, T. (2007). La réforme de la protection des majeurs. Guide de lecture de la loi du 5 mars 2007. *La Semaine Juridique*, (11), 21-23.
- Lescano, P. (2017). *La guarda de hecho*. Dykinson.
- Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (t. I). Rubinzal-Culzoni.
- Luckasson, R., Borthwick-Duffy, S., Buntix, W., Coulter, D., Craig, E., Reeve, A. et al. (2002). *Mental retardation: Definition, classification, and systems of supports* (10<sup>th</sup> Ed.). American Association on Mental Retardation.
- Matera, P. (2005). Tre variazioni in tema di amministrazione di sostegno. En Ferrando, G. (a cura). *L'amministrazione di sostegno. Una nuova forma di protezione dei soggetti deboli* (pp.213-234). Giuffrè: Milano.
- Mayor, D. (2003). La reforma de la protección jurídica civil de la discapacidad y la Convención de Nueva York de 13 de diciembre del 2006. *Boletín del Ministerio de Justicia*, (2133), 1-37.
- Ortega, I. (2018). A propósito del Decreto Legislativo N.º 1384. Los procesos de interdicción, designación del salvaguarda y autorización para disponer derechos de incapaces. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, (6), 93-104.
- Sancho, I. (2018). Sentido de la intervención judicial y del proceso civil en la determinación de la capacidad y de los apoyos necesarios para su ejercicio. En Pereña, M. (dir.). *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias* (17-25). Dykinson.
- Varela, B. (2009). La tutela, ante la convención. *Escritura Pública*, (60), 68-74.
- Wong, C. (2009). *Guide des tutelles et de la protection des majeurs*. Dunod.