

Universidad de Lima

Facultad de Derecho

Carrera de Derecho



**LA ADOPCIÓN DEL SISTEMA DE APOYOS Y
SALVAGUARDIAS EN EL CÓDIGO CIVIL
PERUANO: UNA APROXIMACIÓN AL
RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR
HECHOS DEL MAYOR DE EDAD SIN
DISCERNIMIENTO**

Tesis para optar por el título profesional de abogado

Carlos Roberto Salazar Romero

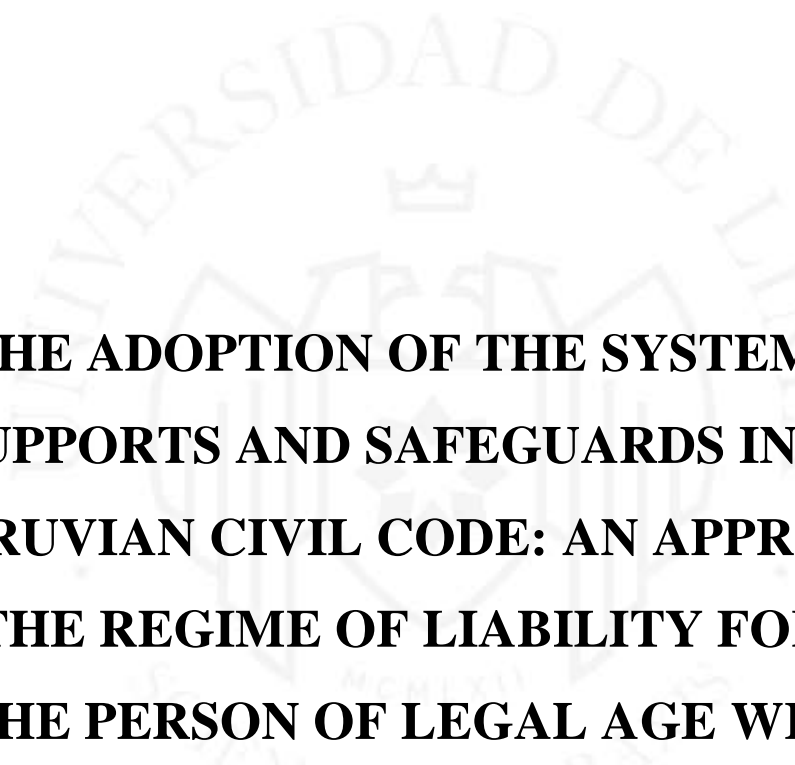
Código 20131224

Asesora

Olga Alcántara Francia

Lima – Perú

Marzo del 2021



**THE ADOPTION OF THE SYSTEM OF
SUPPORTS AND SAFEGUARDS IN THE
PERUVIAN CIVIL CODE: AN APPROACH
TO THE REGIME OF LIABILITY FOR ACTS
OF THE PERSON OF LEGAL AGE WITHOUT
DISCERNMENT**

TABLA DE CONTENIDO

TABLA DE CONTENIDO	ii
RESUMEN	v
ABSTRACT	vi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: EL RÉGIMEN LEGAL ANTERIOR AL DECRETO LEGISLATIVO N° 1384	5
1. La representación legal de las personas mayores de edad carentes de discernimiento	5
1.1 El nivel de discernimiento exigible por el Código Civil de 1984	11
1.2 La curatela de las personas mayores de edad sin discernimiento	17
1.2.1 La restricción a la capacidad de ejercicio en el Derecho Comparado:	30
A. España.....	30
B. Italia.....	31
C. Francia.....	33
D. Alemania	35
1.3 El modelo médico rehabilitador en la normativa civil. Concepto.....	35
2. La interdicción y las causales previstas en el Código civil de 1984	40
2.1. Los retardados mentales.....	42
2.2. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad	43
2.3. Causales de interdicción no derivadas de una afectación en la mente humana	44
3. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:	51
3.1. La propuesta de adopción del modelo social por parte de la Convención.....	54
3.2 Las medidas reformas legislativas realizadas en nuestro país en cumplimiento de la Convención.	57
3.3 El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	64
CAPÍTULO II: LA INCLUSIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA DEL APOYO EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL	71
1. Reconocimiento de la plena capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad	71
1.1 Capacidad de goce y de ejercicio	71
1.2 Aciertos y desaciertos del legislador peruano en la modificación del Código Civil	74

1.3 La exoneración del régimen de la curatela en favor de las personas sin discernimiento.....	77
1.4 Anteproyecto de reforma del Código Civil.....	78
2. Modificación del ámbito de aplicación de la interdicción en nuestro Código Civil ..	89
2.1 La restricción de la capacidad de ejercicio del pródigo y del mal gestor.....	90
2.2 La restricción de la capacidad de ejercicio del ebrio habitual y del toxicómano.....	92
2.3 La restricción de la capacidad de ejercicio de la persona que sufre pena que lleva anexa la interdicción civil.....	95
2.4 El nuevo supuesto de restricción a la capacidad de ejercicio: las personas en estado de coma.....	99
3. La figura del Apoyo en el modelo social.....	101
3.1. Limitaciones funcionales del designado como apoyo.....	109
3.2 Las facultades de representación del designado como apoyo.....	115
3.3 Condiciones para constituirse en apoyo.....	121
3.4. Modalidades de designación del Apoyo.....	140
3.4.1 Designación judicial y notarial del apoyo.....	140
CAPÍTULO III: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL APOYO Y DE LA PERSONA ASISTIDA	155
1. La responsabilidad civil objetiva del representante legal, previa a la reforma.....	155
1.1 La necesidad de establecer una responsabilidad civil subjetiva en favor del representante legal.....	158
1.2 La responsabilidad civil del representante legal en la jurisprudencia nacional	162
2. Daños generados por la persona que cuenta con Apoyo	168
2.1 Daño emergente y lucro cesante.....	170
2.2 Daño a la persona y daño moral	176
3. La responsabilidad civil de la persona mayor de edad sin discernimiento.....	186
3.1 Análisis comparado del régimen aplicable a las personas sin discernimiento en el Derecho europeo.	197
3.1.1 Análisis de la legislación europea aplicable a las personas sin discernimiento ..	197
A. Italia	197
B. Alemania	201
C. España.....	203
D. Francia	209

3.1.2 Análisis de la jurisprudencia europea sobre daños causados por las personas mayores de edad sin discernimiento. Casos más relevantes.	214
3.2 Análisis de las normas de aplicables en el Derecho peruano, respecto de la persona mayor de edad sin discernimiento.....	229
3.2.1 Factor de atribución subjetivo.....	230
3.2.1.1 Análisis de la legislación latinoamericana aplicable a las personas sin discernimiento.....	233
A. Argentina.....	233
B. Colombia.....	237
3.2.2 Factor de atribución objetivo.....	242
4. Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano	247
CAPÍTULO IV: EFECTOS DE LA DESIGNACIÓN DEL APOYO, A LA LUZ DEL ARTÍCULO 1976-A DEL CÓDIGO CIVIL	250
1. El discernimiento como requisito necesario para la aplicación del artículo 1976-A del Código Civil.....	254
2. La ausencia de discernimiento como atenuante de la responsabilidad directa	255
3. La responsabilidad civil del mayor de edad sin discernimiento que no cuenta con Apoyo	257
4. La responsabilidad solidaria del Apoyo y del mayor de edad sin discernimiento por los daños causados	260
5. La influencia indebida como elemento generador de responsabilidad del Apoyo...	263
CONCLUSIONES.....	266
REFERENCIAS	268
ANEXOS.....	281
Proyecto de Ley que modifica el artículo 1976-A del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295) e incorpora el artículo 1975.....	282
I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS	282
II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO:.....	286
III. IMPACTO DE LA NORMA SOBRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.....	288

RESUMEN

En el Código Civil peruano, el discernimiento en la persona que causa un daño a otra, determinaba si le correspondía el deber repararlo. Así, la falta de discernimiento era sinónimo de inimputabilidad. Sin embargo, el Decreto Legislativo N° 1384 estableció el deber de las personas sin discernimiento de responder civilmente por el daño que ocasionen, sin que medie una evaluación por parte del juez de su nivel de discernimiento, y cómo afecta tal situación en su estilo de vida.

Nuestro estudio se centró en los daños causados por los mayores de edad sin discernimiento. Por lo que nos enfocamos en determinar si el eventual establecimiento de la obligatoriedad de los Apoyos, que son formas de asistencia facultativas, en favor de ellos, contribuiría a salvaguardar sus intereses.

Mediante el empleo del método comparativo, analizamos cómo se encuentra regulado el tema de los daños causados por los mayores de edad sin discernimiento en las legislaciones extranjeras. Además, empleando el método descriptivo, analizamos diversos artículos académicos, de difusión y de opinión, respecto del referido tema.

Finalmente, concluimos que no es necesario establecer la obligatoriedad del Apoyo, en favor del mayor de edad sin discernimiento, debido al respeto que debe tenerse por su voluntad y preferencias. Asimismo, en caso este último decida contar con un Apoyo, nuestra propuesta de reforma, consiste en una responsabilidad solidaria respecto del Apoyo y la persona asistida, en caso esta última cause un daño, estableciendo un factor de atribución subjetivo en favor del primero de estos, que le permita exonerarse de responsabilidad, demostrando un actuar diligente. Por último, proponemos que se deje al juez el deber de fijar el monto resarcitorio, considerando como atenuante el nivel de discernimiento del mayor de edad que ocasiona el daño.

Palabras Clave: Responsabilidad civil extracontractual, modelo social, persona mayor de edad sin discernimiento, Apoyo, factor de atribución subjetivo.

ABSTRACT

In the Peruvian Civil Code, discernment in the person causing harm to another determined whether it was up to him to repair it. Thus, the lack of discernment was synonymous with imputability. However, Legislative Decree No. 1384 established the duty of persons without discernment to respond civilly for the harm they cause, without an assessment by the judge of their level of discernment, and how such a situation affects their lifestyle.

Our study focused on the damage caused by the elderly without discernment. So we focus on determining whether the possible establishment of the mandatory support, which are forms of optional assistance, on their behalf, would help safeguard their interests.

Using the comparative method, we look at how the issue of damage caused by minors is regulated without discernment in foreign laws. In addition, using the descriptive method, we analyse various academic articles, dissemination and opinion, on this subject.

Finally, we conclude that it is not necessary to establish the obligation of Support, in favour of the elderly without discernment, because of the respect that must be had for his will and preferences. Likewise, in the event that the latter decides to have a Support, our reform proposal, consists of a joint responsibility for the Support and the assisted person, in case the latter causes damage, establishing a subjective attribution factor in favour of the first of these, which allows him to be exonerated of responsibility, demonstrating diligent action. Finally, we propose that the judge be left with a duty to set the amount of resarcitory, considering as mitigating the level of discernment of the age of majority caused by the damage.

Keywords: Non-contractual civil liability, social model, elderly person without discernment, Support, subjective attribution factor.

INTRODUCCIÓN

La adhesión de nuestro país a la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (Convención sobre de los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2007) (en adelante: CDPD), ha originado el surgimiento de la obligación de “asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad.

En atención a ello, en setiembre del año 2018, entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1384 (en adelante, D.L. N° 1384) , que reconoce la capacidad de ejercicio plena para las personas con discapacidad mayores de dieciocho años, independientemente de si cuentan o no discernimiento¹.

Por ende, el hecho de otorgarle una capacidad de ejercicio plena a las personas mayores de edad carentes de discernimiento, implica también atribuirles imputabilidad, es decir, la aptitud para responder civilmente por el daño que ocasionen. Dicho criterio constituye una desventaja para quien carece de discernimiento en vista de que no se le puede exigir la misma diligencia a una persona que se encuentra en dicha situación y a otra que se encuentre en pleno uso de sus facultades mentales.

Al respecto, y teniendo en cuenta la derogación de los artículos 1975² y 1976³ de nuestro Código Civil, la persona mayor de edad carente de discernimiento se encontrará en

1 El D.L. N° 1384 derogó el segundo párrafo del artículo 43, que calificaba como “absolutamente incapaces” a “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento”.

2 Artículo 1975 del Código Civil peruano. -

La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable. (*)

(*) Artículo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

3 Artículo 1976 del Código Civil peruano. -

No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal (*)

(*) Artículo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

la obligación de reparar el daño que ocasione, independientemente de si al momento de la generación del mismo se encontraba en la actitud de distinguir lo bueno de lo malo.

A su vez, el referido Decreto Legislativo instauró en nuestro país la figura del apoyo, la cual se encuentra destinada a “facilitar” el ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad mayor de edad. Sin embargo, el inconveniente radica en que dicha forma de asistencia es facultativa, por lo que la persona mayor de edad carente de discernimiento se encuentra expuesta a dañar a otra y, en consecuencia, quedar obligada a resarcirla, en vista de que decidió prescindir del apoyo.

Ante esta situación, se justifica el establecimiento de su obligatoriedad (únicamente para las personas mayores de edad sin discernimiento), toda vez que lo que se pretende es salvaguardar los intereses no solo de quien se encuentre en la obligación de contar con el mismo, sino también de quienes se encuentren expuestos a sufrir algún daño por parte de quien se encuentra privado de discernimiento.

En segundo lugar, el establecimiento de la obligatoriedad del apoyo no soslaya en modo alguno el reconocimiento de la plena capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad, en vista de que dicha forma de asistencia debe ser brindada, de acuerdo a la “libre elección” de la persona con discapacidad (dentro de ellas, las carentes de discernimiento).

En tercer lugar, la referida forma de asistencia no implica en modo alguno la obligación de recurrir a un proceso judicial que va a retardar el nombramiento del apoyo en favor de la persona carente de discernimiento, toda vez que nuestro Código Civil autoriza la vía notarial, que viene a ser una forma más rápida y sencilla de acceder al apoyo.

Por último, mediante el establecimiento de una responsabilidad basada en el dolo y culpa, en lo que respecta a la responsabilidad civil del apoyo, (derivada del daño causado por parte de quien cuenta con el mismo) se generará un incentivo para la asunción de dicha función, toda vez que se le permitirá eximirse de responsabilidad si demuestra que actuó con la diligencia ordinaria requerida, la cual varía en cada caso en particular. Entonces, cabe formularnos la siguiente pregunta: ¿En qué medida resulta viable responsabilizar al apoyo por los hechos dañosos del mayor de edad sin discernimiento, de forma solidaria, siempre que aquel haya actuado bajo la vigilancia del primero?.

Asimismo, el presente trabajo tendrá como objetivo principal proponer una modificación al Código Civil, a fin de establecer los criterios que permitan justificar la responsabilidad solidaria entre el apoyo y la persona carente de discernimiento, por los hechos dañosos de este último.

En relación al párrafo anterior, los objetivos específicos son: 1. Establecer un régimen jurídico en el que la persona mayor de edad sin discernimiento responda en orden a la aptitud para entender las consecuencias de sus actos dañosos y; 2. Delimitar los supuestos en los que el apoyo sería responsable solidario junto con la persona mayor de edad sin discernimiento, por los hechos dañosos cometidos por este.

Las hipótesis de trabajo de la presente investigación, gira en torno al establecimiento de un régimen de responsabilidad subjetiva que evalúe la conducta desplegada por el apoyo, y el cumplimiento de su deber de vigilancia.

Los métodos a emplearse en el presente trabajo, constará del correspondiente análisis de legislación extranjera sobre el Derecho de la Responsabilidad Civil, por lo que se aplicará, en primer lugar, el método comparativo. Así lo que se busca es comparar las distintas legislaciones sobre la materia, con la finalidad de descubrir semejanzas y diferencias.

En segundo lugar, se aplicará el método descriptivo; mediante el análisis de artículos académicos, de difusión y opinión, que versen sobre la responsabilidad civil de la persona mayor de edad sin discernimiento. Así, en dicho estudio se expondrán las distintas perspectivas, referentes a la designación obligatoria o facultativa de los Apoyos en favor del referido sujeto de derecho.

En tercer lugar, se empleará el método inductivo, que consiste en ir de lo particular a lo general, mediante el análisis de jurisprudencia extranjera, con la finalidad de determinar mediante el estudio de casos prácticos, cuál es el tratamiento que le brindan las legislaciones extranjeras a las personas mayores de edad sin discernimiento, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual: si se les exonera de la obligación resarcitoria o, por el contrario, se les obliga a reparar el daño.

En cuarto lugar, en aplicación del método deductivo, se confirmarán o refutarán las hipótesis formuladas anteriormente. Para dicha finalidad, se recopilará información

de la jurisprudencia y doctrina extranjera, con la finalidad de determinar si nuestra hipótesis tiene aplicación en la realidad.

Por último, se empleará el análisis económico del derecho, con la finalidad de determinar cuál sería el costo-beneficio de establecer una designación obligatoria de apoyos en favor de las personas mayores de edad sin discernimiento.



CAPÍTULO I: EL RÉGIMEN LEGAL ANTERIOR AL DECRETO LEGISLATIVO N° 1384

1. La representación legal de las personas mayores de edad carentes de discernimiento

La mayoría de edad, según la Real Academia Española (En adelante, RAE), viene a ser definida como “Edad a partir de la cual se es capaz, con carácter general, para todos los actos de la vida civil”. En nuestro país, se adquiere a los dieciocho años de edad, como señala el artículo 42⁴ de nuestro Código Civil (en adelante, CC). En consecuencia, a partir de entonces se adquiere una “plena capacidad de ejercicio”. Por ejemplo, una persona mayor de edad, puede contraer matrimonio, alquilar y vender inmuebles, celebrar contratos, entre otros. Además, dichos actos podrán ser realizados por cuenta propia y sin necesidad de contar con un representante legal.

La base de dieciocho años como mayoría de edad, ha sido establecida en varios países. En Francia, mediante Ley N° 2007-308⁵ (Ley N° 308,2007), que reforma la protección legal de los mayores de edad, se instauró el artículo 414⁶ del Código Civil francés (en adelante, CC francés), que establece que la mayoría de edad se adquiere a los dieciocho años, y que partir de entonces se pueden ejercer todos los derechos de los cuales se es titular⁷.

⁴ Artículo 42 del Código Civil peruano:

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 usa 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.

⁵ El artículo 7 de la Ley N° 2007-308, correspondiente al Título I: Disposiciones modificatorias del Código Civil, estableció que el Título IX del Libro I del Código Civil iba a denominarse “De la mayoría de edad y de los mayores protegidos por la Ley”.

⁶ Artículo 414 del Código Civil francés.-

La mayoría se fija en dieciocho años cumplidos; a esta edad, todas las personas pueden ejercer los derechos de que disfrutan (Traducción libre):

⁷ Traducción Libre.

Por otro lado, en lo que respecta a España, mediante Real Decreto Ley N° 33/1978⁸ (Real Decreto Ley, N 33°, 1978) (Publicado en el Boletín Oficial del Estado N° 275, el 17 de noviembre de 1978, entrando en vigencia el mismo día de su publicación), de fecha 16 de noviembre, sobre mayoría de edad, se estableció la mayoría de edad en dieciocho años. Así, se produjo una disminución respecto a la edad de veintiún años, que se mantenía vigente previo a la entrada en vigencia del referido Decreto.

El Código Civil italiano (en adelante CC italiano), establece en el primer párrafo de su artículo 2⁹, que se es mayor de edad a partir de los dieciocho años, y que tal condición conlleva a la adquisición de la capacidad de realizar todos aquellos actos para los que no se establece una edad diferente¹⁰. Por otro lado, el Código Civil alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB) (en adelante, BGB), establece en su artículo 2¹¹, que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años.

⁸El citado Decreto, señala que: “ (...) El momento actual de la sociedad española es sensiblemente distinto al que la misma presentaba en el año mil novecientos cuarenta y tres, al tiempo de establecerse los veintiún años como límite de la mayoría de edad; los inmensos avances experimentados por la misma durante estos años en los campos económico, social y cultural han incorporado ya de hecho al protagonismo de la vida española, tanto en el campo público como en el privado, a los jóvenes que, sin alcanzar los veintiún años, ostentan ya plena capacidad física, psíquica, moral y social para la vida jurídica, sin necesidad de los mecanismos de representación o complemento de capacidad. De todo este contexto social surge, pues, la necesidad de establecer un nuevo límite de mayoría de edad, que debe cifrarse en los dieciocho años, como ya han llevado a cabo otros ordenamientos del marco europeo. El nuevo límite de la mayoría de edad debe tener una efectividad inmediata en toda la vida del país, por lo que técnicamente procede sea establecido como norma general, al tiempo que se modifican aquellos preceptos de nuestros principales cuerpos legislativos, que contemplaban expresamente el anterior límite de los veintiún años; dejando, por otra parte, clara mención de que los efectos de la nueva mayoría de edad no afectarán, negativamente a la percepción de cualesquiera beneficios que el ordenamiento atribuyera a los jóvenes hasta el momento de ser alcanzada la edad de veintiún años. Los supuestos sociales expuestos, unidas al momento de transformación política que vive nuestro país, aconsejan proceder con urgencia a adelantar la mayoría de edad con el objeto de posibilitar la plena incorporación de la juventud española a la vida jurídica, social y política del país. En su virtud, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día diez de noviembre de mil novecientos setenta y ocho, en uso de la autorización que me concede el artículo trece de la Ley constitutiva de las Cortes y oída la Comisión de las Cortes a que se refiere el número uno de la disposición transitoria segunda de la Ley uno/mil novecientos setenta y siete, de cuatro de enero, para la Reforma Política, DIS PONGO: Artículo primero. La mayoría de edad empieza para todos los españoles a los dieciocho años cumplidos (...).».

⁹ Artículo 2 del Código Civil italiano, -

La edad mayor se fija al cumplirse los dieciocho años. Con la edad mayor se adquiere la capacidad de realizar todos los actos para los que no se establece una edad diferente.

Se reservan las leyes especiales que establecen una edad menor en cuanto a la capacidad para realizar el trabajo. En este caso el menor tiene derecho a ejercer los derechos y acciones que dependen del contrato de trabajo (Traducción libre).

¹⁰ Traducción libre.

¹¹ Artículo 2 del BGB.-

La mayoría de edad se alcanza al cumplir los 18 años.

En lo que respecta al Código Civil y Comercial de la Nación argentino (en adelante, CCNA), mediante Ley N° 26.579¹² (Ley N° 26.579, 2009), se rebajó la mayoría de edad, de veintiún a dieciocho años. Posteriormente, tras la entrada en vigencia del CCNA, mediante una interpretación *contrario sensu*, del primer párrafo del artículo 25¹³, podemos deducir que toda aquel que haya cumplido dieciocho años, es considerado como mayor de edad.

Por último, en Colombia se mantiene el mismo criterio, toda vez que la Ley N° 27 (Ley N° 27, 1977)¹⁴, rebajó la mayoría de edad de veintiún a dieciocho años. Ahora bien, en vista de que el presente trabajo centra su análisis en las personas mayores de edad sin discernimiento, consideramos pertinente realizar algunas precisiones en lo que respecta a este último concepto.

Así, el discernimiento es definido como la aptitud de distinguir lo bueno de lo malo, lo lícito de lo ilícito. Para la RAE, el término discernir significa: “Distinguir algo de otra cosa, señalando la diferencia que hay entre ellas. Comúnmente se refiere a operaciones del ánimo”. Por su parte, Rubio Correa (1992), considera al discernimiento como la aptitud de diferenciar lo bueno de lo malo y, a su vez, de evolucionar el pensamiento abstracto. Siendo el momento en que la persona deja de limitarse a su propio mundo y empieza a dirigirse hacia un mundo de mayor complejidad, “de muchas y varias interrelaciones, que no solo tiene presente sino también sentido de previsión y de futuro” (p. 156). Entonces, para contar con discernimiento se requiere haber alcanzado cierta edad, en vista de que no es algo con lo que la persona nazca, sino algo que va desarrollando a lo largo de su vida. En alusión a tal desarrollo, Torres Vásquez (2019) señala que el discernimiento es la facultad correspondiente a aquella persona que ha conseguido un cierto desarrollo mental que le permite entender el sentido de su actuación,

¹² El artículo 1 de la Ley N° 26.579 de Argentina modificó, entre otros, el artículo 126 del Código Civil, correspondiente al Título IX, Sección Primera del Libro I, quedando redactado de la siguiente forma:

“Artículo 126: Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de DIECIOCHO (18) años”.

¹³ “Artículo 25: Menor de edad y adolescente.

Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años (...).”

¹⁴ El artículo 1 de la Ley 27 de 1977 colombiana, estableció que:

“Para todos los efectos legales, llámase mayor de edad, o simplemente mayor a quien ha cumplido diez y ocho (18) años”.

es decir, estar en la capacidad de diferencia lo bueno de lo malo, “lo lícito de lo ilícito, lo que lo puede beneficiar de lo que lo puede perjudicar” (p. 93).

Ahora bien, en lo que respecta a la edad en que aparece el discernimiento, Rubio Correa (1992) afirma que puede presentarse de manera aproximada a los diez años, conforme al inciso 4 del artículo 378¹⁵ del CC, “y que ya estaría en pleno proceso de formación y consolidación hacia los catorce años” (p. 157). En lo que respecta a nuestro CC, debemos señalar que antes de la reforma, para el legislador peruano el hecho de carecer de discernimiento implicaba ser calificado como “absolutamente incapaz” y, por tanto, se requería indispensablemente designarles un curador a quienes fueran mayores de edad. Como señala Aguilar Llanos (2019), las personas carentes de discernimiento, se encuentran ajenas a la realidad, en vista de su incapacidad de poder distinguir el bien del mal. Por ello, ante tal situación, se les privó de la posibilidad de poder ejercer sus derechos por cuenta propia, toda vez que estaban en la imposibilidad de expresar su voluntad de manera indubitable ante los demás. En consecuencia, el representante legal cumplía la función de ejercitar los derechos de las personas carentes de discernimiento, más específicamente bajo la figura del curador, en lo que respecta a las que eran mayores de edad (p. 100). En atención a tal situación, en virtud del artículo 45¹⁶ del CC., correspondía designar un representante legal a las personas mayores carentes de discernimiento, cuya función consistía en ejercer los derechos civiles que sus presentados no podían ejercer por cuenta propia.

Al respecto, cabe señalar que la representación legal puede darse bajo tres formas: patria potestad, tutela y curatela. A manera de introducción, debemos señalar que la patria

¹⁵ Mediante Ley que permite la adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono por parte de las parejas que conforman una unión de hecho (Ley N° 30311), publicada en el Diario Oficial El Peruano el 18 de marzo del 2015, se modificó el inciso 4 del artículo 378, pasando a ser el inciso 5 del referido precepto, cuya redacción es la siguiente: “Para la adopción se requiere: (...) 5. Que el adoptado preste su asentimiento si es mayor de diez años”.

¹⁶ Artículo 45 del Código Civil peruano.-

Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 45.-

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

potestad y la tutela se encuentran previstas para aquellas personas menores de edad, mientras que la curatela únicamente está prevista para las mayores de edad.

Varsi Rospligiosi (2014) realiza las siguientes definiciones, en lo que respecta a las tres formas de representación legal:

Patria potestad: es una institución del Derecho de familia que confiere a los padres la autoridad y cuidado de la persona y bienes del hijo menor. Es ejercida por ambos padres.

Tutela: es una institución de amparo familiar, mediante la cual se reemplaza la realización de la patria potestad, debido a la muerte o incapacidad de los padres.

Curatela: es una institución de amparo familiar, encargada de proteger a los mayores de edad no tienen las aptitudes de cuidar sus intereses, regir su vida y administrar sus bienes. (p. 869)

En consecuencia, en lo que a la patria potestad respecta, se encuentra prevista en favor de los hijos menores, mediante el establecimiento del deber y el derecho de cuidar tanto de su persona como de sus bienes correspondiente a ambos padres, ello en virtud del artículo 418¹⁷ del CC. Dicha función es personalísima, toda vez que la no puede ser delegada a ninguna a otra persona distinta de cualquiera de los dos progenitores. Siguiendo a Barbero (1967), la patria potestad es una de las instituciones denominadas como derechos-deberes, que corresponde a ambos progenitores respecto de los hijos menores que no hayan sido emancipados e, incluso, respecto de los hijos por nacer, en la medida en que ello sea posible (p. 149).

Al respecto, dichos derechos y deberes que son generados por la patria potestad se encuentran señalados en el artículo 423 del CC, dentro los cuales consideramos relevante el deber de representar a los hijos en los actos de la vida civil, de conformidad con el inciso 6¹⁸ del referido artículo. Por ejemplo, si un menor va a grabar un comercial

¹⁷ Art. 418 del Código Civil peruano. -

Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

¹⁸ Art. 423 del Código Civil peruano. -

Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

(...) 6. Representar a los hijos en los actos de la vida civil.

de televisión, el asentimiento para tal acto debe darlo su representante legal, ya sea un tutor o alguno de sus progenitores. Siguiendo a Varsi Rospigliosi (2010), la falta de capacidad para celebrar actos jurídicos por cuenta propia es algo intrínseco a la minoría de edad. Es así, que “los padres vienen a ser los representantes naturales y legítimos de sus hijos (p. 95).

Sin embargo, hay ciertos actos que los menores de edad pueden realizar de manera independiente. A manera de ejemplo, encontramos el actualmente modificado artículo 1358¹⁹ del CC, que le permitía a los incapaces (dentro de ellos, las personas menores de 18 años) no privados de discernimiento, celebrar contratos relaciones a las necesidades ordinarias de su vida diaria. Así un menor podía ir al supermercado y realizar la compra de libros, o tomar el Metro para dirigirse a su centro de estudios, siendo el caso que para tales actos podía prescindir de representación legal.

Ahora bien, cabe preguntarnos qué pasaría en caso de que el menor no cuente con ninguno de los dos progenitores, ya sea por fallecimiento o porque haya sido abandonado. En estos supuestos, es que entra a tallar la figura de la tutela. Así, de conformidad con Aguilar Llanos (2008), la tutela “es una creación de los hombres para la protección de menores cuyos padres no están al frente de ellos” (p. 506).

El artículo 502²⁰ de nuestro CC señala que en caso el menor que no se encuentre bajo la patria potestad, se le nombrará un tutor, quien estará encargado de realizar las mismas funciones que los progenitores del menor, es decir, cuidar de su persona y de sus bienes. La similitud entre ambas figuras es advertida por Plácido Vilcachagua (2010), quien afirma que constituyen la misma institución protectora, toda vez que se encuentran destinadas al mismo fin y bajo fundamentos similares (p. 225). Tal similitud salva a la

¹⁹ Artículo 1358 del Código Civil peruano.-

Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 1358.- Contratos que pueden celebrar la persona con capacidad de ejercicio restringida Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numerales 4 al 8 pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

²⁰ Artículo 502 del Código Civil peruano.-

Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes.

vista en el artículo 526²¹ del CC, que establece que los deberes correspondientes al tutor se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, con la diferencia de que la actuación del tutor se encuentra sometida a la vigilancia del consejo de familia.

Si bien es cierto la patria potestad y la tutela guardan muchas similitudes, ambas no pueden coexistir, toda vez que esta última es supletoria de la primera. Una diferencia considerable entre ambas figuras constituye el hecho de que en la patria potestad corresponde a los padres el usufructo legal, es decir, el derecho al uso y disfrute de los bienes de los hijos; en contraposición a ello, al tutor no se le es atribuible tal facultad.

Por otro lado, retomando las semejanzas existentes entre ambas figuras, es de advertirse que, en la tutela, al igual que en la patria potestad, corresponde al tutor representar al menor en todos aquellos actos de la vida civil que éste no pueda ejecutar por sí solo, por disposición de la ley, ello en virtud del artículo 527²² del CC. Ahora bien, uno de esos actos que el menor puede ejecutar por sí solos, siempre y cuando el discernimiento se encuentre presente, constituye el hecho de estar facultado para responder civilmente por los daños que cause, ello en virtud del artículo 458²³ del CC.

Una vez realizadas algunas precisiones en lo que respecta a la patria potestad y la tutela, corresponde remitir nuestro análisis en lo que respecta a la curatela de las personas mayores de edad carentes de discernimiento a los capítulos posteriores.

1.1 El nivel de discernimiento exigible por el Código Civil de 1984

Una vez precisados algunos conceptos en lo que respecta al discernimiento, corresponde analizar cuál es el nivel de falta de discernimiento que exigía el C.C., antes de la reforma, para considerar a la persona como “incapaz absoluto”.

²¹ Art. 526 del Código Civil peruano.-

El tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de éste y proteger y defender su persona. Estos deberes se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigilancia del consejo de familia. Cuando el menor carezca de vienes o éstos no sean suficientes, el tutor demandará el pago de una pensión alimenticia.

²² Artículo 527 del Código Civil peruano.-

El tutor representa al menor en todos los actos civiles, excepto en aquéllos que, por disposición de la ley, éste puede ejecutar por sí solo.

²³ Artículo 458 del Código Civil peruano.-

El menor capaz de discernimiento responde por los daños y perjuicios que causa.

Al respecto, cabe preguntarnos si dicha situación debe ser permanente o temporal, con la finalidad de que la persona se encuentre inmersa en el inciso 2 del artículo 43²⁴ del CC. En atención a ello, debemos señalar que dicho inciso alude a una pérdida de discernimiento que debe ser total, es decir, debe manifestarse de manera ininterrumpida en la vida de la persona. Torres Vásquez (2016) señala que el término “incapacidad absoluta”, contemplado en el artículo 43, abarca todos los actos de la vida humana. Además, dicha incapacidad debe ser duradera, por lo que no puede tener carácter provisional (como en el caso de la ebriedad no habitual y de la hipnosis, entre otros), es decir, “la causa que lo origina debe perdurar, aunque, es claro, que, si en algún momento cesa esa causa, el sujeto recupera su capacidad normal” (p. 260).

Por su parte, Fernández Sessarego (2002) confirma lo expuesto anteriormente, señalando que la forma en que se ha redactado el segundo inciso del modificado artículo 43 del CC, se ha hecho más breve y pulida, así como se deja en claro que las personas carentes de discernimiento previstas en el inciso 2 del referido artículo tienen que pasar por esta circunstancia de manera habitual, que constituye una limitación a la capacidad jurídica (pp. 197-198).

El hecho de que el legislador peruano haya previsto como causal de incapacidad absoluta respecto de las personas privadas de discernimiento por cualquier causa constituye abordar un contexto más amplio, a diferencia del C.C. de 1936, que establecía en el inciso segundo del artículo 9 a la enfermedad mental como única causal de privación del discernimiento²⁵, criterio que consideramos más adecuado a la realidad, toda vez que es imposible establecer de manera taxativa en un artículo todas las causales de privación de discernimiento. Así lo entiende Fernández Sessarego (2016), quien afirma que el referido inciso segundo, discrepando con lo señalado por el Código derogado, no limita

²⁴ Artículo 43 del Código Civil peruano.-

Son absolutamente incapaces:

2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.(*)

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

²⁵ Artículo 9 del Código Civil peruano de 1936.-

Son absolutamente incapaces:

(...) 2. Los que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento.

como única causa de privación de discernimiento a la enfermedad mental, más bien señala que dicha situación puede derivar de cualquier causa (p. 290).

Por ende, la terminología empleada por el segundo inciso del artículo 43 del CC abarca un universo bastante amplio, en el sentido de que señala que la privación de discernimiento puede deberse a cualquier causa. Por otro lado, la privación de discernimiento tiene que darse en forma habitual. Además, cabe señalar que aquello que es habitual, es definido por la RAE como aquello “que se hace, padece o posee con continuación o por hábito”.

Al respecto, un ejemplo de la referida privación de discernimiento en forma habitual, lo encontramos en la enfermedad de Alzheimer, que es una enfermedad que ocasiona problemas en la memoria de quien la padece, y se va incrementando conforme transcurre el tiempo. Por desgracia, dicha enfermedad no tiene cura y solo se puede recurrir a tratamientos. En consecuencia, la persona que padezca de Alzheimer, bajo el criterio adoptado antes de la reforma, debe estar sujeta a curatela y designársele un representante legal, previa declaración judicial de interdicción. Según Orueta Sánchez (2019) el Alzheimer es definido como:

Un proceso neuro- degenerativo de etiología desconocida, pero con distintos factores de riesgo identificados, con características neuropatológicas y neuroquímicas propias, que cursa con un deterioro progresivo de las funciones cognitivas que conllevan a una dificultad progresiva para realizar actividades diarias con un alto impacto sobre el enfermo, los familiares o cuidadores y la sociedad. (p. 113)

Por otro lado, la esquizofrenia también constituye un supuesto de la pérdida de discernimiento en forma habitual, la persona que padece puede sufrir alucinaciones totalmente ajenas a la realidad. De conformidad con Miret, Fatjó-Vilas, Peralta, & Fañanás. (2016), en lo referente a la esquizofrenia, afirman que:

Los síntomas básicos consisten en sutiles alteraciones subclínicas experimentadas subjetivamente por los pacientes con esquizofrenia. Estos están relacionados principalmente con la pulsión, el afecto, el pensamiento y el lenguaje, la

percepción, la memoria, la acción motora, las funciones vegetativas centrales, el control de los procesos cognitivos y la tolerancia al estrés.

Sin perjuicio de ello, en la actualidad el panorama resulta alentador para las personas que sufren de esquizofrenia. Como señalan Silva y Restrepo (2019):

La recuperación en la esquizofrenia es un tema que genera no solo una gran atención clínica sino también un importante impacto económico y social. Hasta hace setenta años, estos pacientes permanecían recluidos en instituciones psiquiátricas o asilos, generalmente sin esperanza de reintegrarse a la comunidad ... Los objetivos del tratamiento en la esquizofrenia han cambiado sustancialmente: de esperar un control modesto de los síntomas psicóticos a considerar la recuperación funcional como una posibilidad. La evidencia disponible indica que uno de cada siete pacientes con esquizofrenia logrará la recuperación funcional, lo que implica que la remisión de los síntomas positivos no es el objetivo final del tratamiento, sino solo una base para un mejor funcionamiento social y cognitivo que se traduce en una mejor calidad de vida. Hasta hace poco, no se creía que este punto de vista fuera posible para este importante trastorno mental.

Otro ejemplo lo encontramos en la enfermedad de Huntington constituye un caso más de la pérdida de discernimiento en forma habitual, dicha enfermedad afecta a las neuronas que se encuentran alojadas en el cerebro, ocasionando la pérdida de memoria y la pérdida de la capacidad de discernir. Además, la persona va perdiendo poco a poco su autonomía, hasta encontrarse en una situación de dependencia absoluta. Por desgracia, hasta la actualidad no se ha encontrado una cura para la referida enfermedad y un eventual tratamiento no haría más que retrasar lo inminente: la pérdida de la capacidad de discernimiento de la persona que padece dicha enfermedad. Siguiendo a Quigley (2017):

La enfermedad de Huntington juvenil (EJC) es una enfermedad neurodegenerativa que comienza antes de los 21 años. Aunque representa una proporción relativamente pequeña de los diagnósticos de enfermedad de Huntington (EH), su impacto es significativo en la calidad de vida de los

afectados. Los médicos pueden desconocer que la EH puede presentarse en la niñez y la adolescencia, retrasando el diagnóstico. La EH se desarrolla debido a una repetición CAG expandida en el gen Huntington. La rigidez, la distonía y las convulsiones son más comunes en la JHD. Los cambios cognitivos, como las deficiencias de la función ejecutiva y la disminución del rendimiento escolar, son comunes. La carga de los síntomas psiquiátricos es considerable e incluye depresión, ansiedad, impulsividad y agresión. Si bien se investigan enfoques novedosos para las intervenciones de tratamiento, La atención actual se limita a enfocar los síntomas en lugar de modificar la enfermedad. El diagnóstico oportuno y el tratamiento sintomático pueden maximizar la calidad de vida de estos pacientes²⁶

Ahora bien, un detalle que no debe pasar inadvertido consiste en el hecho de que las numerosas enfermedades que pueden afectar a la persona, generando la pérdida de discernimiento en forma habitual, afectan a las personas de manera distinta, por lo que no existe un criterio uniforme para que el juez llegue a la conclusión, bajo el criterio vigente antes de la reforma de que la persona, de que la persona debe ser declarada “interdicta” y, por ende, reciba la calificación de “incapaz absoluto”. Al respecto, Fernández Sessarego (2002) señala que nunca se vio satisfecho por la forma en que estuvo regulada la “incapacidad de ejercicio” en nuestro actual CC, debido a los limitados conocimientos con los que contaban en ese momento respecto de la materia, a parte el hecho de no tener referencias respecto a los antecedentes de la legislación comparada que pudieran servir de guía de trabajo y carecer del apoyo de un equipo pluridisciplinario. El hecho de restringir la capacidad de ejercicio de una persona es endeble y por tanto requiere de un profundo estudio interdisciplinario. La ausencia de una sólida exposición de motivos complica aún más la interpretación del artículo 43, toda vez que dicha exposición reside en una sencilla interpretación del texto, “pues los expertos que redactaron la fórmula que aparece en el Código de 1984 nunca entregaron una científica exposición de motivos de su propuesta ni pudimos intercambiar opiniones con ellos o plantearnos inquietudes e interrogantes” (pp. 192-193). Entonces, la preocupación por

²⁶ Traducción libre

parte del referido autor evidencia la falta de comunicación que hubo en aquel entonces, desencadenando en un artículo cuya redacción sin tener el sustento adecuado.

Somos de la opinión de que hubiese sido adecuado que en el segundo inciso del artículo 43 sea considerado el deber del juez de evaluar, en cada caso particular, el grado en que la enfermedad afecta el desarrollo normal de la vida de la persona que la padece, y en función a ello, determinar si es necesario restringirle la capacidad de ejercicio mediante la designación de un representante legal.

Siguiendo a Espinoza Espinoza (2019), la protección que brinda el Derecho a las personas carentes de discernimiento encuentra su explicación en el hecho de que se encuentran impedidas de exteriorizar su auténtica voluntad, toda vez que los actos que realizan se encuentran desprovistos de una valoración subjetiva (pp. 1257-1258). Al respecto, somos de la opinión de que el juez debe considerar en qué medida la enfermedad que padezca la persona le impide expresar su voluntad, no solo con la finalidad de definir o no si corresponde designar curador, sino también para definir cuáles son las funciones que se le encargarán a este último. Consideramos indispensable concluir en el presente acápite con las dos reflexiones, por no decir preocupaciones, planteadas por Fernández Sessarego (2002), quien sostiene que:

“más que referirse genéricamente a “incapaces” ... , lo técnicamente aconsejable era *aludir a diversos casos en los cuales la capacidad de ejercicio de una persona debía restringirse, en alguna medida, atendiendo a su salud o a su edad* [cursivas añadidas]. Ciertamente que esta restricción debería adecuarse, como está dicho, al caso específico de cada persona en la medida en que requiera de la asistencia de un tercero. *Lo que varía es el grado e intensidad de asistencia que la persona exige de acuerdo a la magnitud de los trastornos que padece ...*”. (pp. 195) [cursivas añadidas]

Por lo que consideramos que la reforma instaurada por el D.L. N° 1384 debió aprovechar en subsanar este error, en lugar de derogar el inciso segundo del artículo tercero, y dejar desprovistas de protección jurídica a las personas carentes de discernimiento, particularmente a las que hayan cumplido la mayoría de edad.

1.2 La curatela de las personas mayores de edad sin discernimiento

El Diccionario Panhispánico del español jurídico define al curador, desde el punto de vista jurídico, de la siguiente manera: “Persona encargada de cuidar a un mayor de edad y de administrar sus bienes por no poder hacerlo este por sí mismo en su razón de su incapacidad legalmente declarada”.

En nuestro CC, el modificado artículo 564²⁷, señalaba de manera taxativa quiénes eran las personas que estaban sujetas a curatela, dentro de las cuales se encuentran “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” (el análisis de cada uno de los supuestos tanto de incapacidad absoluta como incapacidad relativa será realizado en los capítulos posteriores). Asimismo, el artículo 565 del CC (cuya redacción no ha sido modificada) señala lo siguiente: “La curatela se instituye para: 1. Los incapaces mayores de edad 2. La administración de bienes 3. Asuntos determinados”.

En primer lugar, el artículo bajo comentario señala que la curatela solo se encuentra prevista para aquellas personas mayores de edad que sean calificadas como incapaces, ya sean absolutos o relativos, de conformidad con lo establecido en los modificados artículos 43²⁸ y 44²⁹ de nuestro CC. Como señala Plácido Vilcachagua (2010), bajo los supuestos de incapacidad absoluta o relativa: “En general, las atribuciones que se otorgan al curador de incapaces mayores de edad tienen por objeto

²⁷ Artículo 564 del Código Civil peruano.-

Están sujetas a curatela las personas a que se refieren los artículos 43°, incisos 2 y 3 y 44°, incisos 2 a 8.

²⁸ Artículo 43 del Código Civil peruano.-

Son absolutamente incapaces:

Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento (*).

(*). Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

²⁹ Artículo 44 del Código Civil peruano.-

Son relativamente incapaces:

Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad

Los retardados mentales.

Los que adolecen de deterioro mental que le impide expresar su libre voluntad.

Los pródigos.

Los que incurren en mala gestión.

Los ebrios habituales.

Los toxicómanos

Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

preservar la salud de éste y procurar su rehabilitación, así como también evitar que, por su incapacidad, sea perjudicado en su patrimonio”. (p. 350).

En lo que respecta a la administración de bienes, el artículo 602³⁰ del CC, establece las funciones que corresponden al curador en ese extremo. El hecho de haber previsto un curador para la administración de bienes, denota la intención de evitar que el patrimonio de la persona calificada como “incapaz” pueda verse afectado. Ello en vista de que antes de la reforma, el legislador peruano consideraba a las personas que recibían dicha calificación, como aquellas que son incapaces de valerse por sí mismas y, por tanto, se ponen en riesgo no solo a sí mismas, sino también a sus familias.

Así, el referido precepto prohíbe realizar cualquier otro acto administrativo que no sea destinado a la custodia y conservación de los bienes del representado, así como aquellos que sean indispensables para el cobro de créditos como el pago de las deudas. Por tanto, se ha establecido una limitación en torno a las facultades otorgadas al curador, quien está llamado a actuar en favor de la persona a quien representa.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, en la parte final del artículo 602, se prevé que el juez puede validar dichos actos, solo si se justifica que los mismos eran imprescindibles y útiles.

Por tanto, no es la persona que es incapaz de manera “absoluta” o “relativa”, quien tendrá la última palabra respecto a la validación de los actos realizados por su curador, sino más bien, el juez. En consecuencia, es evidente que se mantenía en aquel entonces la supremacía del modelo médico rehabilitador, puesto que la voluntad de la persona que debía contar por imperativo de la ley con un curador, (y no por decisión propia) pasaba a segundo plano. Por último, el artículo 615 establece que: “la curatela de los bienes cesa por la extinción de éstos o por haber desaparecido los motivos que la determinaron”.

El inciso 3 del artículo 565 prevé la institución de curatela para asuntos determinados. Esta afirmación resulta ser muy amplia. No obstante, no corresponderá a la persona (ya sea incapaz absoluta o relativa), establecer cuáles serán esos “asuntos

³⁰ Artículo 602 del Código Civil peruano.-

El curador de bienes no puede ejecutar otros actos administrativos que los de custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas. Sin embargo, los actos que le son prohibidos serán válidos si, justificada su necesidad o utilidad, los autoriza el juez, previa audiencia del consejo de familia.

determinados”, sino más bien al juez. Este criterio deja en evidencia la preeminencia del modelo médico rehabilitador en nuestro CC (de manera previa a la reforma).

Ahora bien, cabe preguntarse, cuáles son esos asuntos determinados a los que el legislador hace referencia. Al respecto, la respuesta a dicha interrogante la encontramos en el artículo 606³¹, el mismo que prevé de manera taxativa los supuestos bajo los cuales se nombra al denominado “curador especial”.

El actualmente derogado artículo 571³² de nuestro CC, establecía los requisitos para que se constituya la curatela del incapaz, es decir, se aplica a las personas contempladas en los numerales 2 y 3 de los artículos 43³³ y 44³⁴: los que por cualquier

³¹ Artículo 606 del Código Civil peruano.-

Se nombrará curador especial cuando:

- 1.- Los intereses de los hijos estén en oposición a los de sus padres que ejerzan la patria potestad.
- 2.- Los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda a sus padres.
- 3.- Los padres pierdan la administración de los bienes de sus hijos.
- 4.- Los intereses de las personas sujetas a tutela o a curatela estén en oposición a los de sus tutores o curadores, o a los de otros menores o a las personas con capacidad de ejercicio restringida que con ellos se hallen bajo un tutor o curador común.
- 5.- Los menores o las personas con capacidad de ejercicio restringida comprendidas en el artículo 44 incisos del 1 al 8, que tengan bienes lejos de su domicilio y no puedan ser convenientemente administrados por el tutor o curador.
- 6.- Haya negocios que exijan conocimientos especiales que no tenga el tutor o curador, o una administración separada de la que desempeña aquél.
- 7.- Los que estando bajo tutela o curatela adquieran bienes con la cláusula de no ser administrados por su tutor o curador general.
- 8.- El representante legal esté impedido de ejercer sus funciones.
- 9.- Una persona capaz no pueda intervenir en un asunto urgente ni designar apoderado.

³² Artículo 571 del Código Civil peruano.-

Para que estén sujetos a curatela los incapaces a que se refiere el artículo 569, se requiere que no puedan dirigir sus negocios, que no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes o que amenacen la seguridad ajena. (*)

(*) Artículo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

³³ Artículo 43 del Código Civil peruano.-

Son absolutamente incapaces: ...

- 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.(*) ...

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.

- 3.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. (*)

(*) Numeral derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29973, publicada el 24 diciembre 2012.

³⁴ Artículo 44 del Código Civil peruano.-

Tienen capacidad de ejercicio restringida:

- 2.- Los retardados mentales. (*)

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

causa se encuentren privados de discernimiento, los sordomudos, los ciegosordos o los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

En primer lugar, el referido precepto señala que la curatela para los incapaces procede en la medida en que no puedan dirigir sus negocios. Para ello, es necesario formularse la interrogante acerca de cómo se presenta esta situación en la vida real. Al respecto, Sánchez Vera (2010), llega a la conclusión de que “parece imposible siquiera admitir la posibilidad de que esto pudiera producirse, por ello participamos de la idea de que este requisito o exigencia personal debería eliminarse por ilógica e irreal” (p. 359). Compartimos la opinión del citado autor, toda vez que un supuesto de esta naturaleza dista mucho de estar presente en nuestra sociedad.

El segundo requisito respecto a la sujeción a la curatela constituye el hecho de que los incapaces previstos en los citados numerales 2 y 3 de los actualmente modificados artículos 43 y 44, no puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes. Cabe plantearnos la misma interrogante respecto al supuesto anterior.

En consecuencia, podemos arribar a la misma conclusión, es decir, que es indispensable que dichos sujetos de derecho sean asistidos mediante cuidados y socorros permanentes. Siguiendo a Sánchez Vera (2010) “no creemos que estos incapaces mayores de edad puedan prescindir de cuidados y socorros permanentes; por lo que, ante la imposibilidad real de que pueda producirse una situación contraria, es absurdo mantener en el ordenamiento legal esta situación personal” (p. 360).

El tercer supuesto del artículo bajo comentario, señala que para la sujeción a curatela de los incapaces previstos en los numerales 2 y 3 de los modificados artículos 43 y 44, se requiere de la amenaza a la seguridad ajena. Al respecto, consideramos que si

3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. (*)

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

bien es cierto no es algo que sea evidente, es perfectamente posible una persona privada de discernimiento (entre otros) constituya una amenaza para la seguridad ajena.

En efecto, somos de la opinión de que el hecho de carecer de discernimiento convierte a la persona en un potencial generador de daños a terceros, por lo que debería contar con una persona que lo asista en las actividades que realiza en su vida diaria. Siguiendo a Sánchez Vera (2010): “sostenemos que es exacto afirmar que cualquiera de este tipo de incapaces potencialmente puede configurar una amenaza a la seguridad ajena, en razón de que ninguno podría desarrollar sus actividades tomando precaución alguna” (p. 360).

Sin embargo, incidiendo en las personas carentes de discernimiento, considero que la presencia de tal discapacidad, varía en cada persona en particular, aún tratándose de la misma enfermedad (por ejemplo, esquizofrenia). Por lo que constituía el deber del juez, el evaluar cada situación al momento de designar un curador en favor de la persona “incapaz”. Como señala Fernández Sessarego (2002):

Las soluciones adoptadas siguen siendo en alguna medida rígidas, despersonalizadas, que no guardan concordancia con la realidad, es decir, que no atienden a la magnitud de los trastornos mentales ni a la edad del menor. No es lo mismo la atención que se debe prestar a una persona que padece un grave trastorno mental que la que es necesario dispensar a aquella otra que, si bien presenta un trastorno que requiere cuidados, su problema no es grave por lo que *no se le puede otorgar el mismo trato ni limitar su actividad de la misma medida.* (p.196) [cursivas añadidas]

Una vez analizados los tres supuestos del artículo 571, llegamos a la conclusión que las personas sujetas a curatela, se encuentran en imposibilidad de valerse por sí mismas. Además, puede inferirse que la redacción del referido precepto fue innecesaria. Siguiendo Sánchez Vera (2010):

Desde un punto de visto lógico y real, nos parece errado mantener el artículo 571 en nuestro ordenamiento sustantivo civil, por constituir consecuencias obvias que necesariamente serán apreciadas por el juzgador, pero que no requieren ubicarse en un cuerpo normativo”. (p. 360)

Afortunadamente, mediante Disposición Complementaria Derogatoria Única del D.L. N° 1384, el legislador peruano aprovechó en derogar el referido artículo, subsanando el error expuesto anteriormente.

De otro lado, el artículo 576 de nuestro Código Civil establece cuáles son las funciones del curador. Así, el referido precepto establece que: “el curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios. Es necesario, entonces, realizar un análisis de cada una de las funciones”. En lo que respecta a la función de proteger al incapaz, se advierte que el hecho de proteger implica el resguardo, tanto del patrimonio como de la persona misma a quien representa.

Como señala Sánchez Vera (2010), se entiende por protección al incapaz, “los cuidados que se le brindan al incapaz mayor de edad durante el periodo de incapacidad” (p. 369). A manera de ejemplo, el curador de una persona con Síndrome de Down debería ser aquella persona que pueda asistirlo cuando asista a sus terapias de habla y lenguaje, emocionales y conductuales, entre otros.

Otra función del curador consiste en proveer a su restablecimiento en la medida de lo posible. Al respecto, la definición que realiza la RAE del término “restablecer”, es la siguiente: “Recuperarse, repararse de una dolencia, enfermedad u otro daño o menoscabo”. Por tanto, es de advertirse que, para el Código Civil, las personas con discapacidad (entre ellas, las carentes de discernimiento), debían ser “rehabilitadas”, es decir, la enfermedad por la que padecían debía ser tratada, con la finalidad de que sean adaptadas a una sociedad, debido a que las “limitaciones” que las mismas tenían, las hacían “diferentes” al resto de la colectividad. En conclusión, el término restablecimiento es otra evidencia más de la supremacía del modelo médico rehabilitador antes de la reforma.

A su vez, el comentado artículo establece que otra función correspondiente al curador consiste en la colocación del incapaz en un establecimiento adecuado. Esto significaría que el curador no siempre es quien va a tener el conocimiento para asistir al incapaz de manera idónea. En vista de ello, será necesario recurrir a profesionales especializados en la enfermedad que se va a tratar. El internamiento se realizaría solo

cuando ello sea estrictamente necesario, con la finalidad de salvaguardar los intereses del incapaz. Sin embargo, dicha acción solo podrá ser realizada mediante una autorización judicial, de conformidad con lo señalado en el derogado artículo 578³⁵ del Código Civil.

Consideramos que este punto es importante porque el hecho de internar al incapaz en un determinado establecimiento, debería encontrarse eximido de responsabilidad, en caso el representado ocasione algún daño a un tercero, toda vez que este último sale de la esfera de cuidado del representante.

Otra de las funciones propias del curador, es la representación o asistencia, según el grado de la incapacidad, en los negocios del incapaz. Dicha función guarda relación con la administración de los bienes del incapaz. Así, siguiendo a Sánchez Vera (2010), dicha función “implica una gran responsabilidad porque puede beneficiar o afectar el patrimonio del incapaz mayor de edad” (p. 369).

Del mismo modo, la presente función es una evidencia más de la supremacía de la “sustitución de la voluntad” en nuestro Código Civil. Por tanto, la administración del patrimonio del incapaz por parte del curador, quedaba bajo el criterio adoptado por este último, pasando la voluntad del representado a un segundo plano (por no decir, que la misma era indiferente para las funciones del curador).

En tal sentido, Sánchez Vera (2010) propone una serie de ejemplos en lo que respecta a las funciones del curador, en vista de la ausencia de alguna norma que establezca los requisitos que debía reunir el curador para la asunción de tal función. Así, dichos ejemplos son los siguientes:

³⁵ Artículo 578 del Código Civil peruano.-

Para internar al incapaz en un establecimiento especial, el curador necesita autorización judicial, que se concede previo dictamen de dos peritos médicos, y, si no los hubiere, con audiencia del consejo de familia. (*)

(*) Artículo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

- a) Si la incapacidad de la persona le impide movilizarse entonces resultaría adecuado nombrar como curador a un hermano joven que se encuentre apto físicamente para ayudarlo a desplazarse y no a un padre anciano.
- b) Si el grado de incapacidad no permite al incapaz mayor de edad decidir sobre su tratamiento médico o su internamiento en un centro especializado, entonces el nombramiento de curador debería recaer sobre una persona con cierto grado de cultura para tomar una decisión correcta.
- c) Si el incapaz mayor de edad está impedido de tomar decisiones respecto a sus empresas, entonces requiere el nombramiento de una persona con conocimientos mínimos en los quehaceres empresariales para no afectarse su patrimonio ... (p. 369).

Consideramos relevante realizar un análisis del artículo 581 de nuestro Código Civil, el cual establece lo siguiente:

El juez, al declarar la interdicción del incapaz, fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquél.

En caso de duda sobre los límites de la curatela, o si a juicio del curador fuere necesario extenderla, el juez resolverá observando los trámites prescritos para declarar la interdicción.

Entonces, cabe advertirse que, si bien el curador es prácticamente un “sustituto” de la voluntad de la persona incapaz, su margen de actuación va a verse limitado por lo que el juez resuelva. En consecuencia, deberá tener en cuenta el grado de incapacidad propio de cada caso en particular y, además, cómo es que la incapacidad le impide a la persona desarrollar su vida con normalidad. Como señala Fernández Sessarego (2002):

El juez, en cada caso, determinará los alcances de restricción de la capacidad de ejercicio de cada sujeto de acuerdo con su estado y con las circunstancias a fin de determinar el grado de asistencia que requiere. Como se ha remarcado, *no se puede imponer una regla general, y por ello rígida, para resolver por igual todos los casos cuando el problema es eminentemente personal, atañe a cada persona, los grados de trastorno mental o de discapacidad varían, como es obvio, de persona a persona, por lo que el juez, con criterio humano, fina sensibilidad y*

adecuado asesoramiento, debe resolver adecuadamente el caso que se somete a su conocimiento”. (pp. 199,200) [cursivas añadidas]

Entonces, el juez deberá considerar el grado en que la incapacidad afecta el desarrollo de la persona, generando así la necesidad de un estudio interdisciplinario, destinado a identificar sobre las necesidades de la persona, y las funciones que tendrá que realizar el curador destinadas a la satisfacción de las mismas.

Así, el juez no solo está en el deber de designar las facultades correspondientes al curador, sino también a supervisar que su actuación está destinada a salvaguardar los intereses de la persona incapaz. Por su parte, Godenzi Montañez (2010) propone dar un margen más amplio a la actuación del curador, afirmando que el hecho de que el juez sea la única persona autorizada para dilucidar cualquier duda respecto a la curatela, así como para extender sus alcances si el caso lo amerita “implica una garantía o control en el ejercicio de la curatela; sin embargo, *consideramos atendible la posibilidad de que se permita al curador desarrollar cualquier acción que resulte necesaria y urgente, con cargo a dar cuenta al juzgador de las razones que tuvo para ejercer dicha facultad*” (p. 381) [cursivas añadidas].

Al respecto, somos de la opinión de que dicha inclusión sería favorable respecto de la persona incapaz, pero considero que una mejor redacción del artículo bajo comentario, hubiera sido aquella que incluya la obligación del curador de consultar a la persona incapaz sobre cuáles son aquellas acciones que resultan “necesarias y urgentes” que deben realizarse en favor de la misma.

De conformidad con el actualmente modificado artículo 610³⁶, la curatela termina mediante declaración judicial que levante la interdicción, respecto a los actualmente

³⁶ Artículo 610 del Código Civil peruano.-

La curatela instituida conforme a los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 a 7, cesa por declaración judicial que levanta la interdicción. La rehabilitación puede ser pedida por el curador y por cualquier interesado. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 610.-

La curatela instituida conforme al artículo 44, numerales 4 a 7, cesa por declaración judicial que levanta la interdicción. La rehabilitación puede ser pedida por el curador o por cualquier interesado.

derogados incisos 2 y 3 del artículo 43 (es decir, respecto a los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento y los sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable); y de los incisos del 2 al 7 del artículo 44 (es decir, respecto de los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales y los toxicómanos).

El artículo bajo comentario establece que la solicitud de rehabilitación puede ser presentada por el curador o por cualquier interesado. Por otro lado, como señala Echeandía Cevallos (2010):

Sin embargo, cabe plantear si la solicitud puede ser presentada también por el propio sujeto declarado interdicto, en la medida en que habría cesado la causa de su incapacidad y precisamente por eso es que busca la declaración de su rehabilitación judicial. Podría pensarse que el interdicto sí estaría legitimado para accionar personalmente, debido a que la norma faculta a “cualquier interesado” y él es sin duda alguna un interesado o, mejor dicho, el principal interesado. (p. 440)

Al respecto, consideramos que el legislador ha sido hábil al no considerar un supuesto de esta naturaleza, en vista de que mientras al no haberse expedido la declaración judicial que levante la interdicción, la persona incapaz aún continúa estando restringida en lo que respecta al ejercicio de sus derechos. Este ha sido el criterio adoptado por Echeandía Cevallos (2010), quien advierte que:

El buen sentido aconseja no permitirle tal acción directa, toda vez que a la luz de la ley, el interdicto es aún un incapaz y esa incapacidad cesará legalmente solo con la declaración de rehabilitación que todavía no se ha producido. (p. 440)

A manera de comparación legislativa, citaré algunos artículos de otras legislaciones en lo que respecta a la curatela. En primer lugar, encontramos el CCNA. Al respecto, el artículo 31 de dicho apartado legislativo señala que las reglas que deben aplicarse en lo que respecta a la limitación a la capacidad de ejercicio, señalando que:

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.

Por tanto, el CCNA, que fue uno de los primeros en adoptar la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad (en adelante, CDPD), ha puesto en práctica el modelo social, toda vez que la regla general es que siempre la libre capacidad de ejercicio se presume y solo, excepcionalmente, puede ser limitada (como señala el inciso b). Sin embargo, esta limitación no es total, sino más bien, deberá ser lo menos intromisiva posible respecto de la autonomía de la voluntad de la persona. Como señalan Fernández (2015), la presunción de la capacidad de ejercicio en favor de la persona requiere un procedimiento en el cual debe acreditar minuciosamente “la situación contraria a dicha presunción para permitir cualquier restricción a la capacidad” (p. 80).

En consecuencia, el levantamiento de dicha presunción requiere un estudio interdisciplinario (de conformidad con el inciso c del artículo 31 del CCNA), con la finalidad de que se diagnostique de manera acertada qué es lo que necesita la persona para ejercer su capacidad de ejercicio. Siguiendo a Fernández (2015), no es facultad ni potestad exclusiva concerniente a “la ciencia médico psiquiátrica la calificación de la existencia o ausencia de salud mental, requiriéndose por el contrario intervenciones de carácter interdisciplinario” (p. 81).

A su vez, el artículo 32 del CCNA, establece las condiciones bajo las que se puede limitar la capacidad de ejercicio de una persona, dándole prioridad al sistema de apoyos y salvaguardias, estableciendo la institución de un curador en favor de la persona

restringida en su capacidad de ejercicio solo de forma excepcional, siendo su redacción la siguiente:

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 [cursivas añadidas], siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador [cursivas añadidas]

En relación al primer párrafo, se advierte que el término “determinados actos” evidencia que la restricción a la capacidad de ejercicio es parcial, en vista de que no se sustituye la voluntad de la persona en forma absoluta, toda vez que la persona puede realizar todos aquellos actos, en forma autónoma, que no se encuentren previstos en la sentencia del juez que restringe la capacidad. A su vez, para que la capacidad sea restringida, como señalan Fernández (2015), “se exige un supuesto material, dado por las circunstancias personales y sociales de la persona y no por su pertenencia “a un grupo” y/o a la identificación con un diagnóstico” (p. 84). Por lo que se trata de una situación que va a determinarse en función a las características propias de la persona, con fundamento en el terreno subjetivo.

Por otro lado, en lo que respecta al segundo párrafo, se advierte que la regla general es la designación tanto de apoyos como de ajustes razonables en favor de la persona con capacidad de ejercicio restringida. Asimismo, la única excepción a dicha

regla será la que se encuentra prevista en el tercer párrafo del artículo bajo comentario, es decir, en el caso de la persona se vea impedida de relacionarse con su entorno y manifestar su voluntad por cualquier modo, medio o formato idóneo y el nuevo régimen de apoyos devenga en ineficiente, es solo en este caso que procederá la designación de un curador por parte del juez, en favor de la persona con capacidad de ejercicio restringida.

Asimismo, en lo que respecta al derecho civil colombiano, encontramos el artículo 1503 del CCNA, que establece que: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces”. Así, se parte de la premisa que afirma que toda persona tiene capacidad legal, no obstante, dicha presunción admite prueba en contrario. Ahora bien, cabe preguntarnos si en la legislación colombiana el hecho de carecer de discernimiento implica la privación de la libre capacidad de ejercicio. Al respecto, encontramos la respuesta en el artículo 6³⁷ de la Ley de 1996 (Ley N° 1996-2019), la cual reformó el Código Civil colombiano (en adelante, CC colombiano). Así, el citado precepto reconoce a las personas con discapacidad como sujetos de derecho, otorgándoles una capacidad legal “en igualdad de condiciones”. Asimismo, establece que el hecho de contar con apoyos no implica un detrimento a la libre capacidad de ejercicio de la persona con discapacidad.

A su vez, en lo que respecta al Código Civil colombiano, encontramos su adecuación a la CDPD. Como señala Hernández Campos (2020): “la Ley 1996 de 2019 parte del reconocimiento de capacidad legal a toda persona mayor de edad, *sin importar si están o no en situación de discapacidad*” [cursivas añadidas] (p. 66). En efecto, tras la modificación realizada por la referida ley, el artículo 1503³⁸ del CC colombiano partió de la presunción de que la capacidad legal corresponde a toda persona, a menos de que la ley disponga lo contrario. En conclusión, no es aplicable la curatela en lo que respecta

³⁷ Artículo 6 de la Ley de 1996 de 2019 colombiana.-

Todas las personas con discapacidad son sujetos de derechos y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos. En ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona.

³⁸ Artículo 1503 del Código Civil colombiano.-

Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces.

a la persona mayor de edad carente de discernimiento, toda vez que dicha situación no constituye causal de la pérdida de la plena capacidad de ejercicio.

1.2.1 La restricción a la capacidad de ejercicio en el Derecho Comparado:

A. España

En lo que respecta al Código Civil español (en adelante, CC español), encontramos que el hecho de encontrarse privado de discernimiento puede constituir una causal de restricción de la capacidad de ejercicio, toda vez que, en su artículo 199, se establece que: “Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley”. Por tanto, la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona mayor de edad solo puede realizarse mediante la intervención de un juez.

Asimismo, la privación de la capacidad de ejercicio tiene un concepto particular en España: la denominada “incapacitación”, la cual consiste en la realización de dicha restricción en beneficio de la persona y de sus intereses, previa declaración judicial. Como señala Alventosa del Río (2014), para el ordenamiento jurídico español, la incapacitación, lejos de ser una restricción de los derechos inherentes a la persona, constituye un mecanismo de protección establecido en favor de la misma, “cuando esta es incapaz de proteger sus intereses” (p. 257).

Ahora bien, el CC español establece una especie de “cláusula abierta” en lo referido a las situaciones que pueden generar la incapacitación. Así, el artículo 200 CC establece que: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”. Por lo que tal afirmación se presta a una serie de interpretaciones. Siguiendo a Alventosa del Río (2014): “el precepto no es muy preciso al indicar las causas de incapacitación, formulándolas de un modo general, pudiendo ser muy heterogéneas” (p. 259).

Por tanto, quedará al criterio del juez, determinar si la persona que se encuentra imposibilitada de velar por sí misma debe ser o no incapacitada. Por otro lado, es perfectamente admisible que las personas mayores de edad privadas de discernimiento sean incapacitadas, toda vez que dicha situación les impide gobernarse por sí mismas.

Por otro lado, como señala Alventosa del Río (2014), la determinación de la presencia de un supuesto de incapacitación constituye una labor del juez, que se realizará

teniendo en cuenta las pruebas que se lleven a cabo durante el transcurso del “procedimiento de incapacitación”, las cuales “consisten, entre otras, en el examen del presunto incapaz, en los testimonios de los parientes, y en los dictámenes periciales correspondientes” (p. 261).

Así, cabe concluir que, en España, las personas mayores de edad carentes de discernimiento pueden ser sometidas a curatela, previa sentencia judicial de incapacitación. Ello de conformidad con el artículo 287 del CC del CC español, el cual establece que: “Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique coloquen bajo esta forma de protección *en atención a su grado de discernimiento*” [cursivas añadidas].

Por último, en lo que respecta a la función del curador de las personas que han sido “incapacitadas”, dicha labor se encuentra prevista en el artículo 289 del CC español, que establece que: “La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido”. En lo que respecta a la limitación de la capacidad de ejercicio, dicha restricción puede ser parcial o absoluta, como señala Alventosa del Río (2014), la incapacitación es ajustable, en vista de que, en la sentencia emitida por el juez, puede establecerse “una privación plena de la capacidad de obrar o una privación parcial de la misma, pudiendo decretar incluso el internamiento del incapacitado, si lo considera oportuno” (p. 267).

Por tanto, podemos advertir que el CC español aún considera la privación de discernimiento como una causal de restricción a la capacidad de ejercicio de la persona mayor de edad, por lo que mantiene aún la adopción del modelo médico rehabilitador, el cual discrepa de la CDPD, que ha optado más bien por la puesta en práctica del modelo social.

B. Italia

Por su parte, en Italia la situación es más favorable en relación al respecto a la autonomía de la persona mayor de edad sin discernimiento. Así, en el artículo 404 se encuentra

prevista la figura del “Administrador de apoyo”. El referido artículo establece lo siguiente:

La persona que, como resultado de una enfermedad o impedimento físico o mental, se encuentra en la imposibilidad, aunque sea parcial o temporal, para atender sus propios intereses, *puede ser asistido por un administrador de apoyo*, designado por el juez tutelar del lugar en el que este último tenga su residencia o domicilio³⁹” (el subrayado es mío) [cursivas añadidas].

Por tanto, la labor del administrador de apoyo es meramente asistencial, lo que nos lleva a la conclusión de que no soslaya en forma alguna el reconocimiento de la capacidad de ejercicio de la persona en favor de quien se establece. Asimismo, en Italia se encuentran previstas la interdicción y la inhabilitación como formas de restricción a la capacidad de ejercicio.

En lo que respecta a la interdicción, el artículo 414 del CC italiano establece que tanto el mayor de edad como el menor emancipado, que se encuentran en una situación en la que padezcan de una debilidad mental que los convierte en incapaces de satisfacer sus propios intereses serán interdictos solo cuando ello resulte estrictamente necesario para asegurar su protección⁴⁰. Por lo que la interdicción es una forma de restricción a la capacidad de ejercicio únicamente excepcional, y siempre con una finalidad tuitiva.

Por otro lado, el artículo 415 del CC italiano establece quiénes son las personas que pueden ser declaradas inhabilitadas. Así, el referido precepto señala que tanto el mayor de edad y los enfermos mentales, cuya situación no sea tan grave como para dar lugar a la interdicción, pueden ser inhabilitados. Además, pueden ser inhabilitados quienes, debido al consumo excesivo de bebidas alcohólicas o drogas, se encuentran expuestos tanto ellos como su familia a graves perjuicios económicos. Finalmente, el referido artículo señala que aquellos que son sordos y ciegos desde el nacimiento o la primera infancia pueden ser inhabilitados si no han recibido la educación suficiente, sin

³⁹ Traducción libre

⁴⁰ Traducción libre

dejar de lado la aplicación del artículo 414 del CC italiano, cuando parezca que son completamente incapaces de satisfacer sus propios intereses⁴¹.

Por tanto, el nivel de aptitud de las personas de satisfacer sus intereses de manera autónoma será el que determina si esta debe ser sometida a interdicción o inhabilitación, siendo la última de estas la menos restrictiva respecto a la restricción de la capacidad de ejercicio de la persona. Como señala Corral Talciani (2011) “la interdicción lleva por consecuencia la puesta en tutela de la persona. La inhabilitación, en cambio, produce sólo una incapacidad relativa y da paso a una curatela que concede mayor autonomía al sometido a ella” (p. 41).

C. Francia

A su vez, en Francia, también se advierte la función protectora respecto de la persona que se encuentra en imposibilidad de satisfacer sus intereses en forma autónoma. Al respecto, el artículo 425 del CC de dicho país, el cual establece que:

Cualquiera que no pueda satisfacer sus propios intereses por sí mismo debido a una alteración médicamente establecida de sus facultades mentales o corporales que impida la expresión de su voluntad puede beneficiarse de una protección legal prevista en este capítulo. Si no se dispone lo contrario, la medida tiene por objeto proteger tanto a la persona como a los intereses patrimoniales de esta última. Sin embargo, puede limitarse expresamente a una de estas dos misiones⁴² [cursivas añadidas].

Por lo que es requisito indispensable que la persona se encuentre imposibilitada de expresar su voluntad, si es que se trata de establecer una protección legal en su favor. Una de las formas de establecer dicha protección legal, la encontramos en la figura del curador, cuyo rol a desempeñar se encuentra previsto en el artículo 440, el cual establece que:

⁴¹ Traducción libre

⁴² Traducción libre

La persona que, sin ser incapaz de actuar por sí misma, necesite, por alguna de las causas previstas en el artículo 425 , ser asistido o vigilado permanentemente en actos importantes de la vida civil puede estar bajo curaduría. *La curaduría solo se establece si se establece que la salvaguardia de la justicia no puede garantizar una protección suficiente.* Podrá colocarse en tutela la persona que, por alguna de las causas previstas en el artículo 425, deba estar representada ininterrumpidamente en actos civiles. La tutela solo se pronuncia si se establece que ni la tutela de la justicia ni la tutela pueden brindar protección suficiente⁴³ [cursivas añadidas]

Al respecto, se puede advertir que la regla general es el establecimiento de la denominada “salvaguardia de justicia”, y que la excepción constituye el establecimiento de la “curaduría”, en caso de que la protección otorgada por la primera de estas resulte escasa. Por otro lado, la “salvaguardia de justicia” constituye una forma de asistencia que resulta menos intromisiva en la capacidad de ejercicio de la persona.

El artículo 433 del CC francés establece que la tutela otorgada por la salvaguardia de justicia se establece solo mediante la vía judicial, por alguna de las causales previstas en el artículo 425 (analizado anteriormente)⁴⁴. Además, de conformidad con el referido artículo, la protección jurídica brindada por dicha forma de asistencia es solo de naturaleza temporal y para la realización de determinados actos específicos⁴⁵. Por último, en el artículo 435 del CC francés, se advierte que la persona que se encuentra bajo la protección judicial de la salvaguardia de justicia conserva el ejercicio de sus derechos, por lo que su autonomía no se ve afectada en forma alguna⁴⁶. Por tanto, la curatela, a diferencia de la salvaguardia de justicia, resulta más intromisiva respecto a la libre capacidad de ejercicio de la persona que se encuentra imposibilitada de satisfacer sus intereses en forma autónoma. Por tanto, el curador ejercerá una función de representación, que a su vez se ejercerá de manera ininterrumpida.

⁴³ Traducción libre

⁴⁴ Traducción libre.

⁴⁵ Traducción libre.

⁴⁶ Traducción libre.

D.Alemania

Por último, en lo que respecta a Alemania, la función del curador se limita a una forma de asistencia en favor de la persona mayor de edad. En consecuencia, la función del curador no va destinada a la relegar a la persona en el ejercicio de sus derechos. Así, el artículo 1896 del BGB, establece que, si una persona mayor de edad se encuentra imposibilitada a atender sus asuntos en su totalidad o en parte debido a una enfermedad mental o una discapacidad física, mental o emocional, el Tribunal de Tutela designará, a petición de este o de oficio, a un curador ... Si el mayor de edad se encuentra imposibilitado de atender sus asuntos debido a una discapacidad física, el curador solo será designado a solicitud del mayor de edad, a menos que este último se encuentre imposibilitado de expresar su voluntad. No se puede nombrar un curador en contra de la voluntad del mayor de edad⁴⁷ ...

Asimismo, es evidente que en Alemania no es viable que una persona mayor de edad se vea privada en forma absoluta del libre ejercicio de sus derechos. Siguiendo a Weidenslaufer y Truffello (2019):

Como “administrador a tiempo limitado”, el curador legal se ocupa de las necesidades sociales y legales del tutelado y lo ayudan en su camino a una vida con determinación propia. La curatela legal no significa entonces que la persona pierda el derecho a determinar ella misma sobre su vida y sobre la manera de vivirla. *Se trata solamente de un apoyo* (p. 15) [cursivas añadidas].

Así, el centro de atención siempre será la voluntad de la persona que va a ser asistida, siendo la labor del curador únicamente asistencial, en lo que respecta a la toma de decisiones. En conclusión, somos de la opinión que de los seis países expuestos anteriormente, Alemania es el que se encuentra más acorde al modelo social, instaurado por la CDPD.

1.3 El modelo médico rehabilitador en la normativa civil. Concepto.

En primer lugar, es necesario señalar que el modelo médico rehabilitador implica una sustitución de la voluntad en lo que respecta a la toma de decisiones, en detrimento del

⁴⁷ Traducción libre.

reconocimiento de la plena capacidad de ejercicio persona con discapacidad. Ello en vista de que se le considera como alguien que se encuentra imposibilitado de ejercer sus derechos por cuenta propia, siendo necesario que se designe a un tercero que realice dicha acción en su nombre y representación. A su vez, dicho representante no se encuentra en la obligación de consultar a su representado al momento de tomar decisiones, lo cual agrava aún más la situación respecto de la restricción a la capacidad de ejercicio del representado.

Así, el modelo médico rehabilitador, como su mismo nombre lo indica, considera que las personas con discapacidad deben ser “rehabilitadas” mediante un tratamiento personalizado. Como señala Agustina Palacios (2015), el principal objetivo del modelo médico rehabilitador consiste en “normalizar” a las personas, sin importar que dicha acción tenga como consecuencia “forjar la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que la discapacidad representa ... La discapacidad es considerada exclusivamente un problema de la persona, producido por una enfermedad, accidente o condición de salud, que requiere de cuidados médicos prestados por profesionales en forma de tratamiento individual. En consecuencia, el tratamiento ... se encuentra encaminado a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona, o un cambio en su conducta. *La discapacidad es abordada exclusivamente dentro de la legislación de asistencia y seguridad social, o como parte ciertas cuestiones del derecho civil relacionadas con la incapacitación y la tutela*” (pp. 12-13) [cursivas añadidas].

De esta manera, en el modelo médico rehabilitador, la participación de la persona con discapacidad es prácticamente “nula” en lo que respecta a la toma de decisiones que van a repercutir en su vida, pasando el protagonismo a su representante legal designado judicialmente. Como señala Gloria Céspedes (2005), en el modelo médico rehabilitador la discapacidad es concebida como una dificultad inherente al individuo, toda vez que él es quien tiene una “anormalidad física, sensorial o mental”, siendo la causa principal de las complicaciones su imperfección y su carencia de habilidad. Por tanto, dicha situación origina la necesidad de un restablecimiento que se enfoque en el sujeto visto como paciente, quien requiere con urgencia una asistencia médica personalizada, por parte de un “profesional de la salud”. Siendo una de las características más importantes del modelo bajo comentario que el individuo está propenso a aceptar el papel de “enfermo”, sin que se tenga en consideración sus derechos, “pero tampoco sus deberes en los

contextos cercanos familia, comunidad, trabajo, etc., por lo que se transforma en un individuo pasivo que ve el proceso de la rehabilitación como responsabilidad del personal de salud” (p. 110).

Entonces, la consecuencia de la adopción del modelo médico rehabilitador será que la persona con discapacidad tenga la idea de que el problema es ella misma, debido a las falencias que presenta y que dicha situación puede ser remediada mediante una rehabilitación del personal médico adecuado. Lo que, dicho sea de paso, generará también un sentimiento de dependencia en la persona con discapacidad, siendo este otro aspecto negativo.

Ahora bien, la presencia del modelo médico rehabilitador en nuestro país se evidenció en nuestro Código Civil de 1984, antes de la entrada en vigencia del D.L. N° 1384. Así, el modificado artículo 43 brindaba, en su inciso segundo, la calificación de “absolutamente incapaz” a “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” y, por otro lado, el también modificado artículo 44, establecía que eran “relativamente incapaces”, a los “retardados mentales” y “los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad”, entre otros.

En vista de que dichas personas eran consideradas como incapaces absolutos y relativos, en ambos supuestos correspondía la designación de un representante legal, previo proceso de interdicción. Así, el hecho de carecer de discernimiento, previo a la reforma, constituía una causal de interdicción, lo que conllevaba la privación de la capacidad de ejercicio en forma absoluta. Al respecto, el derogado inciso primero del artículo 565⁴⁸ del CC, establecía que los “incapaces mayores de edad” se encontraban sujetos curatela. De conformidad con Vallejo Jiménez, Hernández Ríos y Posso Ramírez (2017):

Hasta hace pocos años, la capacidad de ejercicio era un derecho vedado para las personas con discapacidad, pues pese a ser titulares de derechos y obligaciones,

⁴⁸ Artículo 565 del Código Civil peruano.-

La curatela se instituye para:

1.- *Los incapaces mayores de edad. (*)* ...

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

se les limitaba la posibilidad de ejercicio por cuenta propia, implicándoles vivir bajo el yugo de un modelo asistencialista que limitaba su autonomía y capacidad de decisión sobre los asuntos que afectaban su proceso de vida, quedando relegado el ejercicio de este derecho fundamental a terceros quienes tomaban decisiones por ellos (p. 5).

Bajo el criterio de modelo médico rehabilitador, en el CC de 1984 se relegó a las personas carentes de discernimiento en el ejercicio de sus derechos y, en consecuencia, en la toma de decisiones, con la finalidad de salvaguardar sus intereses. Al respecto, Barreto Souza (2015), manifiesta su preocupación ante tal situación, afirmando que “la autonomía de las personas se ha subvertido sistemáticamente a través de las herramientas legales que permiten la usurpación de la capacidad jurídica de los actos de la vida en la sociedad” (p. 190).

Por tanto, la aplicación del modelo médico rehabilitador en nuestro país discrepa de lo establecido en el artículo 12 la CDPD, que promueve la adopción del modelo social y, además, afirma la obligación de los Estados partes tanto de reconocer que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de su vida”, como de reafirmar “que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Aguilar Llanos (2019), señala que, al recibir la calificación de incapaz absoluto o relativo, quedó excluido del “mundo del derecho”, sustituido de manera absoluta por parte del curador, quien se hacía cargo tanto de la persona como de los bienes del curado. Este último no tenía ni la más mínima participación, toda vez que el curador no estaba en la obligación de consultarle sobre cualquier decisión trascendente en la vida del curado. “Se tenía que recurrir al juez para que autorice dicho acto, e incluso en este procedimiento tampoco intervenía el curado” (p. 98).

Además, el nombramiento de un curador generaba una serie de atropellos respecto de la autonomía de la persona con discapacidad, toda vez que este podría actuar en forma arbitraria, y sin tener como objetivo principal el beneficio del curado, sino por el contrario, el suyo propio. Acuña, Bregaglio y Olivera (2012) son conscientes de tal

situación, por lo que afirman que la sustitución en la toma de decisiones daba lugar a una variedad de excesos y vulneraciones de los derechos de las “personas con discapacidad mental”, toda vez que ciertos curadores no consideraban los “intereses” de sus representados al momento de tomar decisiones, que iban a influir en la vida de estos últimos. En consecuencia, ello ha dado lugar a situaciones realmente preocupantes, en vista de que, en diversos supuestos, los curadores no tienen el deber de acreditar que sus “decisiones” están dirigidas a velar por “el mejor interés, beneficio o responden a los deseos de las personas con discapacidad mental, abusando de su posición de autoridad” (p. 16).

Ante tal situación, era evidente la necesidad de adecuar nuestro CC a lo establecido en la CDPD. Plácido Vilcachagua (2019) advierte que es indispensable llevar a cabo una “reestructuración” en nuestra sociedad, con la finalidad de que todos sus integrantes sean incluidos, considerando cada una de sus “particularidades” (p. 131). Por tanto, bajo la perspectiva del modelo social, es necesario que a la persona con discapacidad se le brinden las facilidades necesarias, para que puedan ejercer sus derechos de una manera totalmente libre y sin lugar a restricciones.

Tal criterio es el seguido por Acuña, Bregaglio y Olivera (2012), quienes justifican la necesidad de una reforma y, por tanto, la adopción de un modelo social, señalando que en el modelo médico rehabilitador, las personas que padecen alguna discapacidad mental, a diferencia de las personas que no la padecen, no tienen la libertad de escoger entre una serie de alternativas, manifestando su “voluntad”, toda vez que están en la obligación de demostrar que sus determinaciones son la más idóneas y que los peligros de errar son mínimos. Así, solo mediante esta vía se encuentran facultadas de tomar decisiones en forma autónoma, sin la intervención de terceros. No obstante, esta postura debe ser modificada, toda vez que da lugar a tratos desiguales, que dan lugar a una “violación de los derechos de las personas con discapacidad mental”. Por lo que todas las personas, incluyendo a las personas que padecen alguna discapacidad mental, deben tener la facultad de escoger en forma independiente sobre cualquier vertiente que guarde relación con su vida diaria, conforme a lo que estimen sea favorable a sus intereses. Evidentemente, dicha situación da lugar a la posibilidad de elijan erróneamente, reincidir en los mismos desaciertos o cometer nuevos y, por tanto, “aprender, o no aprender, de ellos como lo hacen las demás personas”. (p. 16).

Es entonces que, mediante la adhesión de nuestro país a la CDPD, se da el primer paso hacia la adaptación de nuestro CC al modelo social, el cual resulta más inclusivo en favor de las personas con discapacidad, puesto que entiende que las limitaciones que afrontan, han sido las que han sido impuestas por la misma sociedad. Por tanto, las mismas pueden ser superadas en favor de la igualdad. Así lo entiende Barreto Souza (2015), quien señala que la citada Convención: “adopta en sus artículos el preámbulo el nuevo paradigma legal de la discapacidad: la supremacía de la autonomía” (p. 183).

2. La interdicción y las causales previstas en el Código civil de 1984

En primer lugar, la interdicción civil, según el Diccionario prehispanico del español jurídico, es “un procedimiento de carácter civil orientado a declarar que determinada persona no cuenta con las capacidades intelectuales o volitivas para ejecutar su capacidad de ejercicio”. Según el Diccionario Prehispanico del Español Jurídico, la interdicción es definida como aquel “procedimiento de carácter civil orientado a declarar que determinada persona no cuenta con las capacidades intelectuales y volitivas para ejecutar su capacidad de ejercicio”. Más específicamente, consiste en la limitación de la capacidad de ejercicio respecto de la persona que se encuentre prevista en alguno de los supuestos de los artículos 43⁴⁹ y 44⁵⁰ de nuestro CC

⁴⁹ Artículo 43 del Código Civil peruano.-

Son absolutamente incapaces:

1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. (*)

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

3.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. (*)

(*) Numeral derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29973, publicada el 24 diciembre 2012.

⁵⁰ Artículo 44.-

Tienen capacidad de ejercicio restringida:

1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

2.- Los retardados mentales. (*)

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. (*)

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

Así, la interdicción debe ser judicialmente declarada si lo que se pretende es nombrar un representante legal en favor de la persona que sea considerada como incapaz “absoluto” o “relativo”. A su vez, en vista de la carga judicial presente en nuestro país, el proceso podía tardar meses, e inclusive años, lo que implicaba una desventaja respecto de las personas que debían pasar por él. Eso sin mencionar que la última palabra respecto de quién iba a cumplir la función del representante legal la tenía el juez, y no la persona que iba a ser representada.

Cieza Mora (2015) advierte que tanto la interdicción como la curatela implicaban una sustitución en la toma de decisiones en perjuicio de las personas con discapacidad y era irrelevante si la actuación del curador reflejaba la voluntad de la persona a quien representaba, por lo que su dignidad pasaba a segundo plano y, además, pasaba a ser considerada como un “muerto civil” (p. 46).

Ahora bien, el requisito de la declaración judicial de interdicción lo encontramos en el artículo 566⁵¹ de nuestro CC, que señala a la declaración judicial de interdicción requisito ineludible para la designación de un curador respecto de los incapaces, constituyendo la única excepción a dicha situación el caso de aquellas personas que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. Pasaremos a continuación a analizar cada uno de los supuestos bajo los cuales es necesario designar un curador, previa declaración judicial de interdicción.

En primer lugar, encontramos el actualmente derogado inciso 2 del artículo 43 de nuestro CC, que califica como “absolutamente incapaces” a aquellas personas que debido

4.- Los pródigos.

5.- Los que incurrir en mala gestión.

6.- Los ebrios habituales.

7.- Los toxicómanos.

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.(*)

(* Numeral incorporado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

⁵¹ Artículo 566 del Código Civil peruano.-

No se puede nombrar curador para los incapaces sin que preceda declaración judicial de interdicción, salvo en el caso del inciso 8 del artículo 44. (*)

(* Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 566.-

No se puede nombrar curador para las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 en los numerales 4 al 7 sin que preceda declaración judicial de interdicción.”

a cualquier causa se encuentren privadas de discernimiento. Respecto a esta cuestión, nos remitiremos a lo desarrollado en el punto 1.1 del presente trabajo.

En segundo lugar, en lo que respecta a los denominados “incapaces relativos”, el inciso 1 del artículo 44⁵², le brinda dicha calificación a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. En consecuencia, dado que aún no han alcanzado la mayoría de edad, serán sus padres quienes ejercerán la función de ser sus representantes legales, mediante el ejercicio de la patria potestad o, ante la ausencia de ellos, se les designará un tutor.

2.1. Los retardados mentales

Por otro lado, el derogado segundo inciso del artículo 44 brinda la calificación de “relativamente incapaces” a los denominados “retardados mentales”. En primer lugar, es de advertirse que el término “retardo” es sinónimo de retraso o, mejor dicho, deficiencia. La RAE define a la deficiencia mental como un “Funcionamiento intelectual inferior a lo normal que se manifiesta desde la infancia y está asociado a desajustes en el comportamiento”.

Por tanto, se infiere que el retardado mental será aquel cuyo desarrollo en sus facultades cognitivas se encuentra en demora respecto de una persona que tenga su misma edad, quien por el contrario se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales. Fernández Sessarego (2016) señala que dentro de esta categoría deben ser incluidas aquellas personas que por el motivo que fuere, cuentan con un insuficiente desarrollo intelectual en lo que a su edad refiere, lo que equivale a señalar que su capacidad

⁵² Redacción original del:

Artículo 44 del Código Civil peruano.-

Tienen capacidad de ejercicio restringida:

- 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
- 2.- Los retardados mentales.
- 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
- 4.- Los pródigos.
- 5.- Los que incurrir en mala gestión.
- 6.- Los ebrios habituales.
- 7.- Los toxicómanos.
- 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

intelectual ha encontrado un freno y, por tanto, no ha sido desarrollada conforme a su edad (pp. 297).

Dado que la persona que sufre un trastorno mental tiene un desarrollo cognitivo inferior a la media, bajo el criterio anterior a la reforma, es pertinente que se le designe un curador, en atención a salvaguardar los intereses del representado. En nuestra opinión, consideramos que lo que el legislador lo que buscaba era que las decisiones que iban a influir en la persona representada, debían ser tomadas por una persona que se encuentre en pleno uso de sus facultades mentales, es decir, por su curador. Sin embargo, ello implicaba dejar de lado la realización de cualquier esfuerzo por obtener la manifestación de la voluntad del “relativamente incapaz”, dando paso a la arbitrariedad.

Torres Vásquez (2016) define al retardado mental como aquel sujeto cuyo desarrollo mental se ha visto truncado, es desencadenado en un “coeficiente intelectual” deficitario que frustra la dirección normal de su persona, así como la administración de su patrimonio. Dado como ejemplo el caso de un niño cuyo “desarrollo mental” se dio con normalidad hasta los once años, edad en la que su capacidad intelectual se vio frenada, no siendo el caso respecto del “desarrollo físico”, que continuó con normalidad, por lo que al cumplir los dieciocho años, su físico en conforme a su edad, pero su “capacidad intelectual” corresponde a la de un niño de once años (p. 267).

2.2. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad

Por su parte, el inciso 3 del artículo 44, actualmente derogado, señalaba que son relativamente incapaces “los sujetos que sufren de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad”. Al respecto, cabe señalar que dichas personas tienen una pérdida de discernimiento que no tiene el requisito de la habitualidad, a diferencia de la causal de incapacidad absoluta del derogado inciso 2 del artículo 43, que establece una pérdida de discernimiento que cuenta con dicha característica.

Sin embargo, en ambos supuestos, bajo el criterio anterior a la reforma, corresponderá la designación de un curador, toda vez que para el legislador era determinante que la persona se encuentre en pleno uso de sus facultades mentales al momento de determinar si podía o no actuar los derechos de los que es titular por cuenta

propia. En atención a ello, nos llama la atención el hecho de que dicho criterio haya sido suprimido a la actualidad con la dación del D.L. N° 1384.

Retomando el tema del deterioro mental, Torrez Vásquez (2016) señala que el mismo soslaya la actitud que tiene la persona de manifestar su voluntad sin la ayuda de terceras personas. Por tanto, carece de las capacidades mentales necesarias para que se determine que la persona se encuentra en la misma situación que las demás. Así, su identidad resulta escasa para determinar que tiene una completa “capacidad de discernimiento”, la cual resulta necesaria para que la persona sea considerada como plenamente capaz de ejercer sus derechos en forma autónoma (p. 268). Por otro lado, según el Diccionario Médico de Educación Especial (1985), la palabra deterioro es definida de la siguiente manera:

“daño progresivo, en mayor o menor grado, de las facultades intelectuales o físicas de una persona (...) El término hace referencia siempre a un debilitamiento más o menos progresivo, parcial o general, de las funciones mentales en relación al rendimiento anterior” (pp. 634,635).

Por su parte, Torres Vásquez (2016) propone, a manera de ejemplo, el caso de una persona que ejercía de la función de catedrático universitario, de manera talentosa. Sin embargo, debido a un accidente, se ve afectada por un “traumatismo encefalocraneano con pérdida de la conciencia”. No obstante, la va recobrando conforme transcurre el tiempo, hasta el extremo de lograr identificarse tanto a sí mismo como a las personas cercanas a él, estando en condiciones de movilizarse sin necesidad de asistencia. Asimismo, se encuentra facultada celebrar contratos relacionados de las necesidades de su vida diaria. A pesar de ello, su recuperación no es completa, toda vez que ha sufrido un deterioro en su capacidad mental de carácter irreversible, que ha ocasionado que dicha persona se vea imposibilitada de retornar a la cátedra universitaria o de encabezar negocios de cierta importancia (p. 269).

2.3. Causales de interdicción no derivadas de una afectación en la mente humana

Por otro lado, el inciso 4 del artículo 44 consideraba como relativamente incapaces a quien sean denominados “pródigos”. En primer lugar, el término pródigo, según el

Diccionario Jurídico Elemental, es definido como aquel “Derrochador, disipador de sus bienes”. Así, quien disminuye su patrimonio sin justificación alguna, puede conllevar a la miseria no solo a sí mismo, sino también a su familia, toda vez que dicha persona tendrá herederos a quienes heredar sus bienes. Al respecto, el artículo 725⁵³ de nuestro CC, señala que la persona que tiene herederos forzosos, cuenta con un tercio de libre disposición respecto de sus bienes.

Por otro lado, el artículo 724⁵⁴ de nuestro CC, señala taxativamente a quiénes corresponde la calidad de herederos forzosos. Como señala Torres Vásquez (2016), el patrimonio correspondiente a una persona es de su libre disponibilidad, es decir, puede ofrecerlo, regalarlo, dejarlo; sin que sus descendientes y el resto de su familia puedan plantear objeción alguna, a menos que haya malgastado sus bienes a tal extremo que haya excedido la cantidad de libre disposición con la que cuenta para testar, siendo el caso que:

Solamente su cónyuge, sus herederos forzosos, y, por excepción, el Ministerio Público, de oficio a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o están incapacitados, pueden solicitar que se le declare interdicto por pródigo y que se le nombre un curador (art. 587⁵⁵) (p. 271).

Entonces, al ser los “herederos forzosos” los potencialmente afectados, el legislador peruano a dispuesto acertadamente que ellos son los primeros en tener la facultad de solicitar ante un juez que se declare interdicto por “pródigo” a quien haya excedido la porción de libre disposición con la que cuenta para otorgar testamento.

Por otro lado, Torres Vázquez (2019) define al pródigo como aquella persona que malgasta su patrimonio en forma descontrolada, en cosas que no son indispensables, en juegos frecuentes, “donaciones cuantiosas sin causa adecuada, gastos ruinosos que no

⁵³ Artículo 725 del Código Civil peruano.-

El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

⁵⁴ Artículo 724 del Código Civil peruano.-

Herederos forzosos Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho.

⁵⁵ Artículo 587 del Código Civil peruano-

Pueden pedir la curatela del pródigo o del mal gestor, sólo su cónyuge, sus herederos forzosos, y, por excepción, el Ministerio Público, de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquellos sean menores o estén incapacitados.

guardan proporción con los medios de que dispone para atender las necesidades familiares” (p. 107).

Santos Briz (1978) afirma que desde una perspectiva subjetiva, los actos realizados por el pródigo se alejan al del “hombre juicioso de tipo medio”, por lo que, al no estar conformes a dicho estándar de conducta, su actuación radica “en un comportamiento anormal patológico, psicológicamente no comprensible” (p. 407). Por lo que es en virtud de tal situación, y con la finalidad salvaguardar tanto los intereses de la persona que despilfarra su patrimonio como los de su familia, que el legislador peruano ha dispuesto que se le designe un curador a quien previamente haya sido declarado interdicto por ser considerado como “pródigo”, quien se encargará de ejercitar los derechos correspondientes a su representado.

Continuando con el análisis del artículo 44, el inciso 5 calificaba como “relativamente incapaces” a “los que incurren en mala gestión”. Al respecto, la palabra “gestionar, es según la RAE, tiene el siguiente significado: “Ocuparse de la administración, organización y funcionamiento de una empresa, actividad económica u organismo”. Por lo que puede inferirse que una mala gestión conlleva al hecho de no tener la capacidad de dirigir de una manera idónea los asuntos que se tiene a cargo.

Por su parte, Espinoza Espinoza (2019) define a quienes incurren en mala gestión como “los inhábiles para manejar su patrimonio y que por ello han perdido más de la mitad de sus bienes” (p. 129). En consecuencia, al haberse excedido el tercio de libre disposición con el que cuenta toda persona para otorgar testamento, el legislador ha considerado pertinente designarle un curador, con la finalidad de que tanto la persona “inhábil” como sus herederos forzosos, no se vean afectados por un mal manejo del patrimonio del calificado como “relativamente incapaz”. A su vez, siguiendo a Torres Vásquez (2019), quien incurre en mala gestión, a diferencia del pródigo, no es quien malgasta su patrimonio, sino por el contrario, quien evidencia que no cuenta con la destreza suficiente “para la gestión de sus negocios, exponiendo a su familia al peligro de la miseria” (p. 111).

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, no hay un criterio uniforme para determinar cómo es que la mala gestión afecta la vida de quien incurre en ella, por lo que el legislador ha optado por dejar tal evaluación al criterio del juez, de conformidad con

el actualmente modificado artículo 585 de nuestro CC⁵⁶. Otro supuesto de incursión en causal de “incapacidad relativa” lo encontramos en el inciso 6 del artículo 44, que califica como “relativamente incapaces” a los “ebrios habituales”. Al respecto, la palabra “ebrio” es definida por la RAE de la siguiente forma: “Dicho de una persona: Embriagada por la bebida”. Por otro lado, la referida institución define al “borracho” como aquella persona “que se embriaga habitualmente”.

Somos de la opinión que el supuesto bajo comentario se encuentra más relacionado respecto a esta última definición, toda vez que cualquier persona puede “embriagarse” en cualquier circunstancia, pero sin la característica de habitualidad, no amerita que sea declarada “interdicta”. Torres Vásquez (2010) afirma que la ebriedad que se da en forma eventual, por tratarse de un “estado de intoxicación” de escasa permanencia, por el hecho de ser efímera, no amerita el hecho de tener que restringirle la capacidad de ejercicio a una persona (p. 110).

Por otro lado, Espinoza Espinoza (2019) señala que “el bebedor habitual ... carece de las facultades necesarias que le permitan realizar actos jurídicos válidos, es por ello que el derecho interviene, tutelando sus propios intereses y los de su familia” (p. 1262). Puede advertirse entonces, que al igual que en los supuestos anteriores, lo que busca evitarse mediante la designación de un curador es que el patrimonio de la persona que amerita ser declarada “interdicta” se vea menoscabada como consecuencia de un mal manejo de los recursos que lo constituyen. Este es el criterio seguido por Torres Vásquez (2019), quien señala que el ebrio habitual implica un peligro duradero no solo para la situación económica de él de su familia, sino también “para la tranquilidad y seguridad pública” (p. 110). Es por ello que el legislador ha considerado pertinente sustituir su voluntad por la de un curador, cuya designación quedará al arbitrio del juez, en virtud de

⁵⁶ Artículo 585 del Código Civil peruano.-

Puede ser declarado incapaz por mala gestión el que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos. (*)

Queda al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión.

(*) Extremo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 585 del Código Civil peruano.-

Puede ser restringida en su capacidad de ejercicio por mala gestión la persona que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos.”

que su familia se encuentra eventualmente expuesta a “caer en la miseria”, de conformidad con el actualmente modificado artículo 586⁵⁷ de nuestro Código Civil.

Por otro lado, el inciso 7 del artículo 44 de nuestro C.C. calificaba como “relativamente incapaces” a los “toxicómanos”. En primer lugar, la RAE define a la “toxicomanía” como el “Hábito patológico de intoxicarse con sustancias que procuran sensaciones agradables o que suprimen el dolor”.

Por lo que el toxicómano será aquel que dependa de dichas sustancias y no pueda prescindir de ellas, por lo que puede que su patrimonio sea malgastado con la finalidad de satisfacer dicha necesidad.

Como señala Torres Vásquez (2016), el toxicómano es aquel que se ha vuelto dependiente a las “sustancias estupefacientes” de manera muy severa, debido a su ingesta y llegando al extremo de no poder evitar el consumo de “drogas”. Por lo que tal adicción conlleva a que la persona se destruya a sí misma, lo cual ocasiona “graves alteraciones fisiológicas y psicológicas”, así como a la comisión de “delitos más graves”, con la finalidad de conseguir ingresos que le permitan seguirse abasteciendo de “droga”. El toxicómano se pone en riesgo no solo para sí mismo, sino también “para su familia y para la sociedad en general, pues, es una amenaza para la tranquilidad y seguridad ajena. La toxicomanía menoscaba progresivamente la actividad mental de la persona, reduciendo su capacidad de discernimiento” (p. 111). Por tanto, al igual que en los supuestos anteriores, el legislador ha considerado pertinente designarle un curador mediante la sustitución de la voluntad y el correspondiente ejercicio de los derechos de la persona que es declarada interdicta debido a su “toxicomanía”.

El actualmente modificado artículo 588⁵⁸ de nuestro CC faculta a pedir la interdicción, tanto en el caso del ebrio habitual como del toxicómano, a “su cónyuge, los familiares que dependan de él y, por excepción, el Ministerio Público por sí o a instancia

⁵⁷ Artículo 586 del Código Civil peruano.-

Será provisto de un curador quien por causa de su ebriedad habitual, o del uso de sustancias que puedan generar toxicomanía o de drogas alucinógenas, se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena

⁵⁸ Artículo 588 del Código Civil peruano.-

Sólo pueden pedir la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano, su cónyuge, los familiares que dependan de él y, por excepción, el Ministerio Público por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena.

de algún pariente”, solo en el caso de que los familiares sean menores o hayan sido incapacitados o en el caso de que el “incapaz” amenace la “seguridad ajena”. Criterio que consideramos acertado, toda vez que el toxicómano no solo pone en riesgo su salud y su patrimonio, sino también la estabilidad económica de su familia, exponiéndola a verse inmersa en la miseria.

Por otra parte, el artículo 590⁵⁹ establece la principal función del ebrio habitual y del toxicómano, la misma que consiste en velar por la protección de la persona a quien representa, así como su “tratamiento y eventual rehabilitación”. Cabe señalar que el curador, al representar legalmente al ebrio habitual como el toxicómano, no solo protege a su representado, sino también protege indirectamente a sus herederos forzosos, evitando que el “incapaz” exceda el tercio de libre disposición que la ley le otorga al momento de otorgar testamento.

Asimismo, otro supuesto de incapacidad relativa lo encontramos en el inciso 8 del artículo 44, que brinda dicha calificación a aquellos “que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil”. Al respecto, es necesario remitirnos al artículo 36⁶⁰ del Código Penal,

⁵⁹ Artículo 590 del Código Civil peruano.-

El curador del ebrio habitual y del toxicómano debe proveer a la protección de la persona del incapaz, a su tratamiento y eventual rehabilitación conforme a las reglas contenidas en los artículos 576, 577 y 578.

⁶⁰ Artículo 36 del Código Penal peruano.-

La inhabilitación produce, según disponga la sentencia:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
2. Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;
3. Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia;
4. Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia;
5. Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela;
6. Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas.
7. Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo;
8. Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito;
9. Incapacidad definitiva de las personas condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada por los delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley 25475, por el delito de apología del terrorismo previsto en el inciso 2 del artículo 316 del Código Penal, por cualquiera de los delitos de violación de la libertad sexual tipificados en el Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo del Código Penal o por los delitos de tráfico ilícito de drogas para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica o superior, pública o privada, en el Ministerio de Educación o en sus organismos públicos descentralizados o, en general, en todo órgano dedicado a la educación, capacitación, formación, resocialización o rehabilitación. Esta medida se impone obligatoriamente en la sentencia como pena principal;

que establece los efectos de la pena de inhabilitación, que producen una restricción a la capacidad de ejercicio de la persona respecto de la cual se haya impuesto dicha pena.

Como señala Espinoza Espinoza (2019), el Código Penal vigente elimina “la figura de la interdicción, dentro de las penas limitativas de derechos y la asimila dentro de la inhabilitación” (p. 1264). Por su parte, Torres Vásquez (2019) sigue el mismo criterio, afirmando que desde la entrada en vigencia de actual Código Penal, en el año 1991, se ha producido la derogación de “los artículos 44.8⁶¹ y 595⁶² del Código Civil”, en el extremo en que se hace mención a “la pena que conlleva la interdicción civil”, que se ha visto reemplazada por la de “inhabilitación”. Dicha derogación se ha realizado de conformidad con lo previsto en el “artículo I del Título Preliminar de Código Civil”⁶³.

En consecuencia, debe entenderse que el artículo 44.8 hace referencia a: “Los que sufren pena que lleva anexa la inhabilitación”. En el supuesto bajo comentario, de conformidad con Espinoza Espinoza (2019), la interdicción tiene una finalidad “tuitiva”, toda vez que “no se limita a la persona del condenado, sino que también está en función de su familia” (p. 1264).

Por último, añade Torres Vásquez (2019) que los actos de los cuales esté impedido de ejecutar por cuenta propia el sentenciado serán debidamente expuestos en la sentencia por la cual sea impuesta “la pena de inhabilitación” (p. 115). En atención a ello,

10. Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos;

11. Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez; o,

12. Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios.

13. Incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales.

⁶¹ Artículo 44.- Son relativamente incapaces: (*)

(*) Extremo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 44.-

Tienen capacidad de ejercicio restringida: ...

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil ...

⁶² Artículo 595.- Ejecutoriada la sentencia penal que conlleve la interdicción civil, el fiscal pedirá, dentro de las veinticuatro horas, el nombramiento de curador para el penado. Si no lo hiciera, será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan.

También pueden pedir el nombramiento el cónyuge y los parientes del interdicto.

⁶³ Art. I del Título Preliminar del Código Civil peruano.-

La ley se deroga solo por otra ley.

La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado”. (el subrayado es mío).

corresponderá al juez penal analizar el supuesto en particular bajo el cual se realice una restricción a la capacidad de ejercicio del condenado.

3. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

La entrada en vigencia en nuestro país del D.L. N° 1384, se debió a la adhesión de nuestro país a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), que entró en vigor desde el 3 de mayo del 2008.

En vista de que el presente capítulo versa sobre el tema de la discapacidad, considero pertinente arribar a una definición de dicho concepto. Para tal finalidad, es necesario, en primer lugar, remitirnos al segundo párrafo del artículo 1 de la CDPD, el cual señala lo siguiente:

Las personas con discapacidad incluyen aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, *puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*” [cursivas añadidas].

El referido Tratado Internacional, sirvió de punto de partida para la entrada en vigencia, de la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, (en adelante LGPD), que fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, y buscaba una mayor inclusión de las personas con discapacidad en nuestra sociedad, mediante el reconocimiento de una capacidad de ejercicio plena en favor de ellas, y sin limitación alguna. La referida Ley define a la persona con discapacidad como:

Aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás. [cursivas añadidas].

Al respecto, puede advertirse que la referida definición se ha visto fuertemente influenciada por la CDPD. En consecuencia, la referida Ley constituye un precedente

importante a la entrada en vigencia del D.L. N° 1384, que será comentando con posterioridad.

Por otra parte, debe advertirse que la CDPD y la LGPD, abordan una definición sobre discapacidad vinculada al modelo social, en vista de que considera que los obstáculos al libre ejercicio derechos de las personas con discapacidad los constituyen la sociedad en la que viven. En contraste a ello, la autora española Agustina Palacios (2008), define a la persona con discapacidad, bajo la figura del modelo médico rehabilitador⁶⁴, como:

Un ser humano que se considera desviado de una supuesta norma estándar, y por dicha razón (sus desviaciones) se encuentra limitada o impedida de participar plenamente en la vida social. Esta suposición arrastra, asimismo, una identificación de la diversidad funcional con la enfermedad. Esto comporta el convencimiento de que la “deficiencia/enfermedad”, al ser una situación modificable, debe ser en todos los casos “curada”, y por ende las personas con discapacidad han de ser en todos los casos “rehabilitadas”. Como consecuencia de dichas suposiciones, la vida de una persona con discapacidad tiene un sentido, pero siempre supeditado a dicha rehabilitación, que ... será perseguida a través de ciertas herramientas, entre las que se destacan la intervención estatal en lo relativo a la asistencia pública, el trabajo protegido, la educación especial, y los tratamientos médicos y aplicación de avances científicos (p. 81).

Por otro lado, la autora colombiana Hernández Ríos (2015), considera a la discapacidad como un obstáculo a la realización de actividades de una manera que puede considerar como “normal”, afirmando que:

Discapacidad (disability), se define como la restricción o falta (debido a una deficiencia) de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se consideran normales para un ser humano. *Engloba las limitaciones funcionales o las restricciones para realizar una actividad que resulta de una*

⁶⁴ El modelo médico rehabilitador considera que las personas con discapacidad deben ser “normalizadas”, es decir, deben ser adaptadas a la sociedad con la finalidad de que realicen las actividades que una persona normal llevaría a cabo sin ayuda de la medicina.

deficiencia. Las discapacidades son trastornos definidos en función de cómo afectan la vida de una persona; algunos ejemplos de discapacidades son las dificultades para ver, oír o hablar normalmente; para moverse o subir las escaleras (p. 49)

Entonces, es de advertirse que la discapacidad, de manera ineludible va a implicar una barrera al libre desarrollo de la persona que padece de la misma en la sociedad en la que vive. Sin embargo, remediar tal situación no depende de dicho sujeto de derecho, sino de la sociedad en la que el mismo vive. Por ende, es necesario que la persona con discapacidad encuentre una serie de facilidades en su entorno, con la finalidad de que se convierta en el centro de atención en lo que respecta a las decisiones que van a influir en su vida diaria.

Continuando con las definiciones referidas al concepto de “discapacidad”, remitiéndonos a la legislación española, encontramos en el inciso del artículo 7 de la Ley de Integración social de los Minusválidos de 1982 (LISMI), una definición que, al igual que las anteriores, considera a la discapacidad (o, en este caso, minusvalía) como una limitación en la realización de actividades de la vida diaria, como sigue:

1. A los efectos de la presente Ley se entenderá por minusválidos *toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidos como consecuencia de una deficiencia*, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales [cursivas añadidas].

Entonces, de lo expuesto anteriormente, cabe advertirse que las “limitaciones” que hemos señalado en los párrafos anteriores, pueden analizarse bajo dos perspectivas: bajo el modelo médico rehabilitador, que considera que las personas con discapacidad deben adaptarse a la sociedad; y bajo el modelo social, que considera que la sociedad es quien pone limitaciones al libre ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad.

En ese sentido, el modelo médico rehabilitador considera que las limitaciones propias de las personas con discapacidad, son producto de las “deficiencias” que padecen y, como su propio nombre lo dice, deben ser “rehabilitadas”, es decir, adaptadas a nuestra sociedad, con la finalidad de que se le brinde la asistencia requerida para poder atender su enfermedad de manera adecuada.

De esta manera, la persona con discapacidad debe pasar por un proceso de “normalización”, aunque ello implique un detrimento del libre ejercicio de su capacidad jurídica, debido a que se le deberá asignar de manera obligatoria un representante legal, quien no estará en la obligación de tener en cuenta la voluntad de la persona representada, en atención a que esta última se encuentra en imposibilidad de realizar sus actividades como lo haría una persona considerada como “normal”. De conformidad con Plácido Vilcachagua (2019), el modelo bajo comentario:

Centra la discapacidad en las deficiencias de las personas ... e implica un modelo de sustitución en la toma de decisiones al asumir que estas deficiencias impiden a las personas decidir por sí mismas. ... La incapacidad de ejercicio, la interdicción y la curatela reguladas en el texto original del Código Civil de 1984, que apuntan a la sustitución en la toma de decisiones” (p. 131) [cursivas añadidas].

3.1. La propuesta de adopción del modelo social por parte de la Convención

En discrepancia con el modelo médico rehabilitador (vigente en nuestro país hasta antes de la entrada en vigencia del D.L. N° 1384), el propósito de la CDPD iba enfocado de manera directa a la adopción del modelo social, en vista de que consistía principalmente en garantizar que las personas con discapacidad cuenten con una capacidad de ejercicio plena de sus derechos civiles, de conformidad con lo establecido en el primer párrafo de su artículo 1⁶⁵.

Si bien es cierto, el referido precepto normativo hace referencia al “goce pleno” de los “derechos humanos y libertades fundamentales” correspondientes a las “personas con discapacidad”, somos de la opinión de que a lo que se hace referencia principalmente es a la capacidad de ejercicio, debido a que todas las personas cuentan con capacidad de

⁶⁵ Artículo 1 de la CDPD.- Propósito:

El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente (...).

goce desde el momento en que nacen y no la pierden hasta el momento mismo de la muerte.

En atención a ello, cabe remitirnos a la capacidad de ejercicio, en vista de que si bien es cierto a ninguna persona puede privársele de su capacidad de goce, por el contrario, en el ejercicio de los derechos es posible que se encuentren ciertas limitaciones, en atención a algunos supuestos analizados en los capítulos precedentes.

El referido Tratado Internacional sentó las bases para un trato más igualitario en lo que respecta a las personas con discapacidad, mediante el reconocimiento de su plena capacidad de ejercicio, “en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida (artículo 12)⁶⁶.

Al respecto, el derecho a la igualdad se encuentra presente en varios ordenamientos latinoamericanos, como en el caso de la Constitución Política de Colombia, del año 1991, la cual no establece distinción alguna por motivos de discapacidad (artículo 13⁶⁷, Título II), que no establece distinción alguna relacionada a la discapacidad; la Constitución de la Nación Argentina, reformada en 1994, que reconoce la igualdad ante la ley de todos sus habitantes (artículo 16⁶⁸, Capítulo I); la Constitución Política de Nicaragua, reformada en 2014, que reconoce el derecho de todas las personas a tener el mismo trato y la misma protección ante la ley (artículo 27⁶⁹, Título IV) .

⁶⁶ Artículo 12 de la CDPD: Igual reconocimiento como persona ante la ley.

Los Estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida . . .

⁶⁷ Artículo 13 de la Constitución Política de Colombia.-

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

⁶⁸ Art. 16 de la Constitución de la Nación argentina.-

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

⁶⁹ Artículo 27 de la Constitución Política de Nicaragua.-

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social.

Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos que los nicaragüenses, con la excepción de los derechos políticos y los que establezcan las leyes; no pueden intervenir en los asuntos políticos del país.

Además, la Constitución Política del Perú, reformada en 1993, reconoce el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 2⁷⁰, Título I).

Los autores colombianos Vallejo Jiménez, Hernández Ríos y Posso Ramírez (2017) señalan que la CDPD consolida el deber que corresponde a los Estados Partes de asegurar que las personas con discapacidad ejerciten los derechos de los que son titulares sin ningún tipo de restricción, lo cual implica, además, el acceso a la administración de justicia, sin restricción alguna, contando con la facultad de estar presente en los procesos judiciales, tomando decisiones por cuenta propia, así como la facultad de celebrar actos jurídicos por fuera de este (p. 5).

Así, el artículo 4 de la CDPD, establece en su primer párrafo⁷¹, el compromiso asumido por los Estados Partes al suscribir el referido Tratado, de garantizar e incentivar el “ejercicio”, tanto de los “derechos humanos” como las “libertades”, de las personas con discapacidad, sin que dicha situación importe “discriminación alguna”. Como señala Agustina Palacios (2015), el propósito de la CDPD, consiste en garantizar la aplicación en la sociedad del “principio de no discriminación en cada uno de los derechos, para que puedan ser ejercidos en igualdad de oportunidades por las personas con discapacidad” (p. 19). Por su parte, Vivas Tesón (2010), enfatiza el carácter imperativo de la CDPD, afirmando que es un mecanismo legal caracterizado por su imperatividad, por tanto, no se trata de una simple exhortación, “sino ante un pacto internacional preceptivo y vinculante” (p. 565).

El Estado respeta y garantiza los derechos reconocidos en la presente Constitución a todas las personas que se encuentren en su territorio y estén sujetas a su jurisdicción.

⁷⁰ Artículo 2 de la Constitución Política del Perú.-

Toda persona tiene derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

⁷¹ Artículo 4 de la CDPD.-

Obligaciones generales.

1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad (...).

3.2 Las medidas reformas legislativas realizadas en nuestro país en cumplimiento de la Convención.

Continuando con el análisis del artículo 4, para efectos del presente trabajo, consideramos relevante, principalmente, el inciso b⁷² del primer párrafo, toda vez que consolida la obligación de los Estados Partes, de implementar las “medidas legislativas” que sean necesarias para abolir todo tipo de “discriminación contra las personas con discapacidad” y, dicho sea de paso, adecuar las legislaciones internas a lo establecido en la CDPD. Al respecto, nuestra Constitución Política de 1993, reconoce a la Tratados Internacionales como parte de nuestro derecho interno (artículo 55, Capítulo II)⁷³. Por otra parte, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, de la cual nuestro país forma parte, señala en el primer párrafo de su artículo 27⁷⁴, la obligación de los Estados Partes de anteponer lo establecido en los Tratados Internacionales por encima de su “derecho interno”, por lo que nuestro país realizó las siguientes acciones, en cumplimiento de la CSPD.

a. Una primera medida tomada en nuestro país en relación a la adecuación de nuestra legislación a lo estipulado en la CDPD la encontramos en la LGPD, que derogó de nuestro CC, los siguientes preceptos normativos: el inciso 3 del artículo 43., mediante su Disposición Complementaria Derogatoria Única⁷⁵, la cual, también derogó los siguientes artículos: el numeral 4 del artículo 241⁷⁶, que le impedía contraer matrimonio a los

⁷² Artículo 4 de la CDPD.-

Obligaciones generales

1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:

(...) b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad (...).

⁷³ Artículo 55 de la Constitución Política del Perú.-

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.

⁷⁴ Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.-

El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

⁷⁵ Disposición Complementario Derogatoria Única de la Ley General de la Persona con Discapacidad. Ley N° 29973: Deróguense los siguientes dispositivos:

a) El numeral 3 del artículo 43, el numeral 4 del artículo 241, el artículo 693, el artículo 694 y el numeral 2 del artículo 705 del Código Civil (...)

⁷⁶ Artículo 241 del Código Civil peruano.- No pueden contraer matrimonio:

sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable; el artículo 693⁷⁷, que le imponía la obligación a los ciegos de testar únicamente mediante escritura pública; el artículo 694⁷⁸, que establecía que los mudos, los sordomudos y quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier causa pueden otorgar únicamente testamento cerrado u ológrafo y; finalmente el numeral 2 del artículo 705⁷⁹, que le impedía ser testigos testamentarios a los sordos, los ciegos y los mudos.

b. Otro reflejo de la aplicación de la CDPD en nuestro país, lo encontramos en el artículo 9 de la citada LGPD, cuya redacción es la siguiente “La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica *en todos los aspectos de su vida, en igualdad de condiciones que los demás*” [cursivas añadidas].

El referido artículo no es más que el reflejo del segundo párrafo del artículo 12 de la CDPD, el cual establece la obligación de los Estados Partes (entre ellos, nuestro país), de reconocer que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica *en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de su vida*” [cursivas añadidas].

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, la entrada en vigencia del D.L. N° 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, significó la modificación legislativa más trascendente en materia de reconocimiento de la plena capacidad de ejercicio de las personas con

4.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable. (*)

(*) Numeral derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29973, publicada el 24 diciembre 2012

⁷⁷ Artículo 693 del Código Civil peruano.-

Los ciegos pueden testar sólo por escritura pública, con las formalidades adicionales a que se refiere el artículo 697. (*)

(*) Artículo derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29973, publicada el 24 diciembre 2012.

⁷⁸ Artículo 694 del Código Civil peruano.- Los mudos, los sordomudos y quienes se encuentren imposibilitados de hablar por cualquier otra causa, pueden otorgar sólo testamento cerrado u ológrafo. (*)

(*) Artículo derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29973, publicada el 24 diciembre 2012.

⁷⁹ Artículo 705 del Código Civil peruano.-

Están impedidos de ser testigos testamentarios: (...)

2.- Los sordos, los ciegos y los mudos. (*)

(*) Numeral derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29973, publicada el 24 diciembre 2012.

discapacidad en los últimos años. Sin embargo, realizaremos el correspondiente análisis de sus principales artículos en el capítulo posterior.

c. Retomando con el análisis de la CDPD, lo mismo con este artículo 12 reconoce que las personas con discapacidad son iguales ante la ley. Al respecto, el principio de “igualdad ante la ley”, según la RAE, es aquel “según el cual las personas no pueden ser tratadas de manera diferente por las leyes si no existe una justificación fundada y razonable. A supuestos de hecho iguales han de serles aplicadas unas consecuencias iguales también”. Como se advirtió anteriormente, nuestra Constitución Política respalda el derecho a la igualdad ante la ley (artículo 2⁸⁰, Título I).

Al respecto, Huerta Guerrero (2005) afirma que, lo que busca el presente apartado es impedir que exista un trato diferente entre las personas, que puede evidenciarse de diferentes formas. A manera de ejemplo, una vulneración al derecho a la igualdad se manifiesta con la promulgación de una norma que resulta discriminatoria por parte de los órganos del Estado que cuentan con “potestad normativa”, o cuando mediante sus “órganos jurisdiccionales” se emiten resoluciones que atentan contra el derecho a la igualdad. “La discriminación por parte del Estado también se manifiesta cuando a través de los diferentes órganos del gobierno nacional, o de los gobiernos locales o regionales, se adoptan medidas de carácter discriminatorio” (p. 313).

Entonces, cualquier tipo de trato discriminatorio en materia legislativa dará lugar a la violación del derecho de igualdad ante la ley. Asimismo, el legislador ha sido consecuente al momento de haber establecido una cláusula abierta en lo que respecta a las causas que pueden dar lugar a la discriminación, toda vez que en la realidad pueden darse una serie de supuestos imposibles de prever en su totalidad. Siguiendo a Huerta Guerrero (2005), la Constitución hace referencia a siete supuestos de los que se origina la discriminación. Sin perjuicio de ello, señala de manera clara que la interdicción también abarca a cualquier forma de discriminación derivada de “cualquier otra índole”.

⁸⁰ Artículo 2 de la Constitución Política del Perú.-

Toda persona tiene derecho:

... 2.- A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole ...

Por lo que la redacción es acertada, y debe ser idóneamente entendida y descifrada (p. 311).

En forma resumida Nogueira Alcalá (2006) señala que:

El derecho a la igualdad ante la ley, en una perspectiva jurídica significa que, en todos los aspectos relevantes, las personas deben ser tratadas y consideradas de igual manera a menos que haya una razón suficiente para no hacerlo. (p. 806)

Entonces, de no haber una justificación razonable para otorgarle a las personas un trato diferente en materia legislativa, se incurrirá en una causal de discriminación, que puede manifestarse puede mediante dos formas: directa e indirectamente, en función la redacción con la que cuente la norma.

Como señala Huerta Guerrero (2005), la “discriminación directa” consiste en que el trato diferenciado se evidencia en forma explícita y de forma indubitable. Un ejemplo claro sería el caso de una norma que señala que las mujeres se encuentran impedidas de votar. Por otro lado, la “discriminación indirecta” se manifiesta:

Si una norma establece que para acceder a un trabajo se requiere una determinada estatura, se podría justificar su necesidad en los fines del empleo, pero a la vez podría argumentarse que con esa talla se discrimina a un importante sector de la sociedad. (p. 312)

El derecho a la igualdad ante la ley corresponde a la persona por el solo hecho de serlo, sin dar lugar a los favoritismos de por medio. Como señala Nogueira Alcalá (2006), el derecho a la igualdad ante la ley es de carácter “subjetivo”, en vista de que “es una facultad o atributo inherente a toda persona a no ser objeto de discriminación, vale decir, de un trato basado en diferencias arbitrarias” (p. 806).

d. Retomando el análisis de la CDPD, el primer párrafo del artículo 12 señala que “Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Lo expuesto no es más que una situación meramente declarativa, toda vez que la “personalidad jurídica”, definida por Madrid-Malo (1992) como “la aptitud natural de todo individuo de la especie humana para ser sujeto activo o pasivo de relaciones pertenecientes a la esfera de lo jurídico” (p.

80), que corresponde a las personas con discapacidad existe independientemente de la voluntad estatal.

e. El segundo párrafo del artículo bajo comentario establece que: “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Entonces, tal obligación constituye una situación meramente declarativa, mas no constitutiva, toda vez que la capacidad jurídica corresponde a todas las personas por igual, siendo irrelevante si es que carecen o no de alguna discapacidad.

Gómez-Jarabo García; Esbec Rodríguez y Olavarrieta Bernardino (2004) la definen como: “la aptitud para ser titular o sujeto de derecho (todo ser humano desde su nacimiento hasta su muerte) y se asimila al concepto jurídico persona o personalidad” (p. 35). Por lo que el referido concepto se divide tanto en capacidad de goce como de ejercicio, siendo la primera de estas definida como la aptitud de ser titulares de derechos, mientras que la segunda viene a ser la posibilidad de actuar los derechos de los cuales se es titular, de manera autónoma y sin la intervención de terceras personas. Para Varsi Rospigliosi y Torres Maldonado (2019), la capacidad es definida como una cualidad correspondiente a todo ser humano, que se manifiesta mediante la autorización al sujeto a llevar a cabo aquellos actos que no se encuentren denegados (p. 200). Es entonces, que las personas naturales se encuentran facultadas a realizar aquello que la ley no prohíbe mediante el ejercicio autónomo de su capacidad jurídica, salvo excepciones expresamente previstas en la ley.

En lo que respecta a las personas con discapacidad, la obligación de los Estados partes consiste en facilitar el libre ejercicio de su capacidad jurídica, cuya voluntad debe ser la que debe primar. Así, deja de ser indispensable sustituirla en la toma de decisiones que van a repercutir en su vida diaria, mediante la intervención de un representante legal, más específicamente, de un curador.

f. Continuando con el análisis del artículo 12 de la CDPD, su tercer párrafo establece que: “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

Al respecto, el uso del término “puedan”, refleja que el propósito de la CDPD es establecer que el apoyo es una asistencia absolutamente “voluntaria” en favor de la persona con discapacidad, tal y como se encuentra previsto en el artículo 659-A⁸¹ de nuestro CC. Además, a diferencia del representante legal, el apoyo cumplirá la función de ser un simple “facilitador” de la manifestación de voluntad de su representado. Por tanto, la prioridad ahora consiste en qué necesita la persona con discapacidad para ejercer sus derechos, sin mediar de por medio una persona que la sustituya en dicho acto.

g. Por otro lado, la redacción del cuarto párrafo del artículo 12 de la CDPD viene establecida de la siguiente manera:

Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

En vista de que el presente trabajo no tiene como objeto de estudio la figura de las salvaguardias, limitaremos su estudio a los siguientes comentarios:

En primer lugar, las “salvaguardias”, en nuestro derecho nacional, son definidas en nuestro CC82 como “medidas” cuya única finalidad consiste en que se respete la

⁸¹ Artículo 659-A del Código Civil peruano.- Acceso a apoyos y salvaguardias

La persona mayor de edad puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos y salvaguardias que considere pertinentes para coadyuvar a su capacidad de ejercicio.

⁸² Artículo 659-G del Código Civil peruano.-

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.

voluntad de la persona con discapacidad, toda vez que a partir de ella se va delimitar el margen de actuación tanto de los apoyos como las salvaguardias. Además, las salvaguardias tienen la función de fiscalizar la actuación por parte de los apoyos, toda vez que la persona con discapacidad esté en la libertad de decidir qué es lo más conveniente para sus intereses. Por tanto, la redacción del artículo 659-G de nuestro CC es acorde a la CDPD.

La intervención de las salvaguardias debe realizarse de tal manera en que se realice una intervención mínima en el ejercicio de los derechos de la persona con discapacidad. Por lo que consideramos acertado el criterio seguido por la CDPD, puesto que limita la intervención de las salvaguardias solo para determinados actos y durante un breve espacio de tiempo. Por tanto, se evidencia que es innecesario que se sustituya a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos en forma absoluta, mediante la figura del representante legal, que primaba antes de la entrada en vigencia del D.L. N° 1384. Por último, el quinto párrafo del artículo 12 de la CDPD se encuentra redactado de la siguiente manera:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Por lo que el citado apartado no hace más que reafirmar que la discapacidad correspondiente a una persona no debe importar bajo ningún supuesto la restricción de su libre capacidad de ejercicio. Entonces, todos los derechos de los que es titular deben ser ejercidos sin ninguna restricción por parte de terceros, a menos que la persona con discapacidad decida contar con apoyos y salvaguardias. Sin embargo, existen algunos

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.

supuestos en los que de forma obligatoria los apoyos serán designados, que serán materia de análisis en el capítulo siguiente.

3.3 El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La CDPD dispuso, en el inciso primero de su artículo 34⁸³, la creación del “Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad” (en adelante, el Comité), el cual viene a ser el encargado de supervisar el cumplimiento de los Estados partes de lo establecido en la referida Convención.

En atención ello, dicha institución tiene el deber de recibir los informes que le presenten los Estados partes sobre las “medidas” que hayan adoptado con la finalidad de adherirse a lo establecido en el referido tratado internacional dentro del plazo de dos años, el mismo que se cuenta desde su entrada en vigencia “en el Estado parte que se trate”, de conformidad con el primer párrafo del artículo 35⁸⁴ de la CDPD. Por tanto, el Estado peruano tenía la obligación de modificar el Código Civil, en favor de la inclusión de las personas con discapacidad en nuestra sociedad.

Así, el Comité, durante su Séptimo período de sesiones, llevado a cabo entre el 16 y 20 de abril del 2012 en Ginebra, realizó un “Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 35 de la Convención” (en adelante, el Examen). Al respecto, dentro de las “Principales esferas de preocupación y recomendaciones” en relación a nuestro CC, se encuentran las siguientes:

El Comité recomienda al Estado Parte que adopte medidas concretas para asegurar la participación activa de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las mujeres con discapacidad, en la planificación, la ejecución y el seguimiento de los procesos públicos de adopción de decisiones [*cursivas añadidas*] a todos los niveles, y en

⁸³ Artículo 34 de la CDPD.- Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad

Se creará un Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante “el Comité”) (...).

⁸⁴ Artículo 35 de la CDPD.- Informes presentados por los Estados Partes

Los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la presente Convención en el Estado Parte de que se trate (...).

particular en los asuntos que les afectan ... El Comité observa con preocupación que la legislación del Estado Parte (artículo 7⁸⁵ de la Constitución, los artículos 564⁸⁶ y 565⁸⁷ del Código Civil) no está en conformidad con el artículo 12 de la Convención, ya que establece un modelo de sustitución en la toma de decisiones en lugar de un modelo de apoyo o asistencia en esa toma de decisiones y permite la suspensión de los derechos civiles de las personas con discapacidad en los casos de interdicción judicial”. [cursivas añadidas]

En aquel entonces como se advirtió anteriormente, se mantenía la figura del curador, quien era el encargado de ejercitar en nombre y en representación de los incapaces “absolutos” o “relativos”, los derechos que a estos les correspondían, es decir, se producía una restricción a la capacidad de ejercicio y consiguiente “sustitución de la voluntad” de las siguientes personas: (i) los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento; (ii) los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable; (iii) los retardados mentales; (iv) los que adolecen de deterioro mental que le impide expresar su libre voluntad; (v) los pródigos; (vi) los que incurren en mala gestión; (vii) los ebrios habituales; (viii) los

⁸⁵ Artículo 7 de la Constitución Política del Perú.-

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

⁸⁶ Artículo 564 del Código Civil peruano.-

Están sujetas a curatela las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 a 8. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 564.- Personas sujetas a curatela Están sujetas a curatela las personas a que se refiere el artículo 44 numerales 4, 5, 6, 7 y 8.”

⁸⁷ Artículo 565 del Código Civil peruano.-

La curatela se instituye para:

1.- Los incapaces mayores de edad (...) (*).

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

toxicómanos; (ix) los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil (de conformidad con los modificados artículos 43⁸⁸ y 44⁸⁹ del CC).

Al respecto, somos de la opinión de que la verdadera preocupación del Comité radicaba en la aplicación del modelo de “sustitución de la voluntad” en detrimento de los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos; los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad, en razón de la discapacidad que padecen.

Por ende, de conformidad con el Examen, realizado por el Comité, se recomendó cambiar la figura de la curatela (que implicaba absoluta limitación a la capacidad de ejercicio), por un “modelo de apoyo o asistencia en la toma de decisiones”, con la finalidad de adecuar nuestro Código Civil a lo establecido en el artículo 12 de la CDPD.

Ahora bien, debemos adelantar que la figura del apoyo, a diferencia del curador, es un simple “facilitador” de la manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad. Por ende, el margen de actuación de dicha forma de asistencia, va a ser el

⁸⁸ Artículo 43 del Código Civil peruano.-

Son absolutamente incapaces:

Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento (*).

(*). Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

⁸⁹ Artículo 44.- Son relativamente incapaces: (*)

(*). Extremo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida

Tienen capacidad de ejercicio restringida:"

1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

2.- Los retardados mentales. (*)

(*). Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. (*)

(*). Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

4.- Los pródigos.

5.- Los que incurren en mala gestión.

6.- Los ebrios habituales.

7.- Los toxicómanos.

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

"9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad."(*) (**)

(*). Numeral incorporado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

que establezca la persona que cuenta con el mismo. Asimismo, el apoyo es absolutamente facultativo, a diferencia del curador, que era obligatorio para las personas calificadas como “absoluta o relativamente incapaces” desde que las mismas cumplían la mayoría de edad. Por otro lado, retomando el tema del modelo de “sustitución de la voluntad”, Plácido Vilcachagua (2019) afirma que previamente a la promulgación del D.L. N° 1384, se mantuvieron en vigencia “normas y prácticas” que tenían como fundamento los “modelos de prescindencia y médico rehabilitador (de sustitución)” (p. 130). A su vez, Barreto Souza (2015), también se manifiesta en contra de la figura de la toma de decisiones sustituida, añadiendo que la esta:

Se caracteriza por: poder oponerse y distorsionar la voluntad del individuo; estimular su desresponsabilización; suprimir las habilidades y retrasar su potencial de crecimiento; y además, censurar la voz de la persona y el acceso a la información (p. 191).

Es ante esta situación que en el Examen realizado por el Comité, se aconsejó al Estado peruano, “que derogue la práctica de la interdicción judicial y revise las leyes que permiten la tutela y la curatela con objeto de garantizar su plena conformidad con el artículo 12 de la CDPD. Le recomienda también que *adopté medidas para cambiar el modelo de sustitución en la toma de decisiones por uno de apoyo o asistencia* a las personas con discapacidad en esa toma de decisiones que respete su autonomía, voluntad y preferencias”. [cursivas añadidas]. A su vez, exhortó a nuestro país “a que enmiende el Código Civil a fin de garantizar adecuadamente el ejercicio de los derechos civiles, en particular el derecho a contraer matrimonio, a todas las personas con discapacidad”.

Por otro lado, se puede apreciar un intento por parte del Poder Judicial, de establecer límites a las facultades correspondiente curador, debido a que mediante Resolución Administrativa N° 272-2014-P-PJ, de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 04 de Setiembre de 2014, se resolvió lo siguiente:

EXHORTAR a los Jueces de Familia Especializados y Superiores, y aquellos competentes, que conozcan procesos de Interdicción Civil de personas con discapacidad, a aplicar el artículo 581⁹⁰ del Código Civil, señalando (o verificando que se señale) en

⁹⁰ Artículo 581 del Código Civil peruano. -

forma expresa, clara y sencilla en las sentencias de su propósito, la extensión y límites de la curatela que se ordene, en función al grado de incapacidad que se haya probado, para evitar posibles excesos en contra de la voluntad o interés de esas personas, a cuyo resguardo de su capacidad jurídica debe propenderse por este Poder del Estado.

Como se señaló anteriormente, LGDP otorgó una capacidad de ejercicio plena a los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos (a partir de la edad de dieciocho años), mediante la derogación del inciso 3 del artículo 43⁹¹ C.C., que les brindaba la calificación de “absolutamente incapaces” y, por tanto, se encontraban en imposibilidad de ejercer sus derechos por cuenta propia. Por tanto, tal modificación implicó un primer paso en lo que respecta a la adopción del modelo social en nuestro país.

Sin embargo, aún seguían siendo sometidos a curatela (previo proceso de interdicción), tanto los retardados mentales como los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad y no fue sino hasta el año 2018, que mediante la entrada en vigencia del D.L. N° 1384, se derogaron los incisos que les daban la calificación de “relativamente incapaces” y se instauró la figura de los “apoyos” y “salvaguardias”, quienes se limitan a “facilitar el ejercicio de los derechos” (artículo 659-B⁹² del D.L. N° 1384) y “garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las

El juez, al declarar la interdicción del incapaz, fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquél. En caso de duda sobre los límites de la curatela, o si a juicio del curador fuere necesario extenderla, el juez resolverá observando los trámites prescritos para declarar la interdicción. (*)

(*) Artículo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

⁹¹ Artículo 43 del Código Civil peruano. -

Son absolutamente incapaces: ...

2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. (*) ...

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.

3.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. (*)

(*) Numeral derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29973, publicada el 24 diciembre 2012.

⁹² Artículo 659-B.-

Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.

El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 659-E.

Cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares

preferencias” de la persona con discapacidad que haya decidido contar con el apoyo, respectivamente (artículo 659-G⁹³ del D.L. N° 1384). Por tanto, dichos sujetos de derecho, a partir de la edad de dieciocho años, contarán con una capacidad de ejercicio libre de toda limitación (como la interdicción y la curatela) y el acceso a las formas de asistencia referidas anteriormente será únicamente facultativo.

A su vez, en lo que respecta a la recomendación de modificar el C.C. por parte del Comité, con la finalidad de facilitar particularmente el ejercicio del derecho a contraer matrimonio, es de advertirse que el D.L. N° 1384 se encargó de acatar lo advertido por la referida institución, toda vez que derogó los incisos 1 y 2 del artículo 274⁹⁴ de nuestro CC, el mismo que sancionaba con nulidad el matrimonio del enfermo mental, del sordomudo, del ciegosordo y del ciegomudo que no sepan expresar su voluntad de manera indubitable. En consecuencia, considero que, en la actualidad, dicha observación ha sido subsanada por el legislador peruano.

Vemos entonces, la intención del Comité de generar en nuestra legislación el tránsito del modelo médico rehabilitador al modelo social. Al respecto, este último considera que las limitaciones que encuentran las personas con discapacidad, no son propias ellas mismas, si no que han sido obra de la sociedad en la que viven y, por tanto, esta última es la que debe adaptarse con la finalidad de que las personas con discapacidad encuentren un ambiente idóneo para el libre ejercicio de sus derechos, sin lugar a

contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

⁹³ 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.

⁹⁴ Artículo 274 del Código Civil peruano.-

Es nulo el matrimonio:

1.- Del enfermo mental, aun cuando la enfermedad se manifieste después de celebrado el acto o aquél tenga intervalos lúcidos. No obstante, cuando el enfermo ha recobrado la plenitud de sus facultades, la acción corresponde exclusivamente al cónyuge perjudicado y caduca si no se ejercita dentro del plazo de un año a partir del día en que cesó la incapacidad ... (*).

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

limitación alguna. Como señalan Acuña, Bregaglio y Olivera (2012): “la Convención plantea que se deje de lado el enfoque médico para que se adopte el enfoque social donde la discapacidad surge de la interacción entre la deficiencia de una persona y las barreras que le impone la sociedad” (p. 12).



CAPÍTULO II: LA INCLUSIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA DEL APOYO EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL

1. Reconocimiento de la plena capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad

En primer lugar, la Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley N° 29973 (en adelante, LGPD), publicada en el Diario Oficial “El Peruano”, con fecha 24 de diciembre de 2012, sentó las bases para el reconocimiento de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad. Así, el artículo 9.1 de la referida Ley establecía que:

Artículo 9.-

9.1 La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones.

Por lo que la referida ley sentó las bases para el reconocimiento de la plena capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad. Sin embargo, quedó pendiente en aquel entonces la labor de regular los sistemas de apoyo y ajustes razonables, la cual recaía en nuestro Código Civil.

1.1 Capacidad de goce y de ejercicio

Es así que, con la entrada en vigencia del D.L. N° 1384, se incluyó en el Código Civil (en adelante, CC) la figura del Apoyo, que viene a ser una forma de asistencia de libre elección por parte de la persona con discapacidad.

Ahora bien, el referido decreto reformó el artículo 3 de nuestro CC, el cual quedó redactado de la siguiente manera:

Artículo 3.-

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.

Al respecto, consideramos que la redacción del primer párrafo es acertada, toda vez que, en su redacción original, el artículo 3⁹⁵ únicamente hacía referencia a la capacidad de goce, cometiendo, en nuestra opinión, un grave error al señalar que la persona podía verse privado de ella por excepciones previstas en la ley. En efecto, a nadie se le priva de la capacidad de goce, por el contrario, sí es posible tal situación respecto de la capacidad de ejercicio.

Como señalan Cárdenas Krenz y Della Rosa Leción (2018), nuestro CC vigente adoptó la diferenciación entre “capacidad de goce (o de derecho) y capacidad de ejercicio (o de hecho); a pesar de que el artículo 43⁹⁶, en su redacción original, no mencionaba la capacidad de ejercicio, la misma se encontraba prevista en el artículo 42⁹⁷. Por ende, la puntualización realizada al comienzo del nuevo artículo 3, “no constituye novedad

⁹⁵ Artículo 3 del Código Civil peruano.-

Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018, cuyo texto es el siguiente:

“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.”

⁹⁶ Artículo 43 del Código Civil peruano.-

Son absolutamente incapaces:

1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. (*)

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

⁹⁷ Artículo 42 del Código Civil peruano.-

Tienen 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. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018, cuyo texto es el siguiente:

“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.”

alguna, sino, en todo caso, una explicación algo más didáctica sobre la existencia de ambas capacidades” (p. 102).

A su vez, consideramos que la redacción del artículo 3 es más precisa al establecer la única capacidad que puede restringirse es la de ejercicio. Siguiendo a Torres Vázquez (2019): “la capacidad jurídica y la de ejercicio” son cualidades propias de las personas, debido a que son seres humanos, sin que tal situación cambie debido a cualquier tipo de discapacidad, por tanto, “la capacidad jurídica y la de ejercicio son reconocidas por la ley a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás” (p. 97).

Solamente por obra de la ley es que la persona puede verse restringida en el ejercicio de sus derechos. Como señala Torres Vázquez (2019): “La restricción de la capacidad de ejercicio de las personas mayores de edad se funda en las condiciones de la persona que la tornan vulnerable frente a terceros, exponiéndolas a riesgos perjudiciales para ellas o sus familias” (p. 97).

Asimismo, es necesario partir de la presunción plena capacidad de ejercicio de la persona. Sin perjuicio de ello, dicha presunción es *iuris tantum*, por lo que admite prueba en contrario. De conformidad con Cieza Mora y Olavarría Parra (2018):

Hay una base de la cual partimos todos, y es que se presume (*iuris tantum*) que todos tenemos capacidad de ejercicio para realizar por nosotros mismos los actos o negocios jurídicos que son de interés en nuestra vida de relación. (p. 54)

Por otro lado, Cárdenas Krenz y Della Rosa Leciñaña (2018) señalan que la capacidad de ejercicio solo debe encontrar limitación en los supuestos previstos en la ley, debiendo existir, además, un “proceso legal” de por medio, siendo el único supuesto excepcional “el caso de los incapaces por minoría de edad” (pp. 102). Así, es en ese proceso legal donde se debe acreditar fehacientemente que la persona se encuentra imposibilitada de ejercer por sí misma sus derechos.

Sin embargo, la restricción a la plena capacidad de ejercicio ya no es aplicable respecto de las personas con discapacidad, por lo que tal situación guarda conformidad con el modelo social, que busca la inclusión de las personas con discapacidad en nuestra sociedad. No obstante, dicha situación puede significar una desventaja respecto de las

personas carentes de discernimiento. Así lo entienden Cieza Mora y Olavarría Parra (2018), quienes señalan que:

Si por alguna razón un sujeto carece de discernimiento o lo tiene de manera limitada también tendría una capacidad de ejercicio restringida. Dejar el discernimiento de lado es un error [cursivas añadidas] ... los sujetos con alguna discapacidad tienen plena capacidad de ejercicio y requieren los apoyos que una visión social debe infundir a un Estado social y democrático de derecho. Por ejemplo, un sujeto cuyo discernimiento se encuentra afectado por un determinado grado de enfermedad mental puede estar dentro de la categoría de capacidad de ejercicio restringida, por lo que se le deben dar los apoyos y salvaguardias [cursivas añadidas] que correspondan para hacer de su vida más asequible y compatible con la dignidad humana. (p. 54)

Efectivamente, dejar que una persona carente de discernimiento cuente con una plena capacidad de ejercicio y, peor aún, no cuente con la asistencia de un tercero, puede resultar contraproducente para sus intereses. Sin embargo, no estamos diciendo que estamos a favor de la vuelta a la figura del representante legal respecto del ejercicio de los derechos de las personas carentes del discernimiento, sino más bien, somos de la opinión del establecimiento de apoyos en forma obligatoria, en favor de las personas carentes de discernimiento. Al respecto, la presente propuesta será expuesta con mayor detalle en los capítulos siguientes.

1.2 Aciertos y desaciertos del legislador peruano en la modificación del Código Civil

D.L. N° 1384 modificó el artículo 42 del CC, el cual quedó redactado de la siguiente forma:

Artículo 42.-

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. [cursivas añadidas]

Por lo que es evidente que las personas con discapacidad cuentan con una plena capacidad de ejercicio y, por tanto, ejercerán sus derechos en forma autónoma y sin intervención de terceros. De conformidad con Bregaglio Lazarte (2018), antes de realizarse la modificación al CC, en el ámbito práctico, la diferenciación de la cual partía el CC no brindaba un trato igualitario en favor de las personas con discapacidad. Por otro lado, la función que realizaba el curador carecía de supervisión. Por lo que esta situación daba lugar a una serie de atropellos respecto de las “personas con discapacidad mental”, quienes previo proceso judicial de interdicción, habían recibido la calificación de “incapaces”, dichos excesos no podían ser debatidos en la vía judicial. Así, la reforma realizada a nuestro CC tiene como objetivo revertir este contexto, teniendo como punto de partida la afirmación de que una “capacidad mental” diferente no equivale a una desigual “capacidad jurídica para ejercer derechos, pues lo contrario implicaría negar la humanidad de estas personas. En ese sentido, la norma establece que toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio, incluidas las personas con discapacidad” (p. 56).

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, las personas con discapacidad pueden ser asistidas por apoyos y salvaguardias, en caso ellas mismas lo consideren pertinente o, también, en caso no puedan manifestar su voluntad. Sin embargo, dejaremos el análisis de estos dos supuestos para más adelante. A su vez, es de advertirse que el artículo 42 se ajusta a lo establecido en los tres primeros párrafos del artículo 12 de la CDPD, cuya redacción es la siguiente:

Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley.-

Los Estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Los Estados Partes *reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.*

Los Estados Partes *adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica...*

Así, la nueva redacción del artículo 42 guarda relación con la CDPD. Sin embargo, cabe preguntarnos si era necesario nuevamente señalar en el CC, que las personas con discapacidad tienen plena capacidad de ejercicio al igual que cualquier persona, toda vez que tal situación ha sido reconocida por el artículo 3, el cual pregona una capacidad de ejercicio “en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida”, en favor de las personas con discapacidad. Por lo que, somos de la opinión que reafirmar tal situación resulta redundante.

Por su parte, Cárdenas Krenz y Della Rossa Leciñaña (2018) señalan que el artículo 42, en su nueva “redacción”, añade que las “personas con discapacidad” también son capaces (además de las personas mayores de dieciocho años), por lo que tal afirmación resulta ser inútil, toda vez que se expone algo que nunca estuvo sometido a controversia en nuestro CC, lo que induce a concluir que la cuestión versa a una “confusión entre las categorías de discapacidad con incapacidad”, siendo el caso que en la discapacidad se encuentra presente un decrecimiento en la “capacidad de la persona”, pero no una ausencia de “capacidad”, lo cual ocurre en el caso de la incapacidad (p. 103). Por lo que, la precisión realizada respecto al reconocimiento de la plena capacidad de ejercicio, en favor de las personas con discapacidad, deviene en innecesaria.

A su vez, el artículo bajo comentario señala que el hecho de contar con “ajustes razonables o apoyos para la manifestación de la voluntad” es una situación totalmente aislada del hecho de que las personas con discapacidad mayores de dieciocho años cuenten con una “plena capacidad de ejercicio”. Entonces, ni los apoyos ni los ajustes razonables cumplen con la función de limitar a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos, sino por el contrario, colaborar con tal labor. Así, podemos advertir que la función del apoyo consiste en ser un simple “facilitador de la manifestación de la voluntad”, de la persona que cuenta con dicha forma de asistencia.

1.3 La exoneración del régimen de la curatela en favor de las personas sin discernimiento

Una vez que entró vigencia el D.L. N° 1384, la curatela dejó de aplicarse respecto de las personas con discapacidad mayores dieciocho años. En primer lugar, el referido Decreto, derogó el inciso 2 del artículo 43, el cual establecía que son absolutamente incapaces “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento”. Por tanto, se les otorgó una plena capacidad de ejercicio.

Lo expuesto se encuentra reafirmado en los artículos 3 y 44 de nuestro Código Civil, que fueron analizados anteriormente. Sin perjuicio de ello, a la fecha se mantiene la calificación de “absolutamente incapaz”, respecto de “los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley”, de conformidad con el inciso 1 del artículo 43.

Por otro lado, el referido Decreto también derogó los incisos 2 y 3 del artículo 44, que califica como incapaces relativos a “los retardados mentales” y “los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad”. Por lo, tras la referida modificatoria, los sujetos mencionados anteriormente dejan de estar sometidos a curatela.

Así lo entiende Aguilar Llanos (2019), quien señala que: “El Decreto Legislativo N° 1384 viene a cambiar sustancialmente la figura de amparo de incapaz, regulada en el Código bajo la institución de la curatela” (p.99).

Al respecto, cabe saludar la iniciativa del legislador de liberar del régimen de la curatela a las personas con discapacidad, toda vez que se le reconoce su autonomía en la toma de decisiones que repercuten en su vida, sin intromisiones innecesarias por parte de terceros.

Sin embargo, consideramos que es necesario salvaguardar los intereses de una persona mayor de edad sin discernimiento, poniendo a su disposición formas de asistencia, que sean meros portavoces de la voluntad de la persona asistida, como en el caso de los Apoyos.

En vista de que las necesidades de cada persona son distintas, y en caso la persona sin discernimiento decida contar con un Apoyo, debe corresponder al juez, en función del nivel de discernimiento de la persona, definir qué es lo que esta necesita para ejercitar

su capacidad de ejercicio. Por tanto, dicha información será de utilidad al momento de establecer las funciones que corresponderán al Apoyo de la persona sin discernimiento. Espinoza Espinoza (2019) tiene la siguiente propuesta:

Lejos de tratarse de una enumeración limitada ... se debería utilizar una cláusula general en la cual se indique que por diversos motivos, si una persona se encontrase imposibilitada, incluso temporalmente, de administrar sus propios intereses, sería sometida a un régimen jurídico especial ... *El juez, frente al caso particular, auxiliado por los peritos, determinará el tipo y la gravedad de la enfermedad, así como las medidas a actuarse.* La reforma actual no ha sido suficiente, por cuanto, si bien se han derogado las referencias a la falta de discernimiento, al retardo o al deterioro mental, está ausente una cláusula general que los englobe, generando un imperdonable vacío (p. 1285) [cursivas añadidas].

1.4 Anteproyecto de reforma del Código Civil.

El Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano (en adelante, el Anteproyecto), creado por Resolución Ministerial N° 0300-016-JUS propone la modificación de los artículos 43⁹⁸ y 44⁹⁹ del CC, con la finalidad de establecer un régimen de asistencia en

⁹⁸ Artículo 43.- Son absolutamente incapaces:

- 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.(*)
- 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.(*)

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

- 3.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitante. (*)
- (*) Numeral derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29973, publicada el 24 diciembre 2012.

⁹⁹ Artículo 44.- Son relativamente incapaces: (*)

(*) Extremo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida

Tienen capacidad de ejercicio restringida:"

- 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
- 2.- Los retardados mentales. (*)

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

- 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.(*)

favor de las personas carentes de discernimiento. Al respecto, realizaremos una comparación entre la redacción original del CC, la redacción actual (instaurada por el D.L. N° 1384) y la redacción propuesta por el Anteproyecto. Así, en primer lugar, encontramos el artículo 43:

Redacción Original	D.L. N° 1384	Anteproyecto
<p>Artículo 43.- Son absolutamente incapaces:</p> <p>1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.</p> <p>2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.</p>	<p>Incapacidad Absoluta:</p> <p>Son absolutamente incapaces:</p> <p>1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.</p>	<p>Artículo 43.- Capacidad de ejercicio restringida:</p> <p>Tienen capacidad de ejercicio restringida.</p> <p>1. Las personas menores de dieciocho años, salvo aquellos actos determinados por ley.</p> <p>2. Las personas mayores de dieciocho años que por cualquier causa y habitualmente estén privados de discernimiento, o no puedan expresar</p>

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

4.- Los pródigos.

5.- Los que incurrir en mala gestión.

6.- Los ebrios habituales.

7.- Los toxicómanos.

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

"9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad."(*)(**)

(*) Numeral incorporado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

		<p>su voluntad de manera indubitable y que hayan sido sometidos judicialmente bajo este régimen.</p>
--	--	--

En primer lugar, debemos señalar que el error de mantener el término “incapacidad” en nuestro Código Civil se mantiene hasta la actualidad, toda vez que el D.L. N° 1384 se enfocó principalmente en derogar la falta de discernimiento como causal de restricción a la capacidad de ejercicio. Como señala Espinoza Espinoza (2018), en el artículo 43 del D.L. N° 1384:

Llama la atención que se mantenga la categoría de “absolutamente incapaz” para los menores de 16 años, por cuanto solo ha sido derogado el artículo 43.2 y no el 43.1 del CC.

Se eliminan como sujetos de protección (en esta parte) a los privados de discernimiento.

Así, consideramos que hubiera sido pertinente que el legislador aprovechara la modificación del artículo 43 para abolir en forma definitiva el término “incapaz” de nuestro CC. Sin embargo, cabe señalar que el artículo 43 del Anteproyecto se ha encargado de realizar dicha acción, sustituyendo el término “incapacidad” por “capacidad de ejercicio restringida”. Como señala la Exposición de Motivos del referido artículo:

... El actual planteamiento de la protección jurídica de la persona tiene a la eliminación de la expresión “incapacidad jurídica”, ello en virtud de lo establecido por el modelo social de la discapacidad dispuesto por la Convención de los derechos de las personas con discapacidad.

En efecto, la situación se refiere a personas que no han cumplido determinada edad, que sufren trastornos mentales o que no pueden manifestar su voluntad de manera indubitable. [cursivas añadidas]

... Asimismo, se incorpora el requisito de la habitualidad en materia de privación de discernimiento.

Es correcto referirse a estas personas como aquellos cuya capacidad de ejercicio se encuentra “restringida”, en diversos grados, medida e intensidad, por alguna causa. Esta expresión describe, con mayor apego a la realidad, la situación de los sujetos a que se hace referencia en el artículo 43 del CC ...

Por lo que se evidencia en el Anteproyecto una adaptación a la CDPD, toda vez que además de eliminar el término “incapacidad”, establece un régimen de asistencia, que resulta más favorable a la protección de la autonomía de la persona que se encuentren privadas de discernimiento, o no pueden expresar su voluntad en forma indubitable.

El segundo inciso del artículo 43 del Anteproyecto nos presenta dos supuestos. En primer lugar, debemos señalar que en ambos supuestos se refieren a persona mayores de dieciocho años. Por otro lado, el primer supuesto los encontramos en las personas cuya privación de discernimiento se debe a cualquier causa, pero pueden expresar su voluntad, y además, es temporal, toda vez que se ha incorporado el requisito de la habitualidad. A su vez, el segundo supuesto lo encontramos en aquellas personas que cuentan con discernimiento, pero no pueden expresar su voluntad en forma indubitable.

Como veremos en el siguiente artículo, el artículo 44 del Anteproyecto coloca a ambos supuestos bajo el régimen de asistencia. A su vez, mientras en Anteproyecto habla del régimen de asistencia, la actual redacción del Código Civil, implementada por el D.L. N° 1384, implementó la figura de los apoyos y salvaguardias, que son formas de asistencia libremente elegidas por la persona con discapacidad mayores de edad, para facilitar el ejercicio de sus derechos.

Al igual que el Anteproyecto, la actual redacción del Código Civil realiza una distinción entre las personas que pueden manifestar su voluntad y aquellas que se encuentran impedidas de hacerlo, con la salvedad de que no considera la falta de discernimiento como causal de restricción de la capacidad de ejercicio.

Al respecto, el CC, establece en su artículo 45-B¹⁰⁰, la designación de Apoyos y salvaguardias en favor la persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad

¹⁰⁰ Artículo 45-B del Código Civil peruano.-

(supuesto dentro del cual puede encontrarse a las personas sin discernimiento), la cual debe realizarse siempre a solicitud de esta, ya sea en la vía notarial o judicial.

Por el contrario, en el caso de las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad, cabe remitirnos al artículo 659-E, que establece la designación judicial, de manera excepcional, en favor de dichas personas, así como en favor de aquella persona que se encuentra en estado de coma, siempre y cuando no hayan designado un apoyo con anterioridad. La redacción del referido artículo es la siguiente:

Artículo 659-E.-

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 [cursivas añadidas].

Pueden designar apoyos y salvaguardias:

Las personas con discapacidad que manifiestan su voluntad pueden contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente. (...).

Entonces, la designación de Apoyos por elección del juez constituye un mecanismo alternativo a la designación voluntaria de apoyos de la persona con discapacidad, en vista de que esta última no puede manifestar su voluntad. Por lo que será labor del juez realizar la mejor interpretación de la voluntad posible dicha voluntad, valiéndose de todos los recursos que tenga a su alcance, tales como medidas de accesibilidad y su trayectoria de vida.

A su vez, la persona o personas que serán designadas como apoyo deberán ser aquellas que tengan algún tipo de relación con la persona con discapacidad, por lo que encontramos en este extremo, una notable limitación a la actuación del juez.

Por su parte, pasaremos a analizar el artículo 44 en su redacción original, la redacción actual (implementada por el D.L. N° 1384), y la propuesta del Anteproyecto, las referidas redacciones son las siguientes.

Redacción Original	D.L. N° 1384	Anteproyecto
<p>Artículo 44.- Son relativamente incapaces:</p> <p>1.-Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.</p> <p>2.-Los retardados mentales.</p> <p>3.-Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.</p> <p>4.-Los pródigos.</p> <p>5.-Los que incurren en mala gestión.</p> <p>6.-Los ebrios habituales.</p> <p>7.-Los toxicómanos.</p>	<p>Art. 44.-Capacidad de ejercicio restringida:</p> <p>1.-Los mayores dieciséis y menores de dieciocho años de edad.</p> <p>4.-Los pródigos.</p> <p>5.-Los que incurren en mala gestión.</p> <p>6.-Los ebrios habituales.</p> <p>7.-Los toxicómanos.</p> <p>8.-Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.</p> <p>9.-Las personas que se encuentran en estado de coma, siempre que no</p>	<p>Artículo 44.- Régimen de asistencia Corresponderá un régimen de asistencia para:</p> <p>1. Las personas con capacidad de ejercicio restringida comprendidos en el numeral 2 del artículo 43.</p> <p>2. Las personas que por efecto de una disminución física, psíquica, sensorial o de comportamiento que, sin afectar el discernimiento, se encuentran en la imposibilidad, incluso</p>

8.-Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.	hubieran designado un apoyo con anterioridad.	temporal, de cuidar de sí mismas o de su patrimonio. 3. Los condenados con pena que incluye la inhabilitación
---	---	--

En lo que respecta a la redacción original, podemos advertir que se mantiene el error de emplear el término “incapaz”, esta vez, bajo la calificación de “relativamente incapaz”. A su vez, se brinda dicha calificación a una serie de supuestos, dentro de los cuales encontramos a los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad.

Posteriormente, con la entrada en vigencia del D.L. N° 1384, estos dos supuestos fueron suprimidos del referido artículo, lo cual implica que ahora cuentan con una plena capacidad de ejercicio. A su vez, el referido Decreto corrigió el error de mantener el término “incapaz” en nuestro CC, e instauró el término “capacidad de ejercicio restringida en nuestro CC, lo cual resulta más acorde a la realidad.

Sin embargo, consideramos que fue innecesario agregar el supuesto de las personas que se encuentren en estado de coma, toda vez que al encontrarse en dicha situación, no pueden realizar acción alguna. Por otro lado, pese a la modificación por parte del D.L. N° 1384, se mantuvo el término “interdicción”, lo cual es un error del legislador, toda vez que la pena de interdicción ya no se encuentra vigente en el Código Penal. No siendo este el caso de la pena de inhabilitación, por lo que este último término debería colocarse en lugar de “interdicción”. Como señala Espinoza Espinoza (2018), en la modificación realizada al artículo 44 del CC:

Se desperdicia una valiosa oportunidad para contar con una cláusula general (como en las experiencias jurídicas sensibles a proteger a los sujetos débiles o como lo regula la propia Ley General de la Persona con Discapacidad) que englobe a aquellas personas que –por cualquier causa– no puedan expresar su voluntad e, inexplicablemente, se incorpora un supuesto específico: a “las personas que se encuentren en estado de coma”. Incluso se olvida que el Código

Penal de 1991 (artículo 36), suprime la figura de la interdicción, dentro de las penas limitativas de derechos y la asimila dentro de la inhabilitación (que también estaba regulada en el código derogado) [cursivas añadidas]. (p. 17).

Por lo que consideramos, al igual que el referido autor, que era pertinente establecer una cláusula general respecto de las personas que no pueden manifestar su voluntad, sea cual fuera la causa de la cual derive dicha situación. A su vez, el artículo 44 del Anteproyecto señala a las personas que se encontrarían sometidas al régimen de asistencia, las cuales son las siguientes: (i) las personas que por cualquier causa carezcan de discernimiento (ii) las personas que no puedan expresar su voluntad en forma indubitable (iii) las personas que a causa de un detrimento en sus facultades físicas, psíquicas, sensoriales o de comportamiento que, sin influir en el discernimiento, se encuentran impedidas, incluso en forma temporal, de velar por sí mismas o por su patrimonio (iv) los condenados por pena que incluye la inhabilitación.

Al respecto, en nuestra opinión, el supuesto que hace referencia a las personas que encuentran un detrimento en sus facultades físicas, psíquicas, sensoriales o de comportamiento, que no afecta el discernimiento, pero les impide valerse por sí mismas, engloba a todos los supuestos que estaban presentes en la redacción original del artículo 44¹⁰¹ del CC, excluyendo únicamente el caso de los mayores de dieciséis y dieciocho años de edad. La Exposición de Motivos del referido artículo señala lo siguiente:

¹⁰¹ "Artículo 44 del Código Civil peruano.-

Tienen capacidad de ejercicio restringida:

" 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

2.- Los retardados mentales. (*)

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. (*)

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

4.- Los pródigos.

5.- Los que incurren en mala gestión.

6.- Los ebrios habituales.

7.- Los toxicómanos.

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

"9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad."(*)

(*) Numeral incorporado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

Frente al modelo jurídico de la “guarda total”, en el cual el representante legal sustituye al “incapaz” en todos los actos jurídicamente relevantes, surge *el de la “asistencia”, en el cual se nombra, por disposición voluntaria o través de una resolución judicial según el caso, un asistente o apoyo que intervendrá en actos precisos.* La propuesta normativa busca evitar que el incorrectamente denominado “incapaz” sea marginado y permitir que éste se relacione, respetando sus diferencias, dentro de su entorno social. Se han suprimido las clasificaciones específicas de retardados mentales, deterioro mental, mala gestión, ebriedad habitual y toxicomanía ... [cursivas añadidas].

Así, podemos concluir que la labor del asistente es menos intromisiva que la del curador, toda vez que no sustituye a la persona con capacidad de ejercicio restringida, sino más bien, es designado para determinados actos.

Por tanto, consideramos que los supuestos previstos por el Anteproyecto son más amplios en relación a la redacción original del CC, toda vez que establece el régimen de asistencia en favor de las personas que se encuentra privadas de discernimiento, las que tienen discernimiento, pero no pueden valerse por sí mismas, y las que se encuentran imposibilitadas de expresar su voluntad de manera indubitable.

Por ende, la supresión de las categorías específicas de retardados mentales, ebrios habituales, entre otros, da lugar al establecimiento de una especie de cláusula abierta, en la que se dé luz verde a la inclusión de una serie de supuestos, que pueden incluir tanto la ausencia o la presencia de discernimiento.

En efecto, ambos supuestos se encuentran comprendidos en los incisos 1 y 2 del artículo bajo comentario y, por ende, sometidos al régimen de asistencia. Sin embargo, respecto de la redacción del artículo bajo comentario, somos de la opinión que el “asistente”, al ser designado con la intervención de un juez, constituye una ayuda que resulta ser obligatoria, por lo que de una u otra forma implica una vulneración de la autonomía de la persona “asistida”.

Por último, en lo que respecta al inciso 3, consideramos que el uso del término “inhabilitación” es más acorde a la realidad, toda vez que la pena de interdicción (término empleado incluso en la actualidad por nuestro CC) ya no se aplica en nuestro país, no siendo ese el caso de la pena inhabilitación, la cual permanece vigente.

Por otro lado, en lo que respecta al asistente, podemos encontrar mayores precisiones respecto de este, en primer lugar, en el artículo 564 del Anteproyecto, el cual establece que:

Artículo 564.-

Cuando una persona, debido a una disminución física, psíquica o sensorial, se encuentre en la imposibilidad, incluso temporal, de proveer al cuidado de los propios intereses o de administrar el propio patrimonio, el juez especializado en lo civil de familia de su domicilio, en proceso sumarísimo, procede al nombramiento de un asistente.

Es así que, el referido artículo establece como causal de nombramiento de un asistente en la vía judicial, el hecho de padecer de un detrimento físico, psíquico o sensoria, añadiendo el requisito de que dicha situación le impida cuidar tanto de sus propios asuntos como de su patrimonio. Cabe señalar que el Anteproyecto propone la designación del asistente en la vía judicial, lo cual se diferencia la actual redacción de nuestro CC, toda vez que en este último caso se establece la designación de apoyos, tanto en la vía judicial como en la notarial.

Por otro lado, llama la atención que el referido artículo solo hace referencia a aquellas personas que se encuentran previstas en el inciso 2 del artículo 44 del Anteproyecto, es decir, aquellas que, a causa de un detrimento físico, psíquico o temporal, se encuentren impedidos, incluso en forma temporal, de satisfacer sus propios intereses, o de administrar su patrimonio, cuando el referido artículo establece el régimen de asistencia, además, en favor de tres supuestos adicionales: las personas mayores de edad que debido a cualquier causa carezcan de discernimiento, las que no puedan manifestar su voluntad en forma indubitable y los condenados con pena que incluye la inhabilitación.

Así, nos llama la atención el hecho de que el artículo 564 se haya limitado a establecer cómo procede el nombramiento de un asistente respecto de un solo supuesto,

y no de los demás supuestos previstos en el artículo 44. La Exposición de Motivos del referido artículo establece lo siguiente:

Esta propuesta normativa ha sido adecuada a la revisión del Libro Primero dedicado al derecho de las personas, respecto a la uniformidad de las instituciones de guarda en ambos libros. *Se sustituye la institución de la curatela por el régimen de asistencia*, acorde con las normas del Derecho comparado y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, como una institución que le da más libertad en el actuar al sujeto que no puede valerse por sí mismo ... [cursivas añadidas].

Es evidente la influencia de la CDPD en el Anteproyecto, en vista de que al instituirse la figura del asistente, se brinda un mayor campo de actuación a la persona que requiere de él. En efecto, lo que se busca es brindar apoyo a la persona en la gestión de asuntos determinados, mas no borrarla del mundo del Derecho mediante la designación de un curador. Sin embargo, el artículo no brinda mayores precisiones respecto a las funciones del asistente, o de su obligación de respetar en todo momento de la persona en favor de quien brinda su apoyo. En efecto, el artículo 566 del Anteproyecto, se limita a señalar el rango de actuación del juez respecto de la determinación de actos que pueden realizarse con la actuación del asistente, señalando que:

Artículo 566.-

El juez puede disponer que determinados actos pueden ser efectuados por el sujeto al régimen de asistencia sólo con la intervención del asistente. Si tales actos son efectuados sin la prescrita asistencia pueden ser anulados a pedido del asistente, del Ministerio Público, del sujeto a tal régimen o de sus herederos.

Al respecto, somos de la opinión que el hecho de delegar en el juez tal facultad, constituye un atentado en contra de la libre capacidad de ejercicio de la persona “asistida”, toda vez que dicha decisión debería recaer en ella, y no en el juez. La Exposición de Motivos del referido artículo establece lo siguiente: “El Código Civil instituye el régimen de asistencia, dejando sin efecto la curatela, esto acorde con las actuales tendencias del Derecho comparado”. Sin perjuicio de ello, el artículo 567 del Anteproyecto le brinda la facultad a la persona “asistida”, de solicitar el fin de su sujeción al régimen de asistencia, señalando que:

Artículo 567.-

1. *Cuando el sujeto al régimen de asistencia, el asistente, los familiares o el Ministerio Público, consideran que ya no se verifican los presupuestos establecidos en el artículo podrán solicitar judicialmente el cese del régimen de asistencia, su sustitución o la modificación* [cursivas añadidas].

2. El juez amparará la pretensión solicitada cuando se compruebe, directamente o por medio de un examen pericial, la necesidad del cese o de la sustitución.

Así, consideramos que lo expuesto anteriormente se ajusta al modelo social, instaurado por la CDPD, toda vez que se brinda al sujeto que se encuentra bajo el régimen de asistencia, la potestad de solicitar poner fin a dicha situación en la vía judicial, correspondiendo al juez verificar si es que la persona debe ser exonerada del hecho de contar con un asistente. La Exposición de Motivos del referido artículo señala lo siguiente:

El Grupo de Trabajo propone que cuando el sujeto al régimen de asistencia, el asistente, los familiares o el Ministerio Pública estiman que ya no se verifican los presupuestos establecidos en el artículo podrán solicitar judicialmente el cese del régimen de asistencia, su sustitución o la modificación.

Somos de la opinión que la actual redacción del CC es más cercana al modelo social, toda vez que en ella, se incluyeron la figura de los Apoyos y salvaguardias (mediante el D.L. N° 1384), los cuales son formas de asistencia absolutamente facultativas, que pueden ser designados tanto en la vía judicial como en la notarial. Además, es la persona con discapacidad, quien determina sus alcances y duración, mas no el juez, como ocurre en el caso del asistente.

2. Modificación del ámbito de aplicación de la interdicción en nuestro Código Civil

Como se advirtió anteriormente, la interdicción judicial ya no aplica para las siguientes personas:

1. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
2. Los retardados mentales y

3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su voluntad.

Por lo que dichas personas pasan a tener una plena capacidad de ejercicio desde que cumplen los 18 años y, por ende, quedan exoneradas de la obligación de contar con un curador designado judicialmente.

Sin perjuicio de ello, lo que acontece en la actualidad, las personas que eran consideradas como “Incapaces relativos”, ahora pasan a tener la calificación de persona con “capacidad de ejercicio restringida”. Así, se encuentran dentro de dicha calificación, las siguientes personas:

1. Los pródigos,
2. Los que incurrn en mala gestión
3. Los ebrios habituales
4. Los toxicómanos
5. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil
6. Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiesen designado un apoyo con anterioridad.

Para mayor detalle de cada uno de los supuestos (a excepción del caso de las personas que se encuentren en estado de coma), nos remitimos a lo expuesto en el punto I.2 del presente trabajo. Sin perjuicio de ello, se pasará a exponer la actual redacción de los artículos relacionados a la curatela de las personas con capacidad de ejercicio restringida, toda vez que éstos se vieron modificados tras la entrada en vigencia del D.L. N° 1384.

2.1 La restricción de la capacidad de ejercicio del pródigo y del mal gestor

En primer lugar, encontramos el nuevo artículo 583¹⁰² del CC, que establece en forma general quiénes son las personas facultadas a solicitar la interdicción de las personas

¹⁰² Artículo 583 del Código Civil peruano.-

Pueden pedir la interdicción del incapaz su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público. (*)

previstas en los numerales 4 al 7 del artículo 44, es decir: los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales y los toxicómanos. Al respecto, dichas personas son las siguientes: el cónyuge o los parientes de la persona con capacidad de ejercicio restringida o, también, el Ministerio Público.

En segundo lugar, encontramos el caso del pródigo, quien es una persona que malgasta indebidamente su patrimonio, por lo que se pone en riesgo no solo a sí mismo, sino también a su familia. Como señala Caicay Peralta (2020): “El pródigo es aquella persona que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible” (p. 27).

Así, el artículo 584 de nuestro CC establece que: “Puede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible” Al respecto, somos de la opinión de que el artículo ha incurrido en un error de forma, toda vez que el cónyuge forma parte del grupo de herederos forzosos. Por tanto, bastaba que el referido artículo tenga previsto solo este último término. Por otro lado, el actual artículo 585 establece que:

Puede ser restringida en su capacidad de ejercicio por mala gestión la persona que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos.

Queda prudente al arbitrio del juez apreciar la mala gestión.

Cabe precisar que el mismo error de redacción, advertido anteriormente, se comete en el caso del mal gestor, quien es una persona que demuestra ineptitud en la gestión de sus negocios, por lo que también pone en peligro no solo su subsistencia, sino también la de su familia. Por lo que, al igual que el supuesto anterior, el hecho de eliminar el término “cónyuge” de la redacción de este artículo no hubiese tenido relevancia alguna, toda vez que este se encuentra dentro del grupo de los herederos forzosos.

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 583.- Facultados a solicitar interdicción Pueden pedir la interdicción de la persona con capacidad de ejercicio restringida según el artículo 44 numerales del 4 al 7, su cónyuge, sus parientes o el Ministerio Público.”

Asimismo, el actual artículo 587 del CC establece la restricción de la capacidad de ejercicio en lo que respecta tanto al caso del pródigo como del mal gestor. La redacción del citado artículo es la siguiente:

Pueden pedir la curatela del pródigo o del mal gestor, solo su cónyuge, sus herederos forzosos, y, por excepción, el Ministerio Público, de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados.

Al respecto, cabe señalar que el mal gestor, de conformidad con Caicay Peralta (2020), es definido como: “aquella persona que, teniendo cónyuge y herederos forzosos, ha realizado malas gestiones que han originado una pérdida en más de la mitad de sus bienes. En este último caso, queda al prudente arbitrio del juez apreciar la mala gestión” (p. 27).

Consideramos acertado el hecho de que se amplíe el grupo de personas legitimadas para solicitar la interdicción, toda vez que cuentan con dicha condición los parientes del pródigo o del mal gestor, en caso de que los herederos forzosos sean menores de edad o estén restringidos en su capacidad de ejercicio; así como el Ministerio Público.

A su vez, a diferencia de la restricción de la capacidad de ejercicio de las personas carentes de discernimiento, consideramos que en el caso del pródigo y del mal gestor, sí se encuentra justificado el hecho de restringir su capacidad de ejercicio, toda vez que se protege el interés no solo de una, sino de varias personas, protegiéndolas del peligro de caer en la miseria.

2.2 La restricción de la capacidad de ejercicio del ebrio habitual y del toxicómano

Por otro lado, encontramos el caso del ebrio habitual, quien es una persona que consume bebidas alcohólicas con demasiada frecuencia. Entonces, dicha adicción puede conllevar a que la persona se vea afectada económicamente, por lo que dicha situación también puede afectar a sus familiares y, por ende, a sus herederos forzosos.

La misma situación se produce respecto del toxicómano, en vista de que, al encontrarse inmerso en la adicción al consumo de drogas, también se expone tanto a sí

mismo como a su familia a caer en la miseria. Por tanto, tanto en el caso del ebrio habitual como toxicómano, consideramos que es acertado el hecho de designarles un curador, en vista e que se busca proteger en ambos casos la subsistencia tanto de ellos mismos como de sus familias. En efecto, la adicción tanto a las drogas como a las bebidas alcohólicas origina en la persona la necesidad de consumirlas, por lo que la persona que la padece, al ver afectada su capacidad de discernimiento, no repara en las consecuencias económicas de su actuar. Al respecto, Caicay Peralta (2020) señala que tanto el ebrio habitual como el toxicómano:

Son aquellas personas que, por causa de su ebriedad habitual, o del uso de sustancias que pueden puedan generar toxicomanía o del uso de drogas alucinógenas: se exponen a ellos mismo o a sus familiares a caer en la miseria, requieran asistencia permanente, o amenazan a la seguridad ajena. (p. 27)

En atención a ello, el actual artículo 586 de nuestro CC ha provisto la curatela de ambos supuestos, señalando:

Será provisto de un curador quien, por causa de su ebriedad habitual, o del uso de sustancias que puedan generar toxicomanía o de drogas alucinógenas, se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena.

Por lo que en virtud de la situación en la que se encuentran, el legislador peruano ha considerado limitarlos en su capacidad de ejercicio, sustituyendo su voluntad mediante la designación de un curador en la vía judicial. A su vez, las personas que se encuentran facultadas para solicitar la interdicción del ebrio habitual o el toxicómano, se encuentran previstas en el artículo 588, el cual señala que:

Solo pueden pedir la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano, su cónyuge, los familiares que dependan de él y, por excepción, el Ministerio Público por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena.

Adviértase que a diferencia de los pródigos y de los malos gestores, en el caso de los ebrios habituales y toxicómanos, el grupo de personas facultadas para solicitar su interdicción es más amplio, toda vez que el artículo le atribuye dicha potestad, además

del cónyuge, a los familiares que dependen de él, pudiendo encontrarse dentro de este supuesto los sobrinos, los primos, los tíos, entre otros; quienes no tienen calidad de herederos forzosos.

Por otro lado, el artículo 590 establece la obligación del curador, tanto del ebrio habitual como del toxicómano, de “proveer a la protección de la persona del incapaz, a su tratamiento y eventual rehabilitación, conforme a las reglas contenidas en los artículos 576^{o103} (el cual establece las funciones del curador), 577^{o104} (que señala que los frutos de los bienes de la persona limitada en su capacidad de ejercicio serán usados para su sostenimiento y restablecimiento) y 578¹⁰⁵ (el cual ha sido derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384) . Al respecto, consideramos que el referido artículo incurre en un error de forma, toda vez que usa el término “incapaz”.

Por tanto, somos de la opinión de que dicho término debería ser reemplazado por el de “persona con capacidad de ejercicio restringida”, toda vez que la calificación de “incapaz relativo”, ha sido suprimida de nuestro CC. A su vez, cabe señalar que los artículos 576 y 577 del CC incurren en el mismo error.

Asimismo, como se advirtió anteriormente, la capacidad de ejercicio de la persona declarada como “interdicta” en la vía judicial, se ve seriamente afectada. El actual artículo 591 establece dicha limitación, en lo que respecta a los supuestos señalados anteriormente, estableciendo que:

¹⁰³ Artículo 576 del Código Civil peruano.-

El curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios.

¹⁰⁴ Art. 577 del Código Civil peruano.-

Los frutos de los bienes del incapaz se emplearán principalmente en su sostenimiento y en procurar su restablecimiento. En caso necesario se emplearán también los capitales, con autorización judicial.

¹⁰⁵ Artículo 578 del Código Civil peruano.-

Para internar al incapaz en un establecimiento especial, el curador necesita autorización judicial, que se concede previo dictamen de dos peritos médicos, y, si no los hubiere, con audiencia del consejo de familia (*).

(*). Artículo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

El pródigo, el mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano no puede litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador. El juez, al instituir la curatela, puede limitar también la capacidad del interdicto en cuanto a determinados actos de administración.

Por lo que podemos concluir, que al estar la persona declarada “interdicta” en el deber de pedir autorización a su curador respecto a cualquier acto referente a la administración de su patrimonio, podemos concluir que su voluntad no es la que tiene la prioridad, toda vez que en caso discrepen las voluntades del representado y del representante, será la de este último la que prevalecerá.

2.3 La restricción de la capacidad de ejercicio de la persona que sufre pena que lleva anexa la interdicción civil

Por otro lado, otro supuesto de restricción de la capacidad de ejercicio es el de aquellos que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. Al respecto, cabe precisar que dicha figura no ha sido considerada dentro de nuestro actual Código Penal de 1991, el cual tiene contemplada la pena de inhabilitación. Como se advirtió anteriormente, siguiendo el criterio adoptado por Torres Vásquez (2019):

Desde 1991, en que entró en vigencia del nuevo Código penal, la pena de interdicción civil no existe en el Perú: por tanto, los artículos 44.8¹⁰⁶ y 595¹⁰⁷ del Código Civil están derogados en la parte que mencionan a la pena que conlleva “la interdicción civil”, pena que ha sido sustituida por la “inhabilitación”, en aplicación del artículo I del Título Preliminar del Código Civil, según el cual la

¹⁰⁶ Art. 44 del Código Civil peruano. -

Tienen capacidad de ejercicio restringida: (...)

8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. (...).

¹⁰⁷ Artículo 595 del Código Civil peruano. -

Ejecutoriada la sentencia penal que conlleve la interdicción civil, el fiscal pedirá, dentro de las veinticuatro horas, el nombramiento de curador para el penado. Si no lo hiciera, será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan. También pueden pedir el nombramiento el cónyuge y los parientes del interdicto.

ley se deroga tácitamente “por incompatibilidad entre la nueva ley (la del Código Penal) y la anterior (la del Código Civil)”. (p. 114)

Entonces, al momento de realizar la lectura del artículo 44.8 y 595 del CC, el término “interdicción” deberá ser reemplazado por el de “inhabilitación”, por las razones anteriormente expuestas. Con la finalidad realizar algunas precisiones referidas a la pena de inhabilitación, nos remitimos al sexto párrafo del Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 (Acuerdo Plenario N° 2, 2008), de la Corte Suprema de Justicia de la República, el cual establece lo siguiente:

6. La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir.

Entonces, la pena de inhabilitación es otra forma de restricción de la capacidad de ejercicio, por lo que implicará necesariamente con la designación de un curador. A su vez, el artículo 36¹⁰⁸ del Código Penal prevé los derechos que

¹⁰⁸ Artículo 36 del Código Penal peruano.-

La inhabilitación produce, según disponga la sentencia:

Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;

Incapacidad o impedimento para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;

Suspensión de los derechos políticos que señale la sentencia;

Incapacidad para ejercer por cuenta propia o por intermedio de tercero profesión, comercio, arte o industria, que deben especificarse en la sentencia;

Incapacidad para el ejercicio de la patria potestad, tutela o curatela;

Suspensión o cancelación de la autorización para portar o hacer uso de armas de fuego. Incapacidad definitiva para renovar u obtener licencia o certificación de autoridad competente para portar o hacer uso de armas de fuego, en caso de sentencia por delito doloso o cometido bajo el influjo del alcohol o las drogas.

Suspensión, cancelación o incapacidad definitiva para obtener autorización para conducir cualquier tipo de vehículo;

Privación de grados militares o policiales, títulos honoríficos u otras distinciones que correspondan al cargo, profesión u oficio del que se hubiese servido el agente para cometer el delito;

9. Incapacidad definitiva para ingresar o reingresar al servicio docente o administrativo en instituciones de educación básica, centros de educación técnico- productiva, institutos o escuelas de educación superior, instituciones de educación superior artística, universidades, escuelas de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú, Ministerio de Educación o sus organismos públicos adscritos, Direcciones o Gerencias Regionales de Educación, Unidades de Gestión Educativa Local y, en general, en toda institución u organismo educativo, incluyendo centros de resocialización o rehabilitación, que desarrollan actividades permanentes o temporales vinculadas a la educación, capacitación y formación sobre cualquier materia, incluyendo los ámbitos deportivo, artístico y cultural; así como, para ejercer actividad, profesión, ocupación u oficio que implique la enseñanza, el cuidado, vigilancia o atención de niñas, niños o adolescentes o del alumnado de educación superior tanto técnica como universitaria; respecto de las personas

pueden ser materia de restricción. Por tanto, la sentencia deberá señalar en forma taxativa cuáles son los actos que el sentenciado se encontrará imposibilitado de realizar.

Asimismo, la pena de inhabilitación puede ser tanto principal como accesoria, de conformidad con el artículo 37¹⁰⁹ de nuestro Código Penal. Al respecto, la inhabilitación es principal cuando esta se impone sin encontrarse subordinada a ninguna otra pena. Por el contrario, cuando es accesoria, se impone junto con una pena principal, por lo que, en esta situación, se aplica el criterio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. El séptimo párrafo del Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116 (Acuerdo Plenario N° 2, 2008), de la Corte Suprema de Justicia de la República, establece lo siguiente:

condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada, incluido el grado de tentativa, por cualquiera de los siguientes delitos:

- a) Delitos de terrorismo tipificados en el Decreto Ley N° 25475 y delito de apología del terrorismo tipificado en el artículo 316-A del Código Penal.
 - b) Delitos de violación de la libertad sexual tipificados en el Capítulo IX del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.
 - c) Delitos de proxenetismo tipificados en el Capítulo X del Título IV del Libro Segundo del Código Penal.
 - d) Delito de pornografía infantil tipificado en el artículo 183 A del Código Penal.
 - e) Delito de proposiciones a niños, niñas y adolescentes con fines sexuales por medios tecnológicos tipificado en el artículo 5 de la Ley N° 30096.
 - f) Delito de trata de personas y sus formas agravadas, tipificados en los artículos 153 y 153-A del Código Penal.
 - g) Delito de explotación sexual y sus formas agravadas tipificados en el artículo 153-B del Código Penal.
 - h) Delito de esclavitud y otras formas de explotación y sus formas agravadas, tipificados en el artículo 153-C del Código Penal.
 - i) Delitos de tráfico ilícito de drogas de la Sección Segunda del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal.
 - j) Delitos de homicidio simple y calificado tipificados en los artículos 106, 108 y 108-A del Código Penal.
 - k) Delito de parricidio tipificado en el artículo 107 del Código Penal.
 - l) Delito de feminicidio y sus formas agravadas tipificados en el artículo 108-B del Código Penal.
 - m) Delito de sicariato y sus formas agravadas tipificados en el artículo 108-C del Código Penal.
 - n) Delito de secuestro y sus formas agravadas tipificados en el artículo 152 del Código Penal.
 - o) Delito de secuestro extorsivo y sus formas agravadas tipificados en el artículo 200 del Código Penal.
 - p) Delitos contra la humanidad (genocidio, desaparición forzada y tortura) tipificados en los capítulos I, II y III del Título XIV-A del Libro Segundo del Código Penal.
 - q) Delito de violación de la intimidad, por difusión de imágenes, materiales audiovisuales o audios con contenido sexual, y sus formas agravadas, tipificado en el artículo 154-B del Código Penal.*
10. Privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos;
 11. Prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, sus familiares u otras personas que determine el juez; o,
 12. Prohibición de comunicarse con internos o visitar establecimientos penitenciarios.
 13. Incapacidad definitiva o temporal para la tenencia de animales.

¹⁰⁹ Artículo 37 del Código Penal peruano.-

La pena de inhabilitación puede ser impuesta como principal o accesoria.

7. La pena de inhabilitación, según su importancia o rango interno, puede ser principal o accesoria (artículo 37° del Código Penal). *La inhabilitación cuando es principal se impone de forma independiente sin sujeción a ninguna otra pena, esto es, de manera autónoma, aunque puede ser aplica conjuntamente con una pena privativa de libertad o de multa. En cambio, la inhabilitación accesoria no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañando a una pena principal, generalmente privativa de libertad ...* [cursivas añadidas].

8. El artículo 36° del Código Penal señala taxativamente los derechos que pueden ser objeto de la pena de inhabilitación (...).

En la relación de derechos afectados, algunos tienen un carácter genérico y otros, en cambio, requieren de una precisión judicial. Los incisos 3), 4) y 8) del artículo 36° del Código Penal, por ejemplo, demandan del juez que, motivadamente, identifique los derechos comprendidos por la inhabilitación. A este efecto es de tener en cuenta, desde una perspectiva preventivo especial, que *la pena debe estar vinculada al oficio o cargo de los cuales el sujeto se ha valido o podría valerse en el futuro para cometer el delito. En consecuencia, pues, el derecho comprendido por la inhabilitación ha de estar claramente relacionado con el delito cometido por el penado* [cursivas añadidas]. Por tal razón, la motivación exigida debe abarcar, entre otras cuestiones, la conexión que se da entre el delito cometido y el ejercicio del derecho afectado mediante dicha pena.

Además, la pena deber estar relacionada con el oficio o cargo del sujeto, toda vez que de no haberse encontrado ocupando tal puesto, no hubiese tenido la posibilidad de cometer el delito. Asimismo, es indispensable que el juez especifique en la sentencia cuáles van a ser las restricciones a la capacidad de ejercicio del sujeto. Como señala Torres Vásquez (2019) los actos que el sujeto se va a encontrar impedido de realizar deberán ser precisados en la sentencia que establece la pena de inhabilitación. Se debe partir de la presunción de la capacidad de ejercicio en favor de la persona, a pesar de que esta se encuentre dentro de un establecimiento penal, por lo que “las limitaciones tienen carácter excepcional. La sentencia penal condenatoria indicará expresamente la extensión de la restricción de la capacidad de obrar” (p. 115).

A su vez, el artículo 45-A¹¹⁰ señala que todos los supuestos analizados anteriormente (los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil) contarán con un representante legal, quien ejercerá sus derechos de conformidad con las reglas establecidas respecto de la patria potestad, tutela y curatela.

2.4 El nuevo supuesto de restricción a la capacidad de ejercicio: las personas en estado de coma.

Finalmente, encontramos el último supuesto de restricción a la capacidad de ejercicio en el inciso 9 del artículo 44 del CC, el cual coloca en tal situación a: “Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad”. Torres Vásquez (2019) señala que el estado de coma:

Es una situación de inconciencia prolongada, la persona no responde a ningún tipo de estímulo, o de conciencia de muy bajo nivel, responde a estímulos como el dolor o escuchar una voz. Sus causas son variadas: una enfermedad (p.ej: diabetes, lesiones cerebrales traumáticas (p.ej. accidentes de tránsito), accidentes cardiovasculares por disminución de la irrigación sanguínea en el cerebro por el bloqueo de arterias, hemorragias o infartos cerebrales, tumores o infecciones en el cerebro, intoxicación, etc, (p. 115)

Al respecto, somos de la opinión que era totalmente innecesario colocar un supuesto de esta naturaleza, toda vez que una persona que se encuentra en estado de coma no puede realizar acción alguna. Si bien es cierto se encuentra imposibilitada de ejercer sus derechos por cuenta propia, a diferencia de los supuestos anteriores, una persona en estado de coma no implica un riesgo, toda vez que no realiza acciones que la expongan a ella misma o a su familia de caer en la miseria. Como señalan Cieza Mora y Olavarría Parra (2018):

¹¹⁰ Art. 45-A del Código Civil peruano.-

Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44 contarán con un representante legal que ejercerá los derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela.

Una persona en estado de coma no tiene discernimiento o capacidad natural, no puede entender o querer, por lo tanto, hubiese sido catalogado bajo el esquema anterior del CC como un incapaz absoluto, sin embargo, hoy es asimilado a un sujeto con capacidad de ejercicio restringida. Esta persona que ahora está en estado de coma, pero que antes de caer en este estado hubiera designado un apoyo, deberá mantener tal figura, pues de lo que se trata es de respetar la voluntad del sujeto que, con antelación a su deterioro, manifestó su voluntad de nombrar un apoyo. (p. 60)

A su vez, Cárdenas Krenz y Della Rosa Leciñaña (2018) señalan que no hay justificación alguna para que una persona que se encuentra en estado de coma, y no cuenta con un apoyo designado previamente tengan una capacidad de ejercicio “en forma limitada”, si es totalmente irreal el afirmar que una persona que se encuentre en esa situación se encuentre en la actitud de ejercer sus derechos, ya sea en forma “parcial o autónoma” ... La única lógica que puede encontrarse a este supuesto, es la de considerarlo como uno de “incapacidad absoluta”, sin que importe el “apoyo” con el que cuenta la persona, “ya que este tercero interviniente mal puede ayudar en el ejercicio de su voluntad a quien no puede precisamente manifestarla” (p. 107).

Por otro lado, al no estar las personas en estado de coma contempladas en el artículo 45-A¹¹¹, que establece en forma taxativa los supuestos que se encuentran bajo el régimen de la representación legal, es de advertirse que éste no se les será aplicable. Por lo que cabe plantearnos de la interrogante de qué pasaría si la persona antes de entrar en estado de coma hubiese designado un apoyo, ya sea mediante la vía judicial o la notarial.

Al respecto, podemos llegar a la conclusión de que dicha persona mantiene una capacidad de ejercicio plena. De conformidad con Torres Vásquez (2019), las personas que han entrado en estado de coma mantienen una capacidad de ejercicio plena siempre y cuando hayan designado un apoyo antes de encontrarse en dicho estado, por el contrario, si no lo han designado, recibirán la calificación de personas con capacidad de

¹¹¹ Art. 45-A del Código Civil peruano.-

Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44 contarán con un representante legal que ejercerá los derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela.

ejercicio restringida, por lo que será necesaria la designación de un apoyo en la vía judicial “a solicitud de cualquier persona capaz” (p. 117).

Así, encontramos un supuesto excepcional bajo el cual el hecho de contar con un Apoyo deja de ser voluntario y se vuelve obligatorio, de conformidad con el artículo 659-E¹¹², que establece dos causales de designación de los apoyos por parte del juez: el supuesto bajo el cual la persona con discapacidad se encuentra impedida de manifestar su voluntad y, por otro lado, el supuesto en el que la persona haya entrado en estado de coma sin previamente haber designado un Apoyo.

Es de advertirse que la regla general es el respeto hacia la voluntad de la persona en estado de coma, e inclusive en el caso excepcional de designación de apoyos en la vía judicial, el juez se encuentra obligado a llevar a cabo los esfuerzos necesarios para llegar a la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida”, como señala el artículo 659-E.

3. La figura del Apoyo en el modelo social

Como se mencionó anteriormente, el D.L. N° 1384 significó un gran avance en nuestro país en relación a la adopción del modelo social, toda vez que las personas con discapacidad ya no serán sujetas a la interdicción judicial, sino por el contrario, contarán con una plena capacidad de ejercicio, al igual que cualquier otra persona. A su vez, el único requisito para tal situación será que cuenten al menos con la edad de 18 años.

¹¹² Artículo 659-E del Código Civil peruano.-

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.

A su vez, el modelo social parte de la premisa de que las barreras al desarrollo de la plena capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad no se encuentran en ellas, sino por el contrario, son obra de la propia sociedad en la que viven, por lo que es necesario que esta última se adapte a ellas, y no al contrario. Como señala Victoria Maldonado (2013), el modelo social:

Está centrado en la dignidad del ser humano y después, pero sólo en caso necesario, en las características médicas de la persona. Sitúa al individuo en el centro de todas las decisiones que le afectan y, lo que es aún más importante, sitúa el problema principal fuera de la persona, en la sociedad. En este modelo, *el problema de la discapacidad se deriva de la falta de sensibilidad del Estado y de la sociedad hacia la diferencia que representa esa discapacidad.* (p. 1100)

Por lo que, bajo la perspectiva de este modelo, la discapacidad de la persona en ningún caso debe implicar una restricción a su libre capacidad de ejercicio. Entonces, es deber del Estado, brindar las herramientas necesarias para que la persona con discapacidad puede ejercer libremente su capacidad de ejercicio. De hecho, la presencia del modelo social en la CDPD, en su artículo 2, el cual define a la persona con discapacidad como:

Aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, *al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o puede verse impedida en el ejercicio de sus derechos* y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”. [cursivas añadidas]

Así, con la entrada en vigencia del D.L. N°. 1384, la persona con discapacidad tendrá una participación más activa en la sociedad, en el sentido de que su actuar tendrá las mismas facultades que una persona que no carece de la misma. Por tanto, tendrá la última palabra si se trata de tomar una decisión que va a repercutir en su vida, en lugar de la voluntad de un curador que prácticamente la reemplazaba en el ejercicio de sus derechos. Retomando el análisis del modelo social, como señala Agustina Palacios (2015):

Se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos y aspira a potenciar el respecto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social y asentándose sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, participación, entre otros. *El modelo parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad*". (p. 14) [cursivas añadidas]

Por lo que el referido sistema resulta inclusivo respecto de las personas con discapacidad, y era necesaria la adecuación de nuestro CC al referido modelo. Como se señaló anteriormente, la LGPD sentó las bases para la adopción del modelo social en nuestro país, dejando pendiente al CC incluir la figura de los apoyos y salvaguardias, que son simples formas de asistencia, y derogar la interdicción respecto de las personas con discapacidad. Siguiendo a Vivas Tesón (2010):

El marco legal establecido por el art. 12 contempla un cambio en el modelo a adoptar a la hora de regular la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, especialmente, en aquellas situaciones en las cuales puede resultar necesario algún tipo de intervención de terceros: *mientras que el sistema tradicional tiende hacia un modelo de "sustitución" en la toma de decisiones, el modelos de derechos humanos basado en la dignidad intrínseca de todas las personas, en el que se basa la Convención, aboga por un modelo de "apoyo" de su voluntad* [cursivas añadidas]. (p. 565)

Por lo tanto, la figura del Apoyo, que será comentada más adelante, forma parte de la aplicación del modelo social en nuestro país, toda vez que dicha forma de asistencia no atenta en forma alguna con la voluntad de la persona con discapacidad, si no por el contrario, se limita a "facilitar" su manifestación. Para Velarde Lizama (2012) el modelo social, lejos de tener la concepción de que la discapacidad es una falencia de la persona, que debe ser reparada con la finalidad de obtener su "inserción", parte de la idea que las falencias no son más que un "producto social", que es el producto de la interrelación entre una persona y el "entorno" que la rodea, que por cierto no ha sido creado para ella. Así,

“el modelo social atenúa fuertemente los componentes médicos de la discapacidad y resalta los sociales”. (p. 128)

Asimismo, lo que se busca es un cambio de perspectiva, en el sentido de darle un trato igualitario a las personas con discapacidad, y a las personas que no la padecen. Este es el criterio seguido por Cuenca Gómez (2011), quien señala que la adopción de un punto de vista de “derechos humanos” conlleva el hecho de tener presente que “las personas con discapacidad son sujetos que poseen los mismos derechos que el resto de los ciudadanos garantizando la igualdad y la no discriminación de este colectivo en su titularidad, disfrute, protección y ejercicio” (p. 224). Sin perjuicio de ello, somos de la idea de que, si bien es cierto que tanto las personas con discapacidad como las personas que no la padecen, tienen derecho a actuar los derechos de los que son titulares, en la realidad no tienen las mismas facilidades para realizar tal acción. Por lo que sería pertinente designar un apoyo en favor de las personas sin discernimiento. La referida idea será materia de análisis en capítulos posteriores.

El modelo social, como ha podido advertirse, implica el reconocimiento de una igualdad entre las personas con discapacidad y las personas que no la padecen. Como señala el segundo párrafo del artículo 12 de la CDPD: “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de su vida”.

Complementando lo anteriormente afirmado, Cuenca Gómez (2011) señala que tanto las personas con discapacidad, como los “demás ciudadanos”, gozan de la titularidad de los “mismos derechos”. En lo que respecta a su ejercicio, este debe ser realizado “en condiciones de igualdad”. Dicha situación conlleva que el reconocimiento de la “plena capacidad jurídica” que corresponde a las “personas con discapacidad”, la cual debe ser realizada “en igualdad de condiciones” (p. 237).

Así, en pro de la igualdad, deben eliminarse los prejuicios y, sobre todo, el sometimiento a curatela de las personas con discapacidad, bajo la creencia de que son incapaces de dirigir sus asuntos de manera autónoma. De conformidad con Bolaños Salazar (2018):

La discapacidad ha dejado de ser una cuestión individual para convertirse en un fenómeno de carácter preponderantemente social, puesto que es la sociedad quien

debe adecuarse y proporcionar posibilidades de integración para las personas con discapacidad y no limitar su desarrollo. (p. 19)

Del mismo modo, al haberse dejado de aplicar la interdicción en relación a las personas con discapacidad y, en consecuencia, haberlas excluido del ámbito de aplicación de la curatela, fue incorporado a nuestro CC una nueva forma de asistencia: los Apoyos. Como primera aproximación, debemos señalar que los apoyos no implican una restricción a la libre capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad, sino que, por el contrario, su labor consistirá en ser simples “facilitadores” de la voluntad de la persona a quien asisten. Entonces, dicha labor será encaminada a garantizar el respeto de la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, quien tendrá la última palabra si es que se trata de tomar una decisión que va a repercutir en su vida, a no ser que se encuentre imposibilitada de expresar su voluntad.

Por lo que la diferencia entre el curador y el Apoyo es notable, toda vez que mientras el curador “sustituye” la voluntad de la persona a quien representa, el apoyo se encarga de “asistir” a la persona con discapacidad, por lo que la actuación de este último encuentra su límite en la voluntad y preferencias de la persona a quien asiste. Siguiendo a Olmo y Martínez Alcorta (2011):

Mientras que la representación prescinde de la voluntad del sujeto representado, *la asistencia da lugar a una actividad compleja cuyo elemento voluntario está integrado por la voluntad del titular de los derechos ejercidos*, completada por la voluntad de la persona que desempeña la función de contralor [cursivas añadidas] .(p. 7)

Así, la asistencia que es brindada por los Apoyos no atenta contra la libre capacidad de ejercicio de la persona con discapacidad, a diferencia del representante legal (curador), que prácticamente, la eliminaba del mundo del derecho. Por otro lado, una primera referencia a los apoyos la encontramos en el inciso 3 del artículo 12 de la CDPD, el cual establece que: “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. [cursivas añadidas]

Al respecto, el término “puedan” implica el hecho de que no para todos los casos será necesario designar un apoyo en favor de las personas con discapacidad. Por el

contrario, se trata de una forma de asistencia totalmente facultativa, y no corresponde la última palabra a un tercero si se trata de solicitar la designación de un apoyo en favor de la persona con discapacidad, sino más bien, a esta última.

Así, la CDPD constituye un antecedente sumamente importante de la adopción del modelo social, al otorgar un trato igualitario respecto de todas las personas, sin hacer distinción alguna por motivos de discapacidad. Siguiendo a Bolaños Salazar (2018), la CDPD viene a ser “el primer instrumento internacional en reconocer el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad desde la lógica del vigente modelo social ... por medio de su artículo 12” (p. 23). A su vez, el Comité, en su Observación General N° 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento ante la ley, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, señala que: “Los Estados no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica sino que *deben proporcionarles acceso al apoyo que puedan necesitar para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos*” [cursivas añadidas] (p. 5).

Al respecto, podemos concluir que las características del Apoyo deben ser adecuadas a las necesidades de la persona, las cuales evidentemente, son diversas. Además, dicho Apoyo tiene que ser de la confianza de la persona con discapacidad, por dicha designación no recaerá en un juez, como en el caso de la curatela, sino por el contrario, en el “apoyado”. Así, dicho criterio guarda conformidad con el modelo social, al otorgarle una plena capacidad de ejercicio a la persona con discapacidad, que no se ve afectada en modo alguno. Por otro lado, otro antecedente a la inclusión de los apoyos en nuestro CC, lo encontramos en el inciso primero del artículo 9 de la LGPD, el cual establece lo siguiente:

9.1 La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. *El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones.* [cursivas añadidas]

Así, la referida Ley encomendó al CC, la labor de regular, tanto los apoyos como los ajustes razonables, que sean necesarios para asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Por desgracia, tuvieron que pasar 6 años para que la figura jurídica del “apoyo” se incorpore en nuestra legislación nacional. Fue así que, con

la entrada en vigencia del D.L. N° 1384, se estableció una definición de apoyos en el primer párrafo del artículo 659-B de nuestro CC, el cual señala que:

Los apoyos son formas de asistencia *libremente elegidos* por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo. [cursivas añadidas]

Por lo cual se evidencia que al ser estos “libremente elegidos”, corresponde a la persona con discapacidad determinar si es que va a requerir dicha forma de asistencia. Como se advirtió anteriormente, los Apoyos cumplen la labor de “facilitar” la manifestación de la voluntad de las personas con discapacidad, mas no reemplazarla. Así, la aplicación del régimen de sustitución de la voluntad en detrimento de la libre capacidad de ejercicio de la persona con discapacidad ha sido abolida. Como señalan Cárdenas Krenz y Della Rosa Leciñaña (2018): “la Convención sobre los Derechos de las Personas Discapacitadas se estaría basando en el nuevo modelo social, abandonando el antiguo modelo médico o rehabilitador” (p. 105).

Por ello, la incorporación de los Apoyos en nuestro CC, constituye un paso importante respecto de la adopción del modelo social en nuestro país, toda vez que dicha forma de asistencia tiene siempre como eje de su actuación, tanto la voluntad como las preferencias de la persona a quien asiste. Otro aspecto determinante lo constituye el hecho de que la persona con discapacidad está facultada para señalar el tiempo de duración que va a durar dicha forma de asistencia, así como delimitar el margen de actuación que va a tener el apoyo en su vida.

Como advierte Cuenca Gómez (2014), en ambos sistemas, es decir, en el de “sustitución” y en el “Apoyo”, se produce la intervención de un “tercero” en la “toma de decisiones”. Sin embargo, su margen de actuación es absolutamente diferente, toda vez que no es el tercero quien decide, reemplazado la voluntad de la persona, sino que se trata de brindar asistencia a la persona con la finalidad de que tome sus decisiones en forma autónoma. Así, los apoyos, en contraste al modelo de sustitución de la voluntad, “no deben contemplarse como medidas restrictivas sino como medidas promocionales de la autonomía y de la capacidad que tratan de potenciar al máximo las posibilidades de

ejercicio de los derechos” (p.7). Ahora bien, el Apoyo necesariamente tiene que ser una persona acorde a las necesidades de la persona, por lo que entramos en el terreno de la subjetividad. Por ello, no es posible establecer una cláusula general de las características que debe tener el Apoyo, sino simplemente establecer una cláusula abierta, en la que se establezca que el apoyo debe tener como referencia en su actuar, la voluntad y las preferencias de la persona. Así lo entiende Cuenca Gómez (2014), quien advierte que:

El sistema de apoyo debe ser diverso, individualizado y centrado en las necesidades de la persona adaptándose a las diferentes situaciones personales y sociales ... Las medidas de apoyo deben cubrir todo el proceso de toma de decisiones pudiendo consistir, en función de cada situación, en la asistencia para la traslación, comprensión y/o evaluación de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, expresión de voluntad y preferencias etc .(p. 8)

Por lo que, al ser una diversidad de supuestos, estamos hablando de un concepto que involucra una serie de labores, que pueden en algunas ocasiones verse complementadas por los deberes de algunas instituciones. El Comité (2014), en su Observación General N°1 del “Artículo 12: Igual reconocimiento ante la Ley, ha señalado que:

El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y *nunca debe consistir en decidir por ellas ... "Apoyo" es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades.* [cursivas añadidas]. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica para determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como la ayuda mutua, la promoción (incluido el apoyo a la autopromoción) o la asistencia para comunicarse. ... *El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad.* Esto es acorde con lo dispuesto

en el artículo 3 d)¹¹³, en el que se describen como un principio general de la Convención "el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas". En todo momento, incluso durante situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones. (p. 5) [cursivas añadidas]

Por tanto, los requisitos que debe cumplir el apoyo son variables, en función de cada persona, por lo que en algunos casos requerirá de mayor esfuerzo y destreza. Por ejemplo, una persona muda que ha decidido contar con un Apoyo, requerirá que este último maneje el lenguaje de señas, con la finalidad de que pueda comunicarse con la persona asistida y, por ende, le permita manifestar su voluntad. Para finalizar el presente apartado, consideramos acertado dejar la siguiente reflexión, planteada por Cuenca Gómez (2011), quien, viendo la diversidad de actitudes desde un enfoque positivo, señala que:

La sociedad no se divide en sujetos capaces e incapaces, sino que está conformada por sujetos con capacidades diversas, que pueden encontrarse en diferentes situaciones, enfrentarse a más o menos dificultades para desarrollar su autonomía moral y necesitar niveles de ayuda o asistencia distintos y más o menos intensos para adoptar sus decisiones ... (p. 32)

3.1. Limitaciones funcionales del designado como apoyo

El Apoyo, durante el cumplimiento de su función, encuentra una serie de limitaciones, dentro de las cuales encontramos el respeto por la voluntad y las preferencias de la persona. Como señala Cuenca Gómez (2012): "Los apoyos son una figura cuya función

¹¹³ Artículo 3 de la CDPD: Principios generales

Los principios de la presente Convención serán:

(...) d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas (...).

primordial es asistir a la persona en la toma de sus propias decisiones en diferentes modos y maneras respetando siempre su voluntad y sus preferencias” (p. 62).

Asimismo, con la finalidad de asegurar tal situación, el CC ha considerado pertinente establecer junto con los Apoyos, la designación de salvaguardias, en favor de la persona con discapacidad. Al respecto, las salvaguardias son definidas por el Art. 659-G de nuestro CC, el cual fue implementado por el CC de 1984, cuya redacción es la siguiente:

Art. 659-G.-

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

Al respecto, debemos señalar que la designación de salvaguardias resulta ser obligatoria, en caso se haya establecido la designación de apoyos en favor de la persona con discapacidad, ya sea en la vía judicial o notarial. A su vez, el artículo señala que la principal función de las salvaguardias consiste en evitar la influencia indebida por parte de los apoyos, por lo que cabe preguntarnos: ¿En qué consiste la influencia indebida?. La respuesta tal interrogante la encontramos en el inciso 2 del artículo 4 del Decreto Supremo N° 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 (en adelante, D.S. N° 016-2019-MIMP), el cual señala que:

Artículo 2.-

Para la aplicación de las disposiciones del Código Civil en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad y el presente Reglamento, se establecen las siguientes definiciones:

... 4. Influencia indebida.- Situación en que la persona designada como apoyo modifica, conforme a sus intereses, la manifestación de la voluntad de la persona que cuenta con apoyo, aprovechando su posición de poder y ejerciendo presión, amenaza, manipulación o agresión.

Por tanto, la intención del legislador, consiste en evitar cualquier tipo de arbitrariedad por parte del apoyo en el ejercicio de sus funciones. Así, las salvaguardias, al evitar la denominada “influencia indebida” por parte del Apoyo, permiten garantizar el respeto de la autonomía de la persona con discapacidad. Además, el artículo 21 del D.S. N° 016-2019-MIMP nos brinda mayores alcances respecto a la definición de las Salvaguardias, señalando que:

Artículo 21.-

21.1 Son medidas destinadas a asegurar que la persona designada como apoyo actúe conforme al mandato encomendado, respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que cuenta con apoyo y asegurando que no exista influencia indebida. Deben constar en la escritura pública o en la sentencia de designación de apoyo, indicándose el período de su ejecución.

21.2 La determinación de las medidas de salvaguardias es obligatoria, estableciéndose de manera proporcional y de acuerdo a las circunstancias de la persona que cuenta con apoyo; considerándose como salvaguardia mínima los plazos para la revisión de los apoyos.

21.3 De manera adicional, la persona que designa el apoyo puede determinar las medidas de salvaguardia que desee, que pueden comprender, entre otras, las siguientes:

- a) Rendición de cuentas, adjuntando los documentos que sustenten la administración de los bienes.
- b) Realización de auditorías.
- c) Supervisión periódica inopinada.
- d) Realización de visitas domiciliarias inopinadas.

e) Realización de entrevistas con la persona designada como apoyo y personas cercanas a la persona con discapacidad.

f) Requerir información a las instituciones públicas o privadas, cuando el caso lo amerite o cualquier otra diligencia.

Así, como se señaló anteriormente, la designación de apoyos conlleva necesariamente la designación de salvaguardias, por lo que tal situación debe constar en la sentencia o en la escritura pública, ya sea en la vía judicial o notarial, respectivamente. Asimismo, consideramos que la asistencia brindada por las salvaguardias, así como por los apoyos, debe ser lo más personalizada posible al estilo de vida de la persona, y es por ello que el legislador ha establecido que su intervención debe guardar relación con las circunstancias de la persona que es asistida.

Por otro lado, el establecimiento voluntario de medidas de salvaguardia adicionales por parte de la persona asistida, evidencia que esta última es la encargada elegir el camino más idóneo que le permita ejercer sus derechos de manera autónoma. Y, por tanto, si la persona con discapacidad es quien va a tener la última palabra, es lógico que se encuentre facultada para fiscalizar la actuación de los apoyos y salvaguardias que los asisten.

Una importante limitación a la labor de los apoyos y salvaguardias, la encontramos en el hecho de que su labor puede darse por concluida cuando la persona asistida lo considere pertinente. Tal situación es reconocida por el artículo 27 del D.S. N° 016-2019-MIMP, el cual establece que:

Artículo 27.-

27.1 La designación de apoyos y establecimiento de salvaguardias *puede ser revocada, en cualquier momento, por la persona con discapacidad titular del apoyo*, debiendo cumplir con la misma formalidad de su designación o establecimiento primigenio. Esta produce efecto desde que se le comunica a la persona designada como apoyo [cursivas añadidas].

27.2 La revocación otorgada ante otro/a notario/a debe ser informada por el/la notario/a que extendió la escritura pública al/la notario/a que extendió la escritura primigenia e inscribirse en el Registro de Personas Naturales.

Puede advertirse que es requerida una determinada formalidad para que la revocación de la designación apoyos y salvaguardias se realice, y esta es, la misma que se empleó para la designación de estos últimos. Al respecto, el procedimiento de designación de los apoyos y salvaguardias, tanto en la vía judicial como en la notarial, será explicado con mayor detalle en los capítulos posteriores. Por otra parte, el artículo 659-C¹¹⁴ le otorga a la persona con discapacidad la facultad de determinar la “forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos”, lo cual evidencia una vez más, que la persona con discapacidad cuenta con la autodeterminación suficiente para poder iniciar y concluir con la labor de los apoyos y salvaguardias.

Inclusive, otra limitación considerable la encontramos en el hecho de que el apoyo no cuenta con facultades de representación de la persona a quien asiste, estableciéndose como únicas excepciones el caso de que la persona con discapacidad no pueda manifestar su voluntad, y el supuesto en el que la persona asistida le brinde por voluntad propia dichas atribuciones. Tal situación se advierte en el segundo párrafo del artículo 659-B, el cual establece que:

Art. 659-B.-

... El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 659-E¹¹⁵.

¹¹⁴ Artículo 659-C del Código Civil peruano.-

La persona que solicita los apoyos determina su forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos. Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas.

¹¹⁵ Artículo 659-E del Código Civil peruano.-

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.

Al respecto, debemos señalar que la manifestación de voluntad de la persona que cuenta con el Apoyo es sumamente relevante para la actuación de este último. Sin embargo, esta no siempre puede ser exteriorizada en forma indubitable. Para este supuesto, el legislador ha establecido una serie de lineamientos que constituyen la base sobre la cual se va a encontrar delimitada la actuación del apoyo, con la finalidad de evitar arbitrariedades de parte de éste, dichos límites se encuentran previstos en el tercer párrafo del artículo 659-B, el cual señala que:

Art. 659-B.-

Cuando el apoyo requiere interpretar la voluntad de la persona a quien asiste aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

Al respecto consideramos pertinente realizar una serie de precisiones acerca de los conceptos empleados en dicho texto. En primer lugar, encontramos el término “el criterio de la mejor interpretación de la voluntad”, respecto del cual consideramos que dicho criterio debe ser aplicado siempre en favor de los intereses de la persona con discapacidad. Como señala Cuenca Gómez (2012):

Las referencias al respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, antes destacada, ostenta una importancia esencial y sustituye el criterio del mejor interés, como parámetro objetivo desde el que decidir por la persona incapacitada. Así, el funcionamiento general u ordinario de las medidas de apoyo la voluntad, y preferencias “subjetivas” siempre deben ser respetadas. *En casos excepcionales de apoyos intensos que pueden llegar a implicar decisiones sustitutivas, los apoyos deberán tratar de “reconstruir” la voluntad y las preferencias de la persona.* (p. 76) [cursivas añadidas]

Por lo que la interpretación de la voluntad de la persona asistida no puede ser realizada en forma arbitraria, sino por el contrario, debe de realizarse con la mayor cantidad de información posible que puede llegar a recopilarse, ya sea de la propia persona con discapacidad o de las personas cercanas a ella.

Bajo la perspectiva del modelo social, la regla general consiste en ayudar a la persona con discapacidad a decidir por sí misma. En atención a ello, la designación de salvaguardias que se encarguen de asegurar el respeto hacia la voluntad de la persona con discapacidad, conlleva al reconocimiento de su libre capacidad de ejercicio. Sin embargo, solo en casos extremos, en el que la persona con discapacidad no pueda exteriorizar su voluntad, corresponde designarle facultades de representación al apoyo, pero siempre con la finalidad de salvaguardar los intereses de la persona con discapacidad. Como señala De Amunátegui Rodríguez (2019):

Si puede formular su voluntad, mediante una información adecuada y adaptada a su situación, la persona debe ser apoyada para ello; si no puede, lo que debe ser excepcional, se tenderá a reconstruir su trayectoria vital, sus valores o sus preferencias, forma de apoyo que se revela especialmente importante en el caso de los mayores. Sólo cuando no existan datos para poder valorar la voluntad o preferencias del sujeto podrá ser sustituido en sus decisiones como último y residual criterio. (p. 39)

Así, la obligación de aplicar el criterio de la “mejor interpretación de la voluntad” corresponde al Apoyo. Sin embargo, dicho deber corresponde, también al juez, en caso de que la persona no puede manifestar su voluntad y se hayan agotado todos los esfuerzos posibles para lograr una manifestación de voluntad de la persona. En este último supuesto, que será analizado en los capítulos posteriores, el juez se encuentra facultado para realizar la designación del Apoyo en favor de la persona con discapacidad. Sin embargo, dicha situación solo se justifica cuando la presencia del Apoyo sea necesaria para el ejercicio y protección de los derechos de la persona asistida, de conformidad con el artículo 659-E del CC.

3.2 Las facultades de representación del designado como apoyo

La regla general consiste en que el apoyo se limita a ayudar a la persona a decidir por sí misma, pero puede darse el caso de que sea indispensable que le sean designadas al apoyo facultades de representación, con la finalidad de salvaguardar los intereses de la persona con discapacidad. Al respecto, tal situación da lugar a una serie de posibilidades que pueden dar lugar al otorgamiento de facultades de representación en favor del apoyo.

Dichos supuestos son los siguientes: (i) la persona con discapacidad, por voluntad propia, ha decidido otorgarle al Apoyo facultades de representación, por lo que tal atribución deberá constar en la sentencia o en la escritura Pública, dependiendo de si la designación se produce en la vía judicial o notarial, respectivamente (ii) la persona con discapacidad se encuentra imposibilitada de manifestar su voluntad, por lo que el juez se encuentra facultado a designar un apoyo en su favor, quien tendrá facultades de representación y (iii) cuando la persona se encuentra en estado de coma y no haya designado un apoyo con anterioridad. Por lo que consideramos pertinente desarrollar a continuación cada uno de estos supuestos.

En primer lugar, encontramos el caso de la persona con discapacidad, que de forma autónoma y sin la intervención de terceros, ha decidido brindarle facultades de representación al apoyo que va a ser designado en su favor. En este supuesto, evidentemente, estamos hablando de una persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad, dicho término se encuentra definido en el inciso 7 del artículo 2 del D.S. N° 016-2019-MIMP, el cual establece que:

Artículo 2.-

Para la aplicación de las disposiciones del Código Civil en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad y el presente Reglamento, se establecen las siguientes definiciones:

... 7. Persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad.- Aquella persona con discapacidad que, independientemente de contar con las medidas de accesibilidad¹¹⁶ y/o ajustes razonables¹¹⁷, establece comunicación e interacción

¹¹⁶ El inciso 6 del artículo 2 del D.S. N° 016-2019-MIMP define a las medidas de accesibilidad como:

“Medidas que garantizan la detección y eliminación de las barreras existentes en el entorno para que las personas con discapacidad puedan tener acceso a los bienes y servicios en condiciones de igualdad con las demás personas, a fin que puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida”.

¹¹⁷ El inciso 1 del artículo 2 del D.S. N° 016-2019-MIMP define a los ajustes razonables para la manifestación de la voluntad de la siguiente manera:

“Son las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas requeridas en un caso particular que, sin imponer una carga desproporcionada o indebida, sirven para garantizar el goce y ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

con el entorno y manifiesta de manera expresa comprender los alcances y efectos que produce la realización del acto jurídico de designación, *así como de las facultades que le otorgará a las personas de apoyo* [cursivas añadidas].

Así, la manifestación de voluntad de la persona con discapacidad es decisiva al momento de establecer las facultades que le van a ser conferidas al Apoyo. Inclusive, la labor de este último puede verse concluida en cualquier momento que la persona con discapacidad lo considere pertinente. A su vez, el inciso primero del artículo 11 del D.S. N° 016-2019-MIMP, se establece que:

Artículo 11.-

11.1 La persona con discapacidad *puede* otorgar a la persona designada como apoyo, facultades de representación, conforme a las reglas generales de representación contenidas en el Código Civil. [cursivas añadidas]

Al respecto, debemos señalar que el uso del término *puede*, implica que no es obligatorio que el Apoyo tenga facultades de representación (como sí ocurriría en el caso del curador), si no que tal situación queda a juicio de la persona con discapacidad. Consideramos que el supuesto bajo comentario no merece mayores precisiones, por lo que nos limitaremos a citar lo establecido en el inciso 3 del artículo 11 del D.S. N° 016-2019-MIMP, el cual señala que:

11.3 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.

Cabe señalar que lo establecido en el citado párrafo es de aplicación para los tres supuestos en los que se le confiere al apoyo facultades de representación, con la salvedad de que ante el caso de la persona con discapacidad no pueda manifestar su voluntad, solo corresponderá la vía judicial para la consiguiente designación de los apoyos y salvaguardias. En lo que respecta a la representación, el artículo 145 del Código Civil establece su origen, señalando que:

Art. 145.-

El acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley.

La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley.

Por lo que el Apoyo, en caso de contar con facultades de representación, otorgadas mediante sentencia judicial o escritura pública, se encontrará facultado para realizar actos jurídicos en nombre de la persona con discapacidad. A su vez, en el supuesto bajo análisis, es evidente las facultades de representación otorgadas al Apoyo, tienen su origen en la manifestación de voluntad de la persona con discapacidad.

Por otro lado, encontramos el segundo supuesto en el que el Apoyo cuenta con facultades de representación: el caso de la persona con discapacidad que no puede manifestar su voluntad¹¹⁸. En primer lugar, corresponde remitirnos al artículo 659-E, el cual explica en forma detallada lo que corresponde ante tal situación:

Artículo 659-E.-

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

¹¹⁸ La persona con discapacidad que no puede manifestar su voluntad, según el inciso 8 del artículo 2 del D.S. N° 016-2019-MIMP, es definida como:

“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”.

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.

Al respecto, podemos advertir que tal situación ocurre de modo excepcional, toda vez que la regla general es que la propia persona con discapacidad decida si es que desea o no contar con un Apoyo y, también, si es que este último va contar con facultades de representación, o simplemente va a cumplir el rol de “facilitador de la voluntad” de la persona con discapacidad. Por tanto, en caso la persona con discapacidad no puede manifestar su voluntad, corresponderá únicamente recurrir a la designación de apoyos en la vía judicial. Sin embargo, esto no quiere decir que la voluntad de la persona con discapacidad pase a segundo plano. En efecto, el referido artículo establece la necesidad de que se lleven a cabo todas las acciones posibles para obtener la manifestación de voluntad de la persona.

A su vez, al igual que en el caso de la curatela, el otorgamiento de facultades de representación en favor del Apoyo en la vía judicial, tiene como finalidad el ejercicio y protección de los derechos de la persona representada. Por su parte, la persona o personas que ejercerán el rol de Apoyo, serán designadas por el juez, pero con observancia a la relación de convivencia, confianza, amistad, cuidado o parentesco que puedan tener con la persona con discapacidad.

Los antecedentes de la persona con discapacidad son determinantes al momento de la aplicación por parte del juez del criterio de la mejor interpretación de la voluntad, el cual se encuentra definido en el inciso 2 del artículo 2 del D.S. N° 016-2019-MIMP de la siguiente manera:

Artículo 2.-

Para la aplicación de las disposiciones del Código Civil en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad y el presente Reglamento, se establecen las siguientes definiciones:

... 2. Criterio de la mejor interpretación de la voluntad.- Considera la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la

persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

Por tanto, el criterio de la mejor interpretación de la voluntad tiene en cuenta los antecedentes de vida de la persona, con la finalidad de establecer el margen de actuación que va tener el Apoyo, en vista de que la duración, los alcances y las responsabilidades del apoyo no van a ser determinados por la persona con discapacidad, sino por el contrario, dicha labor corresponderá al juez. Para Espinoza Espinoza (2019) no existe razón en darle un trato distinto a la persona con discapacidad y a la persona que se encuentre en estado de coma, el referido autor afirma que:

... bajo la genérica fórmula “personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad”, estarían comprendidos aquellos faltos de discernimiento, con deterioro o retraso mental (mencionado – y derogados- en el código civil), entre otros. Sin embargo, cuesta entender la razón por la cual su tratamiento es distinto de aquellos que se encuentran en estado de coma, cuando – en sustancia– tienen en común la imposibilidad de expresarse. En efecto, aquellas “personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad” tienen que haber sido certificadas administrativamente¹¹⁹ como tales; mientras que para “las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad” (*ex art. 44.9 C.C.*) se requiere la declaración judicial de su restricción de capacidad (p. 1345).

En efecto, es diferenciado el tratamiento brindado por el legislador respecto de dos personas que no se encuentran en la actitud de exteriorizar su voluntad. Es de advertirse que el caso de la persona que se encuentra en estado de coma, y no ha

¹¹⁹ Artículo 76 de la Ley N° 29973.-

Certificado de la discapacidad:

76.1 El certificado de discapacidad acredita la condición de persona con discapacidad y es otorgado por médicos certificadores registrados de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud-IPRESS, públicas, privadas y mixtas a nivel nacional. La evaluación es financiada por la Institución Administradora de Fondos de Aseguramiento en Salud - IAFAS a la que esté afiliado o adscrito el/la solicitante. La calificación y certificación son gratuitas. En caso la persona no se encuentre afiliada, el Ministerio de Salud promueve su afiliación a la IAFA correspondiente; de no lograr su afiliación, la evaluación, calificación y certificación son gratuitas.

76.2 La certificación es inmediata en los casos de deficiencia evidente o congénita, una vez constatada la discapacidad (...).

designado un apoyo con anterioridad, es el único supuesto del artículo 44 en el que no corresponde la designación de un representante legal, sino por el contrario, se recurrirá a la designación de un apoyo, a pesar de que la persona que se encuentra en estado de coma se encuentra restringida en su capacidad de ejercicio. Como advierte Espinoza Espinoza (2019): “Al parecer, el *status* del sujeto en estado de coma es *especialísimo*: un sujeto con capacidad de ejercicio restringida (no sometido a curatela) que cuenta con el sistema de apoyos” (p. 1345).

Sin embargo, consideramos acertado el hecho de que el legislador le brinde un trato diferenciado a la persona con discapacidad que no puede manifestar su voluntad, y la persona que se encuentra en estado de coma, toda vez que en el primer supuesto estamos hablando de una persona mantiene su plena capacidad de ejercicio, no siendo este el caso del segundo supuesto, toda vez que implica una restricción a la capacidad de ejercicio.

Sin perjuicio de ello, consideramos que el supuesto de las personas en estado de coma es totalmente innecesario, toda vez que una persona que se encuentra en dicha situación no es capaz de realizar acción alguna y, por ende, no puede ejercer sus derechos. Para más detalles respecto a este último supuesto, nos remitimos a lo expuesto en el punto II.2.

3.3 Condiciones para constituirse en apoyo.

La designación de Apoyo, ya sea en la vía judicial o notarial, puede recaer tanto en personas naturales como en jurídicas. Por lo que corresponde a la persona con discapacidad definir la cantidad de Apoyos con los que desea contar, en vista de que el ejercicio de tal función, puede recaer no solo en una, sino en varias personas naturales o jurídicas, de conformidad con el artículo 659-C¹²⁰ del CC, que establece la denominada “determinación de los apoyos”. Al respecto, el artículo 15¹²¹ del D.S. N° 016-2019

¹²⁰ Artículo 659-C del Código Civil peruano.-

La persona que solicita los apoyos determina su forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos. Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas.

¹²¹ Artículo 15 del D.S. N° 016-2019.-

establece los requisitos que deben tanto las personas naturales como jurídicas, para constituirse en Apoyo. En efecto, en lo que respecta a la designación de personas naturales, cabe advertir que la/s persona/s designada/s como Apoyo/s deben tener capacidad de ejercicio plena, es decir, en caso la persona tenga capacidad de ejercicio restringida, por ejemplo, en el caso de los ebrios habituales, no podrá asumir tal función.

A su vez, en caso de que la persona con discapacidad no pueda manifestar su voluntad, o se trata de una persona que se encuentre en estado de coma, aquellas personas que hayan sido condenadas, ya sea por violencia contra los integrantes del grupo familiar, o por violencia sexual, se encontrarán imposibilitadas de ser designadas como Apoyos, de conformidad con el artículo 659-E¹²² del CC.

Por otro lado, respecto de la designación de personas jurídicas, de conformidad con el inciso 2 del artículo 15 del D.S. N° 016-2019, podemos advertir que solo pueden ejercer la función de Apoyo, aquellas personas jurídicas no tengan fines de lucro. Al igual

Del tipo de persona en la que recae el apoyo

15.1 Designación de persona natural

Puede designarse como apoyo a una o más personas mayores de edad con capacidad de ejercicio plena.

En los casos de la designación excepcional de apoyos contemplada en el artículo 659-E del Código Civil, no pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia contra los integrantes del grupo familiar o personas condenadas con violencia sexual.

15.2 Designación de personas jurídicas sin fines de lucro

Puede recaer en una o más personas jurídicas sin fines de lucro, cuyo objeto se encuentre acorde a las funciones que desempeñará como apoyo y esté inscrita en Registros Públicos.

15.3 Designación de institución pública

En caso la persona que no pueda manifestar su voluntad se encuentre albergada en un establecimiento de salud como hospitales psiquiátricos, centros de rehabilitación en salud mental, casas u hogares protegidos, centros de acogida residencial, centros de atención básica integral u otras instituciones de similar naturaleza, el/la juez/a puede designar, de manera excepcional, como apoyo temporal al Director/a en ejercicio de funciones de establecimiento donde se encuentre albergada.

El/la juez/a, atendiendo la situación concreta de la persona determinará los alcances y/o facultades del apoyo.

¹²² 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.

que en el supuesto de las personas naturales, puede ser una o varias persona/s jurídicas la/s que ejerzan tal función, siendo los únicos requisitos que su objeto se encuentre acorde a las funciones que desempeñará/n como Apoyo/s y, además, que se encuentren inscritas en Registros Públicos.

Cabe un supuesto adicional respecto a la designación de Apoyos, adicional a la/s persona/s natural/es y la/s persona/s jurídica/s sin fines de lucro: el de las instituciones públicas. En efecto, el inciso 3 del artículo 15 del D.S. N° 016-2019 señala que el juez puede designar como Apoyo temporal al Director que se encuentre en ejercicio de sus funciones, del establecimiento donde se encuentra internada la persona que no puede manifestar su voluntad. Por último, corresponde al juez determinar los alcances y/o facultades del Apoyo.

En nuestro país, es el caso que coexiste la interdicción y las formas de asistencia, es decir, los apoyos y salvaguardias. Por su parte, en Italia, encontramos la co-existencia de la interdicción y la inhabilitación, junto con la Administración de Apoyo. En primer lugar, la interdicción se encuentra prevista en el artículo 414 del CC italiano, el cual fue implementado por la Ley N° 6, del 9 de enero de 2004 (Ley N° 6, 2004) (en adelante, Ley N° 6), cuya redacción es la siguiente:

Artículo 414.-

El mayor de edad y el menor emancipado, que se encuentran padeciendo de alguna enfermedad habitual, que los hace incapaces de satisfacer sus propios intereses, son declarados interdictos cuando ello sea necesario para garantizar su protección adecuada¹²³.

Entonces, el requisito de la habitualidad y la imposibilidad de verlas por sus propios intereses son determinantes para que la persona pueda ser declarada interdicta, bajo la justificación de que dicha acción es necesaria su protección. Ahora bien, conviene realizar una comparación entre la interdicción y la inhabilitación. Al respecto, es necesario remitirnos al artículo 415 del CC italiano, el cual establece lo siguiente:

Artículo 415.-

¹²³ Traducción libre

El mayor de edad mentalmente enfermo, cuyo estado no es tan grave para dar lugar a la interdicción, puede ser inhabilitado.

También pueden ser inhabilitados quienes, por prodigalidad o por abuso habitual de bebidas alcohólicas o drogas, se exponen a sí mismos o a su familia a graves perjuicios económicos ...

Por tanto, podemos concluir que la interdicción es más severa que la inhabilitación, en lo que respecta a la restricción de la capacidad de ejercicio. Sin embargo, podemos advertir que tanto la interdicción como la inhabilitación devienen en ineficaces respecto de la finalidad de garantizar el respeto y la voluntad de la persona asistida. Como señala Espinoza Espinoza (2019):

No se necesita reflexionar mucho para advertir que el viejo código civil italiano, antes de la reforma, condenaba a los interdictos y a los inhabilitados (sin embargo, estos últimos en menor medida) a estar confinados a la marginación en el actuar social. En efecto, si bien es cierto que se parte con la intención de proteger a los *sujetos débiles*, el remedio deviene peor que la enfermedad, por cuanto éste resulta excesivo frente a las necesidades existenciales de estos. (p. 1236)

Al respecto, la Ley N° 6 introdujo una nueva institución en el CC italiano: el Administrador de Apoyo Así, el artículo 404 establece lo siguiente:

Artículo 404.-

La persona que, debido a una enfermedad o un impedimento físico mental, no puede, ni parcial ni temporalmente, satisfacer sus propios intereses, puede ser asistida por un administrador de apoyo, designado por el juez tutelar del lugar donde tiene su residencia o domicilio¹²⁴.

Así, el Administrador de Apoyo surge como una opción de protección a las personas imposibilitadas de satisfacer sus intereses por cuenta propia, además de la interdicción y la inhabilitación. Por otro lado, en el artículo 409 del CC italiano, se evidencia un respeto a la capacidad de ejercicio del Administrador de Apoyo, cuya redacción es la siguiente:

¹²⁴ Traducción libre.

Art. 409.-

El beneficiario conserva la capacidad de actuar para todos los actos que no requieren representación exclusiva o la asistencia del Administrador de Apoyo.

El beneficiario de la Administración de Apoyo puede, en cualquier caso, realizar las acciones necesarias para satisfacer las necesidades de su vida diaria.¹²⁵

Por lo que la persona que es beneficiaria del Administrador de Apoyo puede realizar en forma autónoma los actos que considere necesarios para satisfacer sus necesidades. A su vez, el respeto por la voluntad y preferencias del beneficiario de la Administración de Apoyo, se evidencia en el segundo párrafo del artículo 407¹²⁶ del CC italiano, el cual establece la obligación del juez de escuchar al beneficiario, lo cual conlleva el deber de tener en cuenta las necesidades y solicitudes de este último. Dicha obligación se encuentra respaldada por el artículo 408¹²⁷ del CC italiano, el cual establece en su primer párrafo que la designación del Administrador de Apoyo debe ser realizada con una consideración prioritaria de los intereses del beneficiario.

De conformidad con el artículo 406 del CC italiano, la demanda para la institución de la Administración de Apoyo puede ser propuesta por el propio beneficiario, incluso si es menor, interdicto o inhabilitado, o por uno de los sujetos indicados en el artículo 417¹²⁸, es decir, el cónyuge, la persona que tenga convivencia permanente con el

¹²⁵ Traducción libre.

¹²⁶ Artículo 407 del Código Civil italiano.-

Procedimiento

(...) El juez tutelar debe escuchar personalmente a la persona a quien se refiere el procedimiento yendo, cuando sea necesario, al lugar donde se encuentra y debe tener en cuenta, de manera compatible con los intereses y exigencias de protección de la persona, las necesidades y solicitudes de esta última (...). (Traducción libre).

¹²⁷ Art. 408 del Código Civil italiano.-

Elección del Administrador de Soporte

La elección del Administrador de Soporte se realiza con una consideración exclusiva de los intereses de persona del beneficiario (...). (Traducción libre).

¹²⁸ Art. 417 del Código Civil italiano.-

Solicitud de interdicción o descalificación.

La inhabilitación o inhabilitación podrá ser promovida por las personas señaladas en los artículos 414 y 415, por el cónyuge, por la persona en convivencia permanente, por parientes dentro del cuarto grado, por parientes dentro del segundo grado, por el tutor o curador o por el fiscal. (...) (Traducción libre).

beneficiario, los parientes, el tutor o curador, o el Ministerio Público; dependiendo de las circunstancias¹²⁹.

Entonces, podemos advertir que en el actual CC italiano, encontramos la coexistencia de la interdicción, la inhabilitación y la Administración de Apoyo, lo cual nos parece acertado, toda vez que se presentan una serie de alternativas que pueden ser escogidas según la situación de la persona del beneficiario. Como señala Espinoza Espinoza (2019):

La reforma merece aplauso, por cuanto, no asume una posición drástica como el modelo alemán (que deroga la interdicción), sino que se alinea a una posición intermedia en la cual la administración de sostenimiento, comparte junto a la interdicción y la inhabilitación, el rol de instrumentos de protección a los sujetos débiles, los cuales serán utilizados por sus beneficiarios, de acuerdo a las exigencias personales de cada uno. (p. 1255)

En lo que respecta a Francia, el artículo 425¹³⁰ del CC francés, modificado por la Ley N° 2007-308, de fecha 5 de marzo de 2007, sobre reforma de la protección jurídica de los mayores de edad (Ley N° 308, 2007) (en adelante, Ley N° 308), establece las medidas de protección legal en favor de cualquier persona que se encuentre imposibilitada de satisfacer sus propios intereses, a causa de un deterioro médicamente establecido de sus facultades mentales o corporales, que impida la expresión de su voluntad. Al respecto, dichas medidas son la tutela, la curatela, y la *sauvegarde de justice*.

El artículo 430¹³¹, implementado en el CC francés por la Ley N° 308, establece que la demanda de apertura de la medida (que puede ser, salvaguardia de justicia, tutela

¹²⁹ Traducción libre

¹³⁰ Artículo 425 del Código Civil francés.-

Cualquier persona que no pueda satisfacer sus propios intereses por sí misma debido a un deterioro médicamente establecido de sus facultades mentales o corporales que impida la expresión de su voluntad, puede beneficiarse de las medidas protección legales previstas en este capítulo.

Si no se dispone lo contrario, la medida tiene por objeto proteger tanto a la persona como a los intereses patrimoniales de esta última. Sin embargo, puede limitarse expresamente a una de estas dos misiones (Traducción libre).

¹³¹ Artículo 430 del Código Civil francés.-

La solicitud de apertura de la medida podrá ser presentada al juez por la persona a proteger o, en su caso, por su cónyuge, el compañero con el que haya celebrado un pacto de solidaridad civil o su concubino, a menos que haya

o curatela) puede ser presentada ante el juez por el beneficiario, su cónyuge, el compañero con el que haya celebrado un pacto de solidaridad civil o su concubino, a menos que haya cesado la convivencia entre ellos, o por un padre o un aliado, una persona con la que mantenga lazos cercanos con el mayor de edad, o la persona que ejerza una medida de protección legal respecto de este último.

En lo que respecta a la curatela, el artículo 440¹³² del CC francés, modificado por la Ley N° 308, establece que la persona que necesite ser apoyada de forma continua en actos importantes de la vida civil, por cualquiera de las causas previstas en el artículo 425 (citado anteriormente), puede estar bajo dicho régimen.

Sin embargo, el segundo párrafo del referido artículo establece que la curatela es subsidiaria a la salvaguardia de justicia, toda vez que solo procede en caso de que la protección brindada por esta última medida resulte insuficiente.

El tercer párrafo establece que la tutela procede para aquellas personas que, por cualquiera de las causales del artículo 425, deban ser continuamente representadas en actos de la vida civil, pueden ser puestas bajo tutela. A su vez, el cuarto párrafo del referido artículo establece que la tutela es subsidiaria respecto de la curatela y la salvaguardia de justicia, en caso estas últimas sean ineficaces para brindar una protección suficiente. Siguiendo a Weidenslaufer y Trufello (2019):

Las medidas de protección aplicables a la capacidad jurídica de una persona se clasifican, según su importancia, en: 1) tutela provisional, 2) custodia y 3) tutela. Así, la tutela, es la medida más grave, solo puede imponerse en caso de que sea necesario que la persona sea representada sistemáticamente en los actos de la vida

cesado la convivencia entre ellos, o por un padre o un aliado, una persona que mantenga lazos estrechos y estables con el mayor de edad, o la persona que ejerza una medida de protección legal respecto de este último.

También puede ser presentado por el Ministerio Público ya sea de oficio o a solicitud de un tercero (Traducción libre).

¹³² Artículo 440 del Código Civil francés.-

La persona que, sin poder actuar por sí mismo, necesite, por alguna de las causas previstas en el artículo 425, ser asistido o vigilado continuamente en actos importantes de la vida civil puede estar bajo curaduría.

La curaduría solo se pronuncia si se establece que la salvaguardia de la justicia no puede garantizar una protección suficiente.

Podrá colocarse en tutela la persona que, por alguna de las causas previstas en el artículo 425, deba estar representada ininterrumpidamente en actos civiles.

La tutela solo se pronuncia si se establece que ni la salvaguardia de la justicia ni la curaduría puede brindar protección suficiente (Traducción libre).

civil. Incluso en este caso la ley francesa excluye ciertos actos considerados estrictamente personales, respecto de los cuales no es posible tomar una decisión en nombre del adulto protegido. (p. 22)

Por lo que, aún en el supuesto de que la persona se encuentre bajo el régimen del tutor, su margen de actuación no involucrará los actos que son personalísimos, toda vez que no cabe una sustitución de la voluntad bajo estas circunstancias. Tal situación se encuentra prevista en el art. 458¹³³ del CC francés (modificado por la Ley N° 308). Por su parte, Gallego Domínguez (2008) señala que la Ley N° 308 ha cumplido con:

Favorecer la ayuda social de la persona necesitada de protección frente a la tutela y la privación de sus derechos, aplicable solo en caso de grave alteración de las facultades mentales o físicas de la persona (quien puede, de manera compatible con sus posibilidades mentales, tomar decisiones en materia de salud, cumplir por sí sola actos estrictamente personales y, con autorización del juez, estipular seguros de vida, otorgar testamento o ejercer su derecho al voto), mientras la curatela puede ser adoptada en caso de que la persona conserve íntegros sus derechos necesitando solo ser aconsejada o controlada en algunos actos por un curador. (Como se citó en Vivas Tesón, 2010, pp. 577-578)

Al respecto, podemos advertir lo intromisiva que puede resultar la labor del tutor en la vida del beneficiario, remitiéndonos al artículo 473 del CC francés, el cual establece que salvo aquellos casos en que la ley o la costumbre autoricen a la persona que se encuentra bajo el régimen de tutela a actuar en forma autónoma, el tutor la representa en todos los actos de la vida civil. A su vez, el segundo párrafo del artículo 473 le brinda al juez la facultad de enumerar ciertos actos que el beneficiario podrá realizar solo o con la asistencia del tutor¹³⁴. Por lo que podemos advertir que el tutor cuenta con facultades de representación.

¹³³ Artículo 458 del Código Civil francés.-

Sin perjuicio de las disposiciones especiales previstas en la ley, la realización de actos cuya naturaleza implique el consentimiento estrictamente personal no podrá nunca dar lugar a la asistencia o representación de la persona protegida. La declaración del nacimiento de un niño, su reconocimiento, los actos de la patria potestad relacionados con la persona de un niño, la declaración de la elección o cambio de nombre de un niño y el consentimiento otorgado a su propia adopción o la de su hijo (Traducción libre).

¹³⁴ Traducción libre

A su vez, la curatela resulta a ser menos restrictiva que la tutela, en vista de que se limita a apoyar a la persona en la realización de determinados actos. A su vez, la salvaguardia de justicia es aún menos restrictiva que la curatela. El artículo 433 del CC francés, modificado por Ley N° 308, establece las personas que pueden ser declaradas judicialmente bajo el régimen de la salvaguardia de justicia, señalando que:

El juez puede declarar bajo el régimen de la salvaguardia de justicia a la persona que, por una de las causales previstas en artículo 425, necesita protección legal temporal o ser representada para la realización de determinados actos específicos ...

Por lo que, podemos advertir de la redacción del referido artículo, que la salvaguardia de justicia es una medida de carácter temporal, y su función encuentra su límite en actos determinados. A su vez, la salvaguardia de justicia va de la mano con el modelo social, toda vez que se mantiene el reconocimiento de la plena capacidad de ejercicio del beneficiario.

Lo anteriormente señalado encuentra su respaldo en el primer párrafo del artículo 435¹³⁵ del CC francés, que establece que la persona sujeta al régimen de la salvaguardia de justicia conserva el ejercicio de sus derechos. Como señala Vivas Tesón (2010), la salvaguardia de justicia:

Ofrece la gran ventaja de su simplicidad, presupone una capacidad de discernimiento de la persona que permite llevar una vida social casi normal (si bien con el riesgo de realizar actos perjudiciales), lo que le es garantizado. Conforme a ello, dicha medida permite conciliar la conservación de la capacidad de obrar, lo cual no sufre restricciones jurídicas ni sociales, manteniendo inalterada la facultad de ejercitar los propios derechos. (p. 578)

Por lo que la salvaguardia de justicia resulta ser la medida más favorable para la persona que tenga un detrimento en sus facultades mentales o corporales, que se encuentre médicamente registrado, de conformidad con el artículo 425 del CC francés.

¹³⁵ Artículo 435 del Código Civil francés.-

La persona puesta bajo la protección de justicia conserva el ejercicio de sus derechos. Sin embargo, bajo pena de nulidad, no puede realizar un acto para el cual se haya designado un representante especial en virtud de la sección 437. (Traducción libre).

En Alemania, encontramos la figura del asistente, cuya función radica particularmente, de conformidad con el artículo 1896.1 BGB alemán, en apoyar a aquella persona que no pueda atender sus asuntos en forma autónoma, debido a una enfermedad mental o una invalidez física, mental o emocional. La redacción del referido artículo es la siguiente:

(1) Si un adulto no puede hacerse cargo de sus asuntos en su totalidad o en parte debido a una enfermedad mental o una discapacidad física, mental o emocional, el tribunal de tutela le nombrará un asistente en su solicitud o ex officio. También puede postularse una persona incapacitada. Si el adulto no puede ocuparse de sus asuntos debido a una discapacidad física, el supervisor solo podrá ser designado a solicitud del adulto, a menos que este último no pueda expresar su voluntad¹³⁶
...

Por tanto, el nombramiento de un asistente en favor de aquella persona que incapaz de dirigir sus asuntos por cuenta propia, por causa de una enfermedad mental o una discapacidad física, mental o emocional, corresponde al Juez Tutelar, ya sea por parte de dicha persona, o de oficio.

A su vez, en el supuesto de que la persona adolezca de una discapacidad física, pero puede manifestar su voluntad, constituye un reconocimiento a su libre capacidad de ejercicio el hecho de que para que solo proceda la designación de un asistente en caso de que la persona lo desee así. Espinoza Espinoza (2019) señala que en el artículo 1896.1 del BGB alemán: “Se acoge el principio de la determinación de la esfera de competencia del asistente. Este intervendrá en actos bien precisos, en los cuales su participación sea necesaria” (p. 1251). Como señalan Weidenslaufer y Trufello (2019): “La Ley de asistencia (*Betreuungsgesetz*), dispone que recibirán “asistencia y cuidado legal” (*Betreuung*) todo aquel mayor de 18 años carente de autogobernabilidad, lo que incluye a la personas que tienen una enfermedad o discapacidad mental” (p. 18). Por otro lado, Vivas Tesón (2010) afirma que:

Para solicitar la asistencia de un “*Betreuer*” se requiere la necesidad de protección de la persona a causa de alguna dificultad en la gestión de los propios intereses, bien por una enfermedad psíquica (*psychische Krankheit*), una

¹³⁶ Traducción libre.

deficiencia mental (*geistige Behinderung*), un impedimento físico (*korperliche Behinderung*) o del espíritua (*seelische Behinderung*). (p. 582)

La manifestación de la voluntad del beneficiario es esencial al momento de establecer la designación del asistente en su favor. Así, la inclusión del asistente en el BGB alemán, ha significado, como señala Vivas Tesón (2010):

En caso de minusvalía física, la solicitud de apoyo solo puede ser presentada por el interesado, pero si aquella incide sobre la formación de una libre capacidad de autodeterminación (p. ej. la ceguera de nacimiento), el “*Betreuer*” puede también ser designado contra la voluntad del interesado, pues se considera que la voluntad no puede considerarse libre cuando la persona no puede percibir las ventajas que se derivarían de la “*Betreuung*”. (p. 582)

El deber del asistente de velar por el bienestar de la persona asistida, mediante un correcto manejo de los asuntos de esta última, se encuentra plasmada en el inciso 3 del artículo 1901¹³⁷ del BGB alemán, así como su obligación de conversar con ella antes de tomar decisiones respecto de los asuntos importantes en su vida. Además, le corresponde a la persona asistida la posibilidad de organizar de su vida de acuerdo a sus deseos e ideas, dentro del alcance de sus habilidades. Como señala Espinoza Espinoza (2019):

Es una obligación del asistente el actuar para el bienestar del asistido, lo cual implica, además, la posibilidad de que pueda organizar su propia vida según los propios deseos e ideas, teniendo en cuenta su capacidad (art. 1901.1). Es también

¹³⁷ Artículo 1901 del Código Civil alemán.-

Alcance de la supervisión, deberes del supervisor

- (1) La asistencia incluye todas las actividades que son necesarias para tratar legalmente los asuntos de la persona bajo cuidado de acuerdo con las siguientes disposiciones.
- (2) El asistente debe ocuparse de los asuntos de la persona supervisada de una manera que corresponda a su bienestar. El bienestar de la persona asistida también incluye la posibilidad, dentro del alcance de sus capacidades, de modelar su vida de acuerdo con sus propios deseos e ideas.
- (3) El asistente debe cumplir con los deseos de la persona supervisada, siempre que esto no vaya en contra de su bienestar y se pueda esperar que el asistente lo haga. Esto también se aplica a las solicitudes que la persona a quien cuida ha expresado antes de nombrar al asistente, a menos que claramente no quiera cumplir con estos deseos. Antes de que el asistente se ocupe de los asuntos importantes, los discute con la persona que está siendo atendida, siempre que esto no vaya en contra de sus mejores intereses (...)(Traducción libre).

considerada una obligación la adhesión a los deseos del asistido, cuando se esté en grado de hacerlo y sin que dañe su bienestar (art. 1901.2). (p. 1252)

En lo que respecta a España, encontramos la figura de la incapacitación. Según Alventosa del Río (2014): “La incapacitación está relacionada íntimamente con la capacidad de obrar, especialmente con la posibilidad de las personas de entender y de querer pues supone precisamente la privación de la capacidad de obrar en mayor o menor medida” (p. 255). La imposibilidad de autogobierno es considerada como una causal de incapacitación, la cual debe ser originada por enfermedad o deficiencias constantes, ya sean de carácter físico o psíquico, de conformidad con el artículo 200¹³⁸ del CC español. La regla general consiste en que la plena capacidad de ejercicio de la persona se presume. Sin perjuicio de ello, la referida presunción admite prueba en contrario. Siguiendo a Cuenca Gómez (2012):

Es común señalar que el sistema español parte de una presunción general de plena capacidad en relación con todas las personas adultas. Se trata, en todo caso, de una presunción *iuris tantum* que puede rebatirse cuando concurren ciertas circunstancias legalmente previstas y únicamente en el marco de un proceso judicial. (p. 66)

Así, los requisitos que dan lugar a la incapacitación vienen a ser tanto la discapacidad de la persona, como la imposibilidad de autogobierno. Sin embargo, podemos advertir que la segunda es consecuencia de la primera. Por lo que podemos concluir que la discapacidad en sí es la que se constituye como causal de incapacitación. Este es el criterio seguido por Cuenca Gómez (2012), quien afirma lo siguiente:

... aunque en el sistema español la discapacidad no parece bastar para declarar la incapacidad exigiéndose otro elemento adicional, el impedimento de autogobierno, en realidad es la propia discapacidad, su tipo y su gravedad evaluada conforme a parámetros netamente médicos, el único criterio que parece tenerse en cuenta para determinar su concurrencia. De este modo, la regulación de las causas de incapacitación en la legislación española parece tener la intención

138 Artículo 200 del Código Civil español.-

Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

y desde luego despliega el efecto de incluirá únicamente a las personas con discapacidad. (p. 66)

La incapacitación puede dar lugar tanto a la tutela como a la curatela. Al respecto, debemos señalar que la tutela es la más severa en lo que concierne a la restricción de los derechos de la persona incapacitada judicialmente. Por el contrario, la curatela viene a ser una forma de asistencia, que no sustituye la voluntad de la persona con discapacidad, por lo que encontramos distintas gradaciones de la incapacitación. De conformidad con Cuenca Gómez (2012):

... la práctica ha llevado a establecer dos grandes grados de incapacitación: 1) la incapacitación total, que conlleva el sometimiento a tutela del incapacitado, limitándose en estos casos la sentencia a señalar, con carácter general, que el incapaz queda privado de capacidad de obrar tanto en su esfera patrimonial como en su esfera personal, actuando el tutor como representante que sustituye a la persona incapaz en la toma de sus decisiones en estos dos ámbitos. 2) la incapacitación parcial, que supone el sometimiento a curatela del incapacitado, entendiéndose habitualmente, aunque no se establece expresamente en la regulación civil, que el curador debe asistir al incapacitado en la realización de la generalidad de sus actos de disposición de carácter patrimonial. (p. 67)

Entonces, la tutela es la forma más severa de restricción a la capacidad de ejercicio que encontramos en la legislación española, toda vez que su actuación implica la intervención de la esfera patrimonial como en la personal de la persona incapacitada. El artículo 267¹³⁹ del CC español establece que el tutor cuenta con facultades de representación respecto del incapacitado, salvo para los actos que este último pueda realizar por sí solo.

El primer párrafo del artículo 216 del CC español establece que: “Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial”. Por lo que tal afirmación constituye únicamente un precepto general, que no brinda detalles respecto al margen de actuación del tutor. Como

¹³⁹ Artículo 267 del Código Civil español.-

El tutor es el representante del menor o incapacitado, salvo para aquellos actos que pueda realizar por sí solo ya sea por disposición expresa de la Ley o de la sentencia incapacitación.

señala Cuenca Gómez (2012): La legislación española no desarrolla específicamente los criterios que deben presidir la toma de decisiones por parte del tutor. Del artículo 216 del Código Civil, cabe inferir que este criterio deberá ser “el beneficio del tutelado” (p. 68). En contraste con lo expuesto anteriormente, para Guilarte Martín-Calero (1997), en la legislación española, a pesar de su severidad, además de la tutela, que implica un reemplazo absoluto en la toma de decisiones, encontramos el caso del curador, el cual es una forma de asistencia, que lejos de reemplazar la voluntad de la persona, la canaliza y la completa.

Respecto a la actuación del curador, Álvarez Lata y Seoane Rodríguez (2010) señalan que la curatela, debido a una serie de motivos, entre los que cabe resaltar su apreciación como un instrumento demasiado flexible, su paupérrima regulación legal, y su apreciación equivocada como un mecanismo de protección exclusivamente patrimonial es limitadamente utilizada (pp. 30-31). Por ende, de conformidad con Cuenca Gómez (2012): “cabe afirmar que la incapacitación termina generando sobreprotección presentándose como una medida desproporcionada que restringe en exceso la autonomía de la persona”. (p. 67)

El artículo 286 del CC español, establece que están sometidos a curatela: “1. Los emancipados cuyos padres fallecieron o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley. 2. Los que obtuvieron el beneficio de la mayor edad. 3. Los declarados pródigos”. Complementando lo anteriormente afirmado, el artículo 287 del CC español establece que: “Igualmente procede la curatela para las personas a quienes la sentencia de incapacitación o, en su caso, la resolución judicial que la modifique, coloquen bajo esta forma de protección en atención a su grado de discernimiento”.

Por lo que el nivel de discernimiento será relevante al momento de determinar si la persona va a ser incapacitada bajo el régimen de tutela o la curatela. Ahora bien, la curatela es concebida en el CC español como una forma de asistencia, toda vez que su artículo 289 establece que: “La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido”.

Podemos advertir, que ni en el caso de la tutela ni la curatela, existe un precepto normativo en el CC español que establezca la obligación del tutor o curador de consultar

a la persona incapacitada, durante el ejercicio de sus funciones, respecto de cualquier decisión que va a influir en la vida de esta última. Por lo que debemos concluir que, como señalan Álvarez Lata y Seoane Rodríguez (2010), en la legislación española, no se le ha reconocido a la persona incapacitada, la autonomía respecto de la libre elección en la toma de decisiones. (p. 36)

A su vez, en lo que respecta a Argentina, encontramos que en dicho país se encuentra prevista la designación de Apoyos en favor de las personas con capacidad de ejercicio restringida. Al respecto, el artículo 31 del CCNA establece las reglas generales de restricción a la capacidad de ejercicio:

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.

Así, del citado artículo se advierte que las limitaciones a la capacidad de ejercicio deben ser lo menos restrictivas posibles para la persona, es decir, deben ser dadas solo para actos determinados y siempre tiene el carácter de “excepcionales”. En consecuencia, la limitación debe ser realizada con la finalidad de salvaguardar los intereses de la persona y siempre teniendo en cuenta su voluntad. Así lo entiende Luis Lorenzetti (2014), quien concluye que:

El Código establece como regla general que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos. Esta capacidad debe presumirse y garantizarse en toda circunstancia y a todas las personas, con independencia de cualquier característica personal e incluso cualquier diagnóstico médico. (p. 126)

Por otro lado, la propuesta de un estudio interdisciplinario durante la realización de la intervención estatal, constituye un acierto de la legislación argentina, toda vez que dicha investigación va facilitar el descubrimiento de cada situación en particular, de los factores que le imposibilitan a la persona desarrollar su capacidad de ejercicio en forma autónoma. En consecuencia, y en vista de tal situación, será necesaria la designación de Apoyos en su favor. Por lo que el estudio interdisciplinario es, a su vez, personalizado. Como se advirtió anteriormente, CCNA emplea el término “capacidad restringida”, dándole facultades al juez para restringir la capacidad a una persona que sea mayor de 13 años. Así, el artículo 32 establece que:

El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad de cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

En primer lugar, cabe advertir que la restricción de la capacidad de ejercicio solo puede realizarse en la vía judicial. A su vez, dicha limitación solo deber llevarse a cabo con la finalidad de prevenir cualquier daño tanto a la persona sobre quien va a recaer dicha limitación, o sobre sus bienes, lo cual implícitamente afectaría también a su familia.

A su vez, el término adicción, en nuestra opinión, resulta bastante amplio. En consecuencia, dicho concepto puede incluir a los ebrios habituales, los toxicómanos, entre otros. Comentando el citado artículo, Luis Lorenzetti (2014) advierte que:

Cabe señalar que, según el nuevo Código, la restricción a la capacidad es de excepción y, por supuesto, según se desprende precisamente de este artículo 32, la “*curatela*” ha quedado como un instituto residual que solo se justifica frente al supuesto contemplado en el último párrafo del artículo. En los demás supuestos, se deberá recurrir a los apoyos necesarios y convenientes *no sustitutivos* de la persona. (p. 140)

Por lo que la curatela constituye un mecanismo residual, que solo procederá en caso la persona se encuentre imposibilitada de manifestar su voluntad de manera indubitable y la asistencia brindada por los Apoyos devenga en ineficiente. Entonces, la sustitución de la voluntad, derivada de la curatela, constituye la excepción a la regla. En lo que respecta la definición de Apoyo, el artículo 43 del CCNA establece lo siguiente:

Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Es el caso que el Apoyo debe respetar la voluntad, los derechos y preferencias de la persona asistida. El artículo bajo comentario señala que la el apoyo debe facilitar la toma de decisiones de la persona asistida, por lo que no corresponde que decida por ella. A su vez, dicha afirmación se complementa con el respeto de la autonomía de la persona asistida por parte del Apoyo. La actuación de este último debe ser fiscalizada por el juez,

con la finalidad de evitar que el Apoyo, durante el ejercicio de sus funciones, vulnere la autonomía de la persona asistida. Por lo que corresponde al juez, además, delimitar las funciones correspondientes al Apoyo, es decir, las facultades que le corresponderán. Cabe agregar que el juez debe valerse de todos los medios para dilucidar qué es lo que necesita la persona asistida para ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que los demás, es decir, el juez se encuentra en la obligación de realizar un estudio interdisciplinario, de conformidad con el inciso c del artículo 31 del CCNA.

Por último, en lo que respecta al CC colombiano, encontramos el artículo 1503, el cual señala que: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces”. A su vez, el artículo 1504, modificado por la Ley de 1996 de 2019 (Ley N° 1996, 2019) (en adelante, Ley 1996), establece lo siguiente:

Son absolutamente incapaces los impúberes¹⁴⁰. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores púberes. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

Al respecto, podemos advertir que la incapacidad, ya sea absoluta o relativa, no se encuentra prevista respecto de las personas con discapacidad, dentro de las cuales se encuentran las personas que carecen de discernimiento. Por lo que podemos inferir que para el CC colombiano, las personas con discapacidad tienen plena capacidad de ejercicio. La inclusión de los apoyos y salvaguardias en Colombia, proviene de la entrada en vigencia de la Ley de 1996, cuya finalidad consiste en “establecer medidas específicas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de las personas con discapacidad, mayores de edad, y al acceso a los apoyos que puedan requerirse para el ejercicio de la misma”. (artículo 1). A su vez, el artículo 6 de la referida Ley establece lo siguiente:

¹⁴⁰ El artículo 34 del Código Civil colombiano, define al impúber como: “el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce”.

Todas las personas con discapacidad son sujetos de derechos y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usar o no apoyos para la realización de actos jurídicos.

En ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona.

La presunción aplicará también para el ejercicio de los derechos laborales de las personas con discapacidad, protegiendo su vinculación e inclusión laboral.

Por tanto, los apoyos no implican en forma alguna una restricción de la capacidad de la persona que cuenta con ellos. A su vez, el artículo es acorde con la CDPD, que promueve el respeto de la autonomía de las personas con discapacidad. Así, las personas con discapacidad tienen plena capacidad de ejercicio. El inciso 4 del artículo 3 define a los apoyos como:

... tipos de asistencia que se prestan a la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de su capacidad legal. Esto puede incluir la asistencia en la comunicación, la asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, y la asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales.

Es así que, los Apoyos son simples facilitadores respecto de la toma de decisiones por parte de la persona asistida. Por lo que será la voluntad y preferencias de la persona la que determine los alcances de las funciones correspondientes a los Apoyos. Cabe señalar que la valoración de Apoyos¹⁴¹ es una opción adicional para determinar sus facultades¹⁴².

¹⁴¹ El artículo 3 de la Ley de 1996 colombiana, define la valoración de Apoyos como: “el proceso que se realiza, con base en estándares técnicos, que tiene como finalidad determinar cuáles son los apoyos formales que requiere una persona para tomar decisiones relacionadas con el ejercicio de su capacidad legal”

¹⁴² Artículo 10 de la Ley de 1996 colombiana.-

“La naturaleza de los apoyos que la persona titular del acto jurídico desee utilizar podrá establecerse mediante la declaración de voluntad de la persona sobre sus necesidades de apoyo o a través de la realización de una valoración de apoyos”.

Por otro lado, el artículo 33 establece que la valoración de Apoyos, llevada a cabo en la vía judicial, “deberá acreditar el nivel y grados de apoyos que la persona requiere para decisiones determinadas y en un ámbito específico al igual que las personas que conforman su red de apoyo y quiénes podrán asistir en aquellas decisiones”. En consecuencia, la valoración de Apoyos viene a ser un profundo análisis de la persona con discapacidad, con la finalidad de establecer el grado de intervención que el Apoyo deberá tener en su vida.

3.4. Modalidades de designación del Apoyo

Como se advirtió anteriormente, el Apoyo puede ser designado tanto en la vía judicial como en la notarial, en caso de que la persona con discapacidad pueda manifestar su voluntad. El principio general lo constituye el respeto por la voluntad y preferencias de la persona, no habiendo lugar en modo alguno a la sustitución de la voluntad, sino que, por el contrario, la función del Apoyo consistirá en ayudar a la persona a decidir por sí misma.

Cabe señalar que la implementación en nuestro CC de la designación de los Apoyos en la vía notarial, en favor de la persona con discapacidad, constituye un notable avance, toda vez que dicha vía es mucho más práctica y rápida que la judicial. Sin perjuicio de ello, ante la imposibilidad de que la persona con discapacidad pueda manifestar su voluntad, corresponderá recurrir únicamente a la vía judicial, con la finalidad de que el juez, en base a los antecedentes de la persona con discapacidad y la información que se pueda recopilar del entorno de esta última, pueda designar el Apoyo más idóneo para el ejercicio y protección de los derechos de la persona asistida.

3.4.1 Designación judicial y notarial del apoyo

La designación de los Apoyos, ya sea en la vía notarial o judicial, conlleva necesariamente la designación de Salvaguardias, por tanto, el nuevo artículo 45-B de nuestro CC, incorporado por el D.L. N° 1384, ha establecido en forma conjunta los supuestos bajo los cuales procede la designación de ambas formas de asistencia. Así, el referido artículo señala lo siguiente:

Artículo 45-B.-

Pueden designar apoyos y salvaguardias:

1. Las personas con discapacidad que manifiestan su voluntad puede contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente.
2. Las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad podrán contar con apoyos y salvaguardias designados judicialmente.
3. Las personas que se encuentren en estado de coma que hubieran designado un apoyo con anterioridad mantendrán el apoyo designado.
4. Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el numeral 9 del artículo 44 contarán con los apoyos y salvaguardias establecidos judicialmente, de conformidad con las disposiciones del artículo 659-E¹⁴³ del presente Código.

Al respecto, debemos señalar que, en primer lugar, la designación de Apoyos y Salvaguardias es totalmente facultativa, en caso la persona con discapacidad pueda manifestar su voluntad. Este es el supuesto previsto por el inciso 1 del artículo bajo comentario, por lo que, si la persona con discapacidad decide contar con dichas formas de asistencia, podrá escoger si quiere ir ante un juez o ante un notario.

En lo que respecta al contenido de la escritura pública o de la sentencia mediante la cual se designa el Apoyo, ya sea en la vía notarial o judicial respectivamente, el artículo

¹⁴³ Artículo 659-E.-

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.

13 del D.S. N° 016-2019-MIMP establece el mismo contenido respecto de ambos supuestos, señalando que:

Artículo 13.-

La escritura pública o sentencia de designación de la persona de apoyo debe determinar como mínimo:

- a) La identificación de la persona que recibe el apoyo.
- b) La identificación de la persona que es designada como apoyo.
- c) El alcance y/o facultades de la persona designada como apoyo.
- d) La duración del ejercicio de las funciones del apoyo.
- e) La aceptación de la persona que es designada como apoyo.
- f) Las salvaguardias proporcionales y de acuerdo a las circunstancias de la persona que recibe el apoyo. Señalando los plazos mínimos para la revisión de los apoyos.

Por lo que, como se advirtió anteriormente, la designación de Apoyos conllevará necesariamente al establecimiento de Salvaguardias. La voluntad de la persona con discapacidad es determinante al momento de establecer las facultades que serán otorgadas en favor del Apoyo, así como la duración de sus funciones. Sin perjuicio de ello, corresponderá al juez fijar dichos criterios, únicamente en el supuesto de que la persona con discapacidad no pueda manifestar su voluntad, o se trate de una persona que se encuentre en estado de coma.

En lo que respecta a la designación judicial, cabe señalar que ésta procede en tres supuestos: (i) cuando la persona con discapacidad puede manifestar su voluntad y, en forma voluntaria, decide recurrir a la designación judicial de Apoyos y salvaguardias en su favor, (ii) cuando la persona con discapacidad no puede manifestar su voluntad y, ante tal situación, corresponde la designación judicial de Apoyos y salvaguardias en su favor, con la justificación de que dicha designación sea necesaria para el ejercicio y protección de los derechos de la persona asistida y (iii) en caso de que la persona que se encuentra en estado de coma, no hubiese designado un apoyo con anterioridad (caso contrario, se mantendría el apoyo designado, a fin de respetar la voluntad de la persona), procederá la designación judicial de Apoyos y Salvaguardias en su favor.

Una vez realizadas estas precisiones, pasaremos a explicar cómo se realiza la designación de apoyos en la vía judicial. En primer lugar, podemos encontrar en el Sub

Capítulo 12 del Código Procesal Civil (en adelante, CPC), incorporado por el del D.L. N° 1384, el artículo 842, el cual establece que: “Las solicitudes de apoyos y salvaguardias se inician por petición de la propia persona según el artículo 659-A¹⁴⁴ del Código Civil”. Por ello, como se advirtió anteriormente, dicho artículo aplica para el caso de las personas con discapacidad que pueden manifestar su voluntad y, por ende, lo que se va a respetar en todo momento, es su voluntad y preferencias.

Por otro lado, el artículo 843 del CPC establece que: “En los casos de las personas a que se refiere el artículo 44 numeral 9 y el artículo 45-B numeral 2 del Código Civil la solicitud puede ser realizada por cualquier persona según el artículo 659-E del Código Civil”. Es así que, el referido artículo, desarrolla los supuestos de la persona que se encuentra en estado de coma, sin antes haber designado un apoyo con anterioridad y; las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad. Ante tal situación, el referido artículo faculta a cualquier persona con capacidad jurídica a presentar la solicitud de designación de apoyos y salvaguardias, ante un juez.

Por otro lado, el artículo 846, incorporado por el D.L. N° 1384, precisa el contenido de la solicitud que va a presentarse ante el juez, con la finalidad de delimitar el margen de actuación del Apoyo. El referido artículo señala que: “La solicitud contiene indicaciones con respecto a quienes serán las personas o instituciones que fungirían de apoyo, a qué actos jurídicos se restringen y por cuánto tiempo rigen”.

Al respecto, debemos señalar que es evidente el hecho de que depende de la persona con discapacidad establecer en forma taxativa aquellos actos jurídicos para los cuales va a requerir de la ayuda por parte del apoyo. Sin perjuicio de ello, en los casos de las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad; o las personas que se encuentran en estado de coma, corresponderá a cualquier persona con capacidad jurídica, el solicitar ante un juez la designación del Apoyo (quien tendrá facultades de representación) en favor de ambos. La designación de Apoyos en la vía judicial conlleva la presentación de una demanda ante el juez competente. Siguiendo a Caicay Peralta (2020):

¹⁴⁴ Artículo 659-A.-

La persona mayor de edad puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos y salvaguardias que considere pertinentes para coadyuvar a su capacidad de ejercicio.

De solicitarse la designación de Apoyo ante un juez, el escrito de demanda deberá cumplir –como en toda la demanda– con los requisitos de admisibilidad y procedencia. De darse el caso en el cual el solicitante sea una persona con discapacidad, al escrito de su demanda deberá acompañarse además de las razones que lo motivaron a requerir el Apoyo, y el certificado de discapacidad que acredita su condición de tal. (p. 33)

Por otro lado, cabe señalar que pueden ser designados como Apoyos en la vía notarial o judicial, tanto personas naturales como jurídicas. A su vez, el artículo 15 del D.S. N° 016-2019-MIMP establece los tipos de persona en la que recae el apoyo, señalando lo siguiente:

Artículo 15.-

15.1 Designación de persona natural

Puede designarse como apoyo a una o más personas mayores de edad con capacidad de ejercicio plena.

En los casos de la designación excepcional de apoyos contemplada en el artículo 659-E del Código Civil, no pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia contra los integrantes del grupo familiar o personas condenadas por violencia sexual.

15.2 Designación de personas jurídicas sin fines de lucro

Puede recaer en una o más personas jurídicas sin fines de lucro, cuyo objeto se encuentre acorde a las funciones que desempeñará como apoyo y esté inscrita en Registros Públicos.

15.3 Designación de institución pública

En caso la persona que no pueda manifestar su voluntad se encuentre albergada en un establecimiento de salud como hospitales psiquiátricos, centros de rehabilitación en salud mental, casas u hogares protegidos, centros de acogida residencial, centros de atención básica integral u otras instituciones de similar naturaleza, el/la juez/a puede designar, de manera excepcional, como apoyo temporal al Director/a en ejercicio de funciones del establecimiento donde se encuentre albergada.

El/La juez/a, atendiendo la situación concreta de la persona determinará los alcances y/o facultades del apoyo.

Al respecto, consideramos acertada la restricción de que no puedan ser designados como Apoyos aquellas personas que han sido condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual, con la finalidad de proteger a la persona con discapacidad. Nos allanamos a la posición de Caicay Peralta (2020), quien afirma autorizadamente que:

Dicha prohibición debe ser acatada ya sea que la designación del Apoyo lo realice el juez como que lo realice la persona que requiera el apoyo -pese a que en este último supuesto dicha prohibición no se encuentre literalmente establecida-, pues creemos que es difícil -por no decir imposible- concebir que una persona que lesiona derechos fundamentales, cometiendo delitos contra el cuerpo y la salud y contra la libertad sexual, pueda ser capaz de ejercer con probidad una función tan importante como es la de asistir en el ejercicio de la capacidad jurídica a una persona que requiere de su asistencia. (p. 35)

Por otro lado, la persona con discapacidad puede elegir si desea contar con uno o más Apoyos. En efecto, tal cargo puede recaer en una o más personas naturales o personas jurídicas sin fines de lucro, en virtud de su libertad de elección, lo cual refleja el reconocimiento de su plena capacidad de ejercicio.

A su vez, consideramos acertado el hecho de designar como Apoyo temporal de la persona, mediante la vía judicial, al Director del establecimiento de salud (hospitales psiquiátricos, centro de rehabilitación en salud mental, casas u hogares protegidos, entre otros) donde se encuentra albergada la persona que no puede manifestar su voluntad y, por tanto, requiere el Apoyo.

En efecto, en virtud de la cercanía que puede tener dicha autoridad con la persona a quien brindará la debida asistencia, consideramos que es la más idónea para ejercer la función de Apoyo temporal. A su vez, el margen de actuación de dicha autoridad se verá delimitado por las facultades que le sean designadas por parte del juez. Por otra parte, la designación de Apoyos en la vía judicial, de conformidad con el artículo 19¹⁴⁵ del D.S.

¹⁴⁵ Artículo 19 del D.S. N° 016-2019-MIMP.-

La designación del apoyo y establecimiento de salvaguardias surte efecto desde la emisión de la escritura pública, expedición de la sentencia consentida o ejecutoria o resolución consentida o ejecutoria que concede una medida cautelar.

N° 016-2019-MIMP surte efectos desde el momento en que se expide la sentencia mediante la cual dicha designación es consentida o ejecutoriada. A su vez, en lo que respecta la competencia en la vía judicial para tramitar el proceso de apoyos y salvaguardias, el artículo 36¹⁴⁶ del D.S. N° 016-2019-MIMP, dicha facultad corresponde al Juzgado Especializado en Familia o Mixto. Por otro lado, el artículo 21¹⁴⁷ del Código Procesal Civil (en adelante, CPC), le otorga la competencia al Juez del lugar donde se encuentra la persona con discapacidad. Sin perjuicio de ello, el artículo 24¹⁴⁸ del CPC establece una serie de competencias facultativas, que dependerán de la elección que tome el demandante.

Por otro lado, cabe preguntarnos cómo quedaron los procesos de interdicción que se encontraban en trámite e, inclusive, los que contaban con sentencia firme, antes de la entrada en vigencia del D.L. N° 1384. Al respecto, es necesario remitirnos al Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en Observancia al Modelo Social de la Discapacidad, aprobado mediante Resolución Administrativa N° 046-2019-CE-PJ de fecha 23 de enero de 2019 (en adelante R.A. N° 046-2019-CE-PJ). El artículo 1 de la R.A. N° 046-2019-CE-PJ establece su principal objetivo, el cual consiste en “establecer las reglas y

¹⁴⁶ Artículo 36 del D.S. N° 016-2019-MIMP.-

El proceso de apoyos y salvaguardias se tramita como proceso no contencioso, ante el Juzgado Especializado en Familia o Mixto. Adicionalmente, a lo dispuesto en el presente artículo, se aplican las reglas sobre competencia previstas en los artículos 21 y 24 del Código Procesal Civil.

¹⁴⁷ Artículo 21 del Código Procesal Civil peruano.-

En materia de patria potestad, tutela, curatela y designación de apoyos, se trate o no de asuntos contenciosos, es competente el Juez del lugar donde se encuentra las personas con discapacidad y aquellas contempladas en los artículos 43 y 44 del código civil.

¹⁴⁸ Artículo 24 del Código Procesal Civil peruano.-

Además del Juez del domicilio del demandado, también es competente, a elección del demandante:

- 1.- El Juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes tratándose de pretensiones sobre derechos reales. Igual regla rige en los procesos de retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos, expropiación, desalojo, curatela y designación de apoyos. Si la demanda versa sobre varios inmuebles situados en diversos lugares será competente el Juez de cualquiera de ellos;
- 2.- El Juez del último domicilio conyugal, tratándose de nulidad del matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad;
- 3.- El Juez del domicilio del demandante en las pretensiones alimenticias;
- 4.- El Juez del lugar señalado para el cumplimiento de la obligación;
- 5.- El Juez del lugar en donde ocurrió el daño, tratándose de pretensiones indemnizatorias por responsabilidad extracontractual;
- 6.- El Juez del lugar en que se realizó o debió realizarse el hecho generador de la obligación, tratándose de prestaciones derivadas de la gestión de negocios, enriquecimiento indebido, promesa unilateral o pago indebido; y
- 7.- El Juez del lugar donde se desempeña la administración de bienes comunes o ajenos al tiempo de interponerse las demandas de rendición, de aprobación o de desaprobación de cuentas o informes de gestión.

procedimientos necesarios para la correcta transición al sistema de apoyos y salvaguardias en observancia obligatoria del modelo social de discapacidad ...”.

Su ámbito de aplicación se encuentra previsto en el artículo 2, el cual señala que el referido Reglamento “abarca a los procesos judiciales en materia de interdicción civil que cuentan con una sentencia firme y aquellos que se encuentran en trámite. Asimismo, abarca las nuevas solicitudes de apoyos y salvaguardias ...”.

Un punto importante de la R.A. N° 046-2019-CE-PJ lo constituye la restitución de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, dejando sin efecto las declaraciones de interdicción civil que se hayan dado respecto de ella, correspondiendo al emitir la correspondiente declaración de restitución de la capacidad jurídica al juez que emitió la sentencia, de conformidad con el inciso 3.1.B.¹⁴⁹ de la R.A. N° 046-2019-CE-PJ, lo cual evidencia su intención de aplicar el modelo social en nuestro país.

Consideramos pertinente analizar cada uno de los supuestos previstos en dicho Reglamento, los cuales son los siguientes: (i) procesos de interdicción que cuenten con sentencia firme en los cuales se haya nombrado curador para las personas con discapacidad, (ii) procesos de interdicción en trámite, iniciados con anterioridad a la vigente del D.L. N° 1384 y (iii) nuevas solicitudes de apoyos y salvaguardias.

En primer lugar, en el caso de los procesos de interdicción en los que se haya designado un curador a la persona con discapacidad, lo que procederá será que el juez emita una de oficio una resolución mediante la cual se declare la restitución de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad. Siguiendo a Caicay Peralta (2020):

Los procesos judiciales de interdicción civil que cuentan con sentencia serán transformados al proceso de Apoyos y Salvaguardias. Produciéndose con ello la declaración de restitución de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, dejándose sin efecto la declaración de interdicción civil y nombramiento de curador. Dicha transformación es de competencia del mismo juez que emitió la sentencia de interdicción. (p. 38)

¹⁴⁹ Artículo 3 de la R.A. N° 046-2019-CE-PJ.-

3.1. Restitución de capacidad jurídica.-

(...) 3.1.B. La declaración de restitución de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad dejando sin efecto la declaración de interdicción civil y nombramiento del curador, es realizada por el Juez que emitió la sentencia.

En segundo lugar, encontramos el supuesto de aquellos procesos de interdicción que se encontraban en trámite antes de la entrada en vigencia del D.L. N° 1384. Al respecto, y bajo la perspectiva del modelo social, corresponderá al igual que el primer supuesto, la restitución de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, toda vez que ya no será necesaria la designación de un curador en su favor, y la reconducción del proceso de interdicción a uno de designación de apoyos y salvaguardias. Como señala Caicay Peralta (2020):

Los procesos de interdicción civil que se encuentran en trámite serán reconducidos al proceso de Apoyos y Salvaguardias. Produciéndose con ello la declaración de restitución de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Dicha transformación es de competencia del mismo juez que conoce el proceso de interdicción en trámite. (p. 38)

Por último, encontramos el supuesto de las nuevas solicitudes de Apoyos y Salvaguardias en el ámbito judicial, las cuales serán presentadas ante el Juzgado de Familia o, en su defecto, ante el Juzgado Mixto. De conformidad con Caicay Peralta (2020):

Las nuevas solicitudes de Apoyos y Salvaguardias deberán ser tramitadas ante los Juzgados de Familia o de darse el caso – de no existir Juzgado de Familia en el Distrito –, ante los Juzgados Mixtos, mediante proceso no contencioso. El juez de familia o mixto que atienda dichas solicitudes deberá ser aquel juez del lugar del domicilio de la persona con discapacidad, o aquel juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes tratándose de pretensiones sobre derechos reales. (p. 38)

En lo que respecta al contenido de la resolución final, que se encuentra previsto en el artículo 847¹⁵⁰ del CPC , cabe señalar que este se encuentra conformado por la indicación de la persona(s) o institución(es) de Apoyo, los actos jurídicos respecto de los

¹⁵⁰ Artículo 847 del Código Procesal Civil peruano.-

La resolución final debe indicar quién o quiénes serían las personas o instituciones de apoyo, a qué actos jurídicos se restringen, por cuánto tiempo van a regir y cuáles son las medidas de salvaguardia, de ser necesarias. Tal resolución se inscribe en el Registro Personal conforme al artículo 2030 del Código Civil.

Adicionalmente, la resolución final es 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.

cuales va a verse delimitada su actuación y cuáles serán las medidas de salvaguardia, en caso sean necesarias.

Una vez realizadas las precisiones referidas a la designación de apoyo en la vía judicial, procederemos a desarrollar la designación de Apoyos en la vía notarial. Al respecto, corresponde resaltar el único supuesto en el que corresponda recurrir a dicha vía, es el caso de que la persona con discapacidad mayor de edad pueda manifestar su voluntad. Así, el artículo 22 del D.S. N° 016-2019-MIMP establece que:

Artículo 22.-

Procede la designación de apoyos y salvaguardias en la vía notarial en caso la persona con discapacidad mayor de edad que puede manifestar su voluntad, lo considera pertinente para facilitar el ejercicio de actos que produzcan efectos jurídicos.

Por tanto, el referido artículo señala la función principal del Apoyo, es decir, ser un “facilitador”, en el sentido de que ayuda a la persona con discapacidad a decidir por sí misma. En atención al modelo social, la manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad constituye el punto central del trámite de designación de Apoyos en la vía notarial. Como señala Caicay Peralta (2020): “Al igual que en las designaciones judiciales, la persona quien designa el Apoyo podrá establecer en qué persona sea natural o jurídica sin fines de lucro, deberá recaer tal responsabilidad”. (p. 42)

Por lo que, de conformidad con el artículo 23¹⁵¹ del D.S. N° 016-2019-MIMP, es deber del notario otorgarle a la persona con discapacidad las medidas de accesibilidad y ajustes razonables durante el trámite de designación de Apoyos y Salvaguardias, con la finalidad de que esta pueda expresar su voluntad. En adición a ello, las personas cercanas a la persona con discapacidad pueden intervenir con la finalidad de coadyuvar a la manifestación de la voluntad de esta última.

Por otro lado, la persona con discapacidad tiene la facultad de modificar la designación de apoyos y salvaguardias, en atención al reconocimiento de su autonomía y

¹⁵¹ Artículo 23 del D.S. N° 016-2019-MIMP.-

El/la notario/a está obligado a otorgar medidas de accesibilidad y ajustes razonables a las personas con discapacidad con la finalidad que puedan manifestar su voluntad durante el trámite de designación de apoyos y salvaguardias. Asimismo, permite la participación de personas de su confianza para coadyuvar a la manifestación de su voluntad.

de su libre capacidad de ejercicio, de conformidad con lo señalado en el artículo 26¹⁵² del D.S. N°016-2019-MIMP. Además, su decisión puede ser más drástica y optar por la revocación de la designación de Apoyos y Salvaguardias, correspondiéndole dicha atribución únicamente a la persona que cuenta con Apoyo, pudiendo realizarla en cualquier momento, de conformidad con el artículo 27¹⁵³ del D.S. N° 016-2019-MIMP.

Por último, el contenido de la Escritura Pública de designación de Apoyos y Salvaguardias se encuentra previsto en el artículo 24¹⁵⁴ del D.S. N° 016-2019-MIMP, estableciéndose en dicho documento las facultades que va a tener la persona designada como Apoyo y la duración del ejercicio de sus funciones.

Un elemento importante lo encontramos en el artículo 28¹⁵⁵ del D.S. N° 016-2019-MIMP, el cual señala la facultad que tiene la persona que ha sido designada como Apoyo mediante Escritura Pública, de renunciar a dicha función, siendo requisito

¹⁵² Artículo 26 del D.S. N° 016-2019-MIMP.-

26.1 La designación de apoyos y salvaguardias puede ser modificada en cualquier momento por la persona con discapacidad que cuenta con apoyo, debiendo cumplir con la misma formalidad de su designación o establecimiento primigenio. En el mismo sentido, el apoyo designado puede ser sustituido.

26.2 La modificación o sustitución otorgada ante otro/a notario/a debe ser informada por el/la notario/a que extendió la escritura pública al/la notario/a que extendió la escritura primigenia e inscribirse en el Registro de Personas Naturales.

¹⁵³ Artículo 27 del D.S. N° 016-2019-MIMP.-

27.1 La designación de apoyos y establecimiento de salvaguardias puede ser revocada, en cualquier momento, por la persona con discapacidad titular del apoyo, debiendo cumplir con la misma formalidad de su designación o establecimiento primigenio. Esta produce efecto desde que se le comunica a la persona designada como apoyo.

27.2 La revocación otorgada ante otro/a notario/a debe ser informada por el/la notario/a que extendió la escritura pública al/la notario/a que extendió la escritura primigenia e inscribirse en el Registro de Personas Naturales.

¹⁵⁴ Artículo 24 del D.S. N° 016-2019-MIMP.-

24.1 La escritura pública de designación de apoyos y salvaguardias debe contener como mínimo:

- a) La solicitud de elevar a escritura pública la minuta de designación de apoyos y establecimiento de salvaguardias.
- b) Nombre y documento de identidad de la persona con discapacidad que designa el apoyo.
- c) Nombre y documento de identidad de la persona natural o en su caso, o denominación e identificación persona jurídica sin fines de lucro designada como apoyo.
- d) La determinación de los alcances y/o facultades de la persona designada como apoyo.
- e) La determinación de la duración del ejercicio de las funciones del apoyo.
- f) La aceptación de la persona designada como apoyo.
- g) Las salvaguardias proporcionales y de acuerdo a las circunstancias de la persona que solicita el apoyo. Señalando los plazos mínimos para la revisión de los apoyos.

24.2 La persona solicitante puede señalar en la escritura pública, las personas naturales, personas jurídicas sin fines de lucro o las instituciones públicas en las que no puede recaer la designación de apoyo.

¹⁵⁵ Artículo 28 del D.S. N° 016-2019-MIMP.-

La persona designada como apoyo puede renunciar del encargo si notificada su renuncia a la persona que cuenta con apoyo, transcurra el plazo de treinta días más el término de la distancia, sin haber sido reemplazada.

indispensable para tal situación, la previa notificación de su renuncia a la persona asistida. Siguiendo a Caicay Peralta (2020):

A diferencia de lo regulado en la vía judicial, en la Notarial sí se establece la posibilidad de una renuncia por parte del Apoyo ya sea que este esté ejerciendo el cargo en el presente, o tenga la obligación de hacerlo en el futuro. (p. 43)

Respecto a este último supuesto, cabe resaltar que la designación de apoyos a futuro por parte la persona mayor de edad, es una posibilidad que únicamente corresponde a la vía notarial. Así, el artículo 29 señala lo siguiente:

Artículo 29.-

Toda persona mayor de edad tiene la facultad de designar por escritura pública el o los apoyos y salvaguardias a futuro, en previsión a requerirlos por encontrarse en una situación de discapacidad o estado de coma, a efecto que faciliten la realización de actos que produzcan efectos jurídicos.

Dicha designación puede recaer en una o más personas naturales o personas jurídicas sin fines de lucro e inscribirse en el Registro de Personas Naturales.

Por lo que constituye una ventaja el hecho designar a Apoyos a futuros en la vía notarial, en vista de esta última es más rápida que la judicial. Inclusive, el hecho de haber designado un Apoyo a futuro, le permite a la persona que posteriormente a tal designación entra en estado de coma, librarse de verse inmersa de la calificación de persona con capacidad de ejercicio restringida y, consecuentemente, de que se le designe un Apoyo en la vía judicial, quien además tendrá facultades de representación.

A su vez, la misma situación ocurre en caso de que la persona que, posteriormente a la designación de Apoyos a futuro, por cualquier circunstancia, se encuentra impedida de manifestar su voluntad (con la salvedad de que dicha situación, a diferencia de la persona que entra en estado de coma, no implicará que la persona pierda su plena capacidad de ejercicio, entrando en la categoría de capacidad de ejercicio restringida).

En efecto, al haber designado un Apoyo con anterioridad, el hecho de verse posteriormente privada de la posibilidad de manifestar su voluntad, no implicará que se le designe un Apoyo en la vía judicial, quien además tendría facultades de representación, pues en virtud de dicha designación, su voluntad debe de ser respetada.

Otro aspecto importante lo constituye la competencia, cuyas reglas se encuentran perfectamente establecidas en el ámbito judicial. Pese a ello, tal situación no ocurre en el ámbito notarial. Como señala Caicay Peralta (2020):

... a diferencia de la designación de Apoyos en la vía judicial, en donde sí existen normas respecto a la competencia del juez, en la vía notarial, no se establecen normas de competencia que deben seguir los Notarios para la extensión de la Escritura Pública de designación, lo cual, lejos de ser criticable, nos parece acertado, dado que tales designaciones deben ser atendidas con carácter de urgencia, debiendo brindarse en todo momento facilidades de acceso a las persona con deficiencias que requieran asistencia en su capacidad jurídica. (p. 43)

Por otra parte, pasaremos a analizar la designación del Apoyo en la vía notarial, de conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1417, o también denominado “Decreto Legislativo que promueve la inclusión de las personas con discapacidad (en adelante, D.L. N° 1417). El referido Decreto establece la designación de apoyos en la vía notarial en favor de las personas adultas mayores¹⁵⁶ con discapacidad que se encuentran impedidas de manifestar su voluntad, que tengan calidad de pensionistas o beneficiarias de la Ley N° 29625 (también llamada Ley de devolución de dinero del FONAVI a los trabajadores que contribuyeron al mismo, aprobada por el Decreto Supremo N° 006-2012-EF), o beneficiarias o usuarias de programas nacionales de asistencia no contributivos, de conformidad con el artículo 4¹⁵⁷ del Decreto Legislativo N° 1310 (en adelante, D.L. N° 1310). De conformidad con Caicay Peralta (2020), bajo la perspectiva del referido Decreto: “el fin primordial que cumplen los Apoyos radica en la asistencia al adulto mayor en recaudar y administrar el dinero cobrado producto de sus subvenciones económicas” (p. 41).

¹⁵⁶ El artículo 2 de la Ley N° 30490, define a la persona adulto mayor de la siguiente manera: “Entiéndase por persona adulta mayor a aquella que tiene 60 o más años de edad”.

¹⁵⁷ Artículo 4 del D.L. N° 1310.-

4.1 Procedencia del apoyo: Procede la designación de apoyo en la vía notarial o judicial para las personas adultas mayores, definidas en el artículo 2 de la Ley N° 30490, Ley de la Persona Adulta Mayor, y que tengan calidad de pensionistas o beneficiarias de la Ley N° 29625, Ley de Devolución de Dinero del FONAVI a los Trabajadores que Contribuyeron al mismo, o beneficiarias o usuarias de programas nacionales de asistencia no contributivos; con el objeto de percibir su pensión o beneficios derivados de estas, devolución de aportes económicos o subvenciones económicas. Para el caso de las personas adultas mayores con discapacidad que pueden manifestar su voluntad, el trámite para la designación de apoyos se realiza conforme a las disposiciones previstas en el Código Civil y el Código Procesal Civil.

A su vez, el artículo 4.3.1 del D.L. N° 1310, establece quiénes son las personas que se encuentran facultadas para solicitar la correspondiente designación de Apoyos en la vía notarial, debido a la imposibilidad de la persona adulta mayor con discapacidad de manifestar su voluntad. Al respecto, la redacción del referido artículo es la siguiente:

4.3.1 Cuando la persona adulta mayor no pueda manifestar su voluntad, aún después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes; y prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, la solicitud de designación de apoyo se realiza en vía notarial de acuerdo al siguiente orden:

- a) El apoyo previamente designado por la persona adulta mayor, antes de encontrarse imposibilitada de manifestar su voluntad.
- b) El/La cónyuge no separado judicial o notarialmente, siempre que cumpla lo establecido en el artículo 289 del Código Civil.
- c) El/La conviviente, siempre que cumpla lo dispuesto en los artículos 289 y 326 del Código Civil.
- d) Los/Las descendientes, prefiriéndose el más próximo.
- e) Los/Las hermanos/as.
- f) La persona que preste asistencia o tenga bajo su cuidado a la persona adulta mayor.
- g) El/La Director/a del Centro de Atención a Personas Adultas Mayores del sector público.

Las personas comprendidas en los literales precedentes se encuentran legitimadas para solicitar la designación de apoyos.

Por lo que existe en orden en lo que respecta a las personas que se encuentran facultadas para solicitar la designación de Apoyos ante el notario, lo cual no ocurre en la vía judicial.

Al respecto, Caicay Peralta (2020) advierte que:

En el ámbito notarial existe un orden de prelación –de obligatorio cumplimiento– que se deberá seguir para la presentación de la solicitud de designación de Apoyos para las personas adulto mayores con discapacidad que no pueden expresar su voluntad ... En el ámbito judicial, no existe un orden de prelación para realizar

las solicitudes de designación de Apoyos, pues en este se dispone que cualquier persona con capacidad jurídica- sin especificarse grado de parentesco alguno- puede demandar la solicitud de designación de Apoyos y Salvaguardias ante un juez de familia. (pp. 41-42)

Como se advirtió anteriormente, la designación de Apoyos, ya sea en la vía notarial o judicial, conlleva necesariamente la designación de Salvaguardias. Al respecto, estas últimas, bajo la perspectiva del D.L. N° 1417, son definidas en el su artículo 4.5 de la siguiente manera:

4.5 Salvaguardias: Las salvaguardias son mecanismos que garantizan el respeto de la voluntad y preferencias de la persona adulta mayor para asegurar el cobro y uso adecuado en su beneficio. El procedimiento para la ejecución de la salvaguardia se establece mediante Decreto Supremo a propuesta del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, con el refrendo del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

El Centro Integral de Atención al Adulto Mayor de la municipalidad distrital, o quien haga sus veces, implementa las salvaguardias que comprenden la rendición de cuentas y supervisión periódica. ... [cursivas añadidas]

Al respecto, cabe señalar que las salvaguardias, bajo la perspectiva del CC, buscan garantizar el respeto de la voluntad y las preferencias de la persona, y estas son implementadas por la propia persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad o, en su defecto, por el juez, en caso no sea posible obtener una manifestación de la voluntad. En contraste con lo expuesto anteriormente, como señala Caicay Peralta (2020):

En el D.L. 1417 es el Centro Integral de Atención del Adulto Mayor de la Municipalidad distrital correspondiente o quien haga sus veces, quien se encargue de implementar las Salvaguardias consistentes en la rendición de cuentas y en la supervisión periódica. (p. 41)

CAPÍTULO III: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL APOYO Y DE LA PERSONA ASISTIDA

Ante la generación de un daño, la persona mayor de edad carente de discernimiento, antes de la entrada en vigencia del D.L. N° 1384, se encontraba eximida del deber de responder civilmente ante la víctima. En efecto, en base a un criterio de imputación objetivo, tal responsabilidad recaía en el representante legal. Al respecto, somos la opinión de que lo más idóneo hubiese sido establecer una posibilidad de exoneración en favor del representante legal, en base a un criterio de imputación subjetivo. Sin perjuicio de ello, nuestro CC, luego de la Reforma, el criterio totalmente distinto, debido a que la persona sin discernimiento se encontrará en la obligación de responder civilmente de manera individual, siendo irrelevante si contaba o no con Apoyo/s al momento de cometer el daño.

1. La responsabilidad civil objetiva del representante legal, previa a la reforma

Los derogados artículos 1975 y 1976, regulaban la denominada responsabilidad civil de los incapaces con y sin discernimiento, respectivamente. Dichos artículos constituían un desincentivo para la asunción de la función del representante legal, toda vez que no le brindaba posibilidad alguna de verse eximido de responsabilidad, en vista de que el factor de atribución objetivo (entendido como aquel que prescinde totalmente del análisis de dolo y culpa) era el empleado por ambos artículos. En primer lugar, el derogado artículo 1975 de nuestro Código Civil, se encontraba redactado de la siguiente manera:

Artículo 1975.-

La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable.

Cabe señalar, que las personas previstas en este artículo eran las contempladas en el inciso primero del artículo 43¹⁵⁸ y en los ocho incisos del artículo 44¹⁵⁹. Asimismo, puede advertirse que la ausencia del discernimiento será equivalente a una causal de inimputabilidad y, por tanto, ello conducirá a la correspondiente exoneración de responsabilidad.

A su vez, la representación legal se ejerce únicamente mediante tres formas. En primer lugar, tenemos a la patria potestad, la misma que es la ejercida por los padres de familia respecto a sus hijos menores de edad, conforme lo establece el artículo 418¹⁶⁰ del CC. En ausencia de ellos, es que se verá designado un tutor, de conformidad con el artículo 502¹⁶¹ del CC. Por último, la representación legal puede ser ejercida por medio

¹⁵⁸ Artículo 43.- Son absolutamente incapaces:

1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. (*)

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

3.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. (*)
Numeral derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29973, publicada el 24 diciembre 2012.

¹⁵⁹ Artículo 44.- Son relativamente incapaces: (*)

(*) Extremo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida

Tienen capacidad de ejercicio restringida:"

1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

2.- Los retardados mentales. (*)

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. (*)

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

4.- Los pródigos.

5.- Los que incurrir en mala gestión.

6.- Los ebrios habituales.

7.- Los toxicómanos.

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

"9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad."(*)(**)

(*) Numeral incorporado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

¹⁶⁰ Artículo 418 del Código Civil peruano.-

Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

¹⁶¹ Artículo 502 del Código Civil peruano.-

Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes.

de un curador, quien era designado para los mal llamados “incapaces” que habían cumplido la mayoría de edad (previa declaración de interdicción), de conformidad con los modificados artículos 564¹⁶² y 565¹⁶³ del CC peruano.

Entonces, en cualquier forma en la que es ejercida la representación legal, es posible ser encontrado responsable civilmente, tanto debido a una incapacidad absoluta o relativa por parte del autor del daño. Como señala De Trazegnies Granda (2016):

Si de lo que se trata es de saber si existe un curador, tutor o representante legal en general, poco importa que ese representante haya sido nombrado en razón de una incapacidad absoluta o relativa: en cualquiera de los dos casos, hay un representante y éste puede ser eventualmente considerado responsable del daño. De ahí que el tipo de incapacidad no tenga repercusión sobre la responsabilidad extracontractual: lo que cuenta es si existía discernimiento. (p. 430)

Por tanto, tanto los incapaces absolutos como relativos se encuentran previstos en el artículo 1975, con la salvedad del inciso 2º del modificado artículo 43, que calificaba como absolutamente incapaces a “los que por cualquier causa se encuentre privados de discernimiento”.

Es de advertirse que la figura del discernimiento (hoy derogada) era determinante si es que se trataba de determinar la atribución o exoneración de responsabilidad civil del mal llamado “incapaz”, es decir, en el supuesto contemplado por este artículo, el incapaz sí se encuentra obligado a reparar el daño, en vista de que su actuación se ha llevado a cabo con la presencia de discernimiento. Como señala la autora española Yáñez Vivero

¹⁶² Artículo 564 del Código Civil peruano.-

Están sujetas a curatela las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 a 8. (*)

(*) Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 564.- Personas sujetas a curatela

Están sujetas a curatela las personas a que se refiere el artículo 44 numerales 4, 5, 6, 7 y 8.”

¹⁶³ Artículo 565 del Código Civil peruano.-

La curatela se instituye para:

1.- Los incapaces mayores de edad. (*)

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

2.- La administración de bienes.

3.- Asuntos determinados.

(2009): “lo más significativo del texto peruano es que se liga la responsabilidad del incapaz a su capacidad de discernimiento, respondiendo el representante legal en caso de que no exista tal capacidad” (p. 104).

A su vez, es acertada la decisión del legislador, toda vez que no existe razón alguna para liberar de responsabilidad a quien ha estado en la aptitud de distinguir lo bueno de lo malo y lo lícito de lo ilícito, sin importar si este es menor de dieciséis años, un declarado interdicto civilmente, entre otros. Lo que el presente artículo otorga, es la posibilidad en favor de la víctima del daño de dirigirse contra otra persona (distinta del autor del daño), es decir, el representante legal, con la finalidad de obtener un resarcimiento. Como señala Torres Vásquez (2016): “La solución legal es correcta porque no haya razón para que un incapaz de ejercicio ... que actúa con discernimiento no sea responsable civil por los daños que cause con su accionar” (p. 395). El mismo criterio es seguido por León Barandiarán (2015), en lo que respecta a la Exposición de Motivos y Comentarios del presente artículo, señala lo siguiente: “Si se ha obrado con discernimiento el incapaz, hay responsabilidad patrimonial contra él; pero esa responsabilidad trasciende al guardador que está sujeto a una culpa in vigilando. La responsabilidad del incapaz y del guardador es solidaria” (p. 888).

1.1 La necesidad de establecer una responsabilidad civil subjetiva en favor del representante legal

Cabe resaltar que, al aplicarse el criterio de imputación objetivo, no se le brindaba posibilidad alguna al representante legal de verse eximido de responsabilidad, mediante la demostración de un actuar diligente, sino por el contrario, se le atribuía la obligación de responder civilmente en todos los supuestos. Como señala Fernando De Trazegnies (2016), tanto en el artículo 1975 como el 1976, el representante legal: “responde por culpa in vigilando ... responde solidariamente no por hecho de tercero (el incapaz) sino por el hecho propio de no haber prestado la vigilancia adecuada a tal incapaz. En otras palabras, es un co-autor del daño” (p. 436).

Así, el criterio adoptado por el legislador resultaba demasiado severo para quienes ejerzan dicha función, toda vez que se le impone al representante legal una obligación complicada (por no decir imposible) de cumplir, es decir, velar por el cuidado del incapaz

que tiene a su cargo en todo momento, durante las 24 horas del día. Así lo entiende Torres Vásquez (2016), quien afirma autorizadamente que:

El Código establece la responsabilidad solidaria del representante sin admitir excepciones como sería el caso en que pruebe que ha procedido con diligencia en el ejercicio del cargo y hasta puede entenderse que no puede invocar el caso fortuito o fuerza mayor. En estos términos la víctima de un incapaz está mejor protegida que la víctima de una persona capaz, ¿Cuál será la razón?. (p. 395)

Hubiera sido más favorable para los representantes legales, el criterio de imputación subjetivo, dado que les permite no verse inmersos en responsabilidad civil, bajo ciertos supuestos que los permitan desvincularse del acto dañoso realizado por su representado. En contraposición a ello, el criterio de imputación objetivo no hace más que trasladar las cargas económicas del daño realizado por el incapaz a su representante legal. De conformidad con Espinoza Espinoza (2016): “si bien es cierto que el modelo peruano establece la responsabilidad solidaria entre los representantes y los incapaces, a la larga, quienes asumen los costos de la indemnización, son (generalmente) los representantes legales” (p. 545).

Es deducible que lo buscado por el derogado artículo 1975 de nuestro CC, mediante el factor de atribución objetivo, respecto de la responsabilidad civil del representante legal busca darle una mayor tutela a la víctima, facilitándole la obtención de un resarcimiento, aunque ello implique una desventaja económica para el representante legal. El mismo criterio es el adoptado por Torres Vásquez (2016), quien afirma lo siguiente:

Opinamos porque se flexibilice la norma a fin de que se libere de responsabilidad al representante que se encontraba en la situación de no poder hacer nada para impedir que el incapaz cause el daño o que pruebe que en el ejercicio del cargo actuó diligentemente o que el caso fortuito o fuerza mayor le impidieron controlar al incapaz. (p. 396)

Ahora bien, si desde el análisis realizado en relación al artículo 1975, se advierte que el factor de atribución objetivo resulta severo para quien desempeñe la función del

representante legal, el artículo 1976¹⁶⁴ lo es aún más, toda vez que establece la obligación del mismo de responder civilmente de manera individual, por el acto dañoso realizado por su representado. Entonces, el referido precepto normativo impone al representante legal obligación de reparar el daño ocasionado por el incapaz (entiéndase, sin discernimiento) que tiene a su cargo, no importando si el mismo, por ejemplo, se encontraba en un centro de rehabilitación bajo el cuidado de otras personas. Por tanto, un actuar diligente y conforme al estándar de conducta exigido por el caso en particular, no concluirá en la exoneración de responsabilidad, toda vez que lo que caracteriza principalmente al factor de atribución objetivo, es la prescindencia absoluta del análisis de dolo o culpa.

Como señalé anteriormente, considero que es acertado el criterio del legislador de considerar la ausencia del discernimiento como causal de exoneración de responsabilidad civil en favor del incapaz, en vista de que quien carece del mismo, no está en la posibilidad de comprender los alcances de su actuar y, por tanto, menos estará en posibilidad de entender las consecuencias del mismo. Desafortunadamente, tras la entrada en vigencia del D.L. N° 1384, el carecer de discernimiento no es más una causal de exoneración de responsabilidad, sino que por el contrario, el autor del daño (que está imposibilitado de distinguir lo bueno y lo malo), deberá responder de manera individual, puesto que el mismo ya no contará con un representante legal. Ello en vista de la derogación del inciso segundo del artículo 43¹⁶⁵.

Ahora bien, retomando el análisis del derogado artículo 1976, se advierte que este último hace referencia a las personas comprendidas en los incisos primero y segundo del artículo 43, y los incisos primero al octavo del artículo 44. Entendiéndose que es requisito indispensable que dichas personas se encuentren privadas de discernimiento y cuenten

¹⁶⁴ Artículo 1976 del Código Civil peruano.-

No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal (*)

(*) Artículo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

¹⁶⁵ Artículo 43 del Código Civil peruano.-

Son absolutamente incapaces:

... 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.(*)

(*) Numeral derogado por el Literal a) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

con una declaración judicial de incapacitación (siendo este último requisito exigible también en el artículo 1975), toda vez que, de no ser así, ello conllevaría a que la persona causante del daño se encuentre inmersa en el artículo 1974¹⁶⁶, el mismo que exonera de responsabilidad a quien se encuentre en un estado de pérdida de conciencia.

Ello en vista de que al no versar sentencia judicial que declare su interdicción, la persona causante del daño no contará con un representante legal. Por ende, en dicha circunstancia, la víctima del daño solo podrá exigir la reparación del mismo a su autor. Como señalé anteriormente, el representante legal está en la imposibilidad de tener una vigilancia permanente sobre el incapaz. A manera de ejemplo, si el curador de alguien que sufre retardo mental deja una caja de fósforos dentro de un cajón de su dormitorio y su representado por una circunstancia ajena a él logra dar con los mismos en vista de que no se encontraba bajo su cuidado y, como consecuencia de ello, incendia la casa del vecino. En el presente caso, es evidente que puede advertirse un actuar diligente por parte de dicho representante legal. Pese a ello, en aplicación del artículo 1975 (en caso cuente con discernimiento) o 1976 (en caso no cuente con discernimiento), el curador estará obligado a responder civilmente ante la víctima del daño, sin dársele al menos la posibilidad de demostrar que es un hecho que no estuvo en la posibilidad de impedir, toda vez que hizo todo el esfuerzo posible por mantener la caja de fósforos fuera del alcance de su representado.

Otro ejemplo sería el caso de un curador que interna en un centro de rehabilitación a un toxicómano (su representado) y este dentro del mismo lesiona con un tenedor de cocina a alguien que también se encontraba internado dentro de dicho centro. Al igual que en el caso anterior, se advierte un actuar diligente por parte del representante legal y, es más que evidente, que no pudo impedir el hecho. Ello en vista de que no se encontraba bajo el cuidado de su representante, sino más bien, bajo vigilancia de quienes trabajan en el mencionado centro.

¹⁶⁶ Artículo 1974 del Código Civil peruano.-

Si una persona se halla, sin culpa, en estado de pérdida de conciencia, no es responsable por el daño que causa. Si la pérdida de conciencia es por obra de otra persona, ésta última es responsable por el daño que cause aquélla.

1.2 La responsabilidad civil del representante legal en la jurisprudencia nacional

En primer lugar, consideramos relevante citar el caso de Nancy Contreras. Al respecto, como señala Espinoza Espinoza (2016):

Nancy Contreras... fue impactada por un proyecto mecánico (balín), el mismo que se quedó alojado en la base de la órbita ocular izquierda. Después de las investigaciones policiales se determinó que quien disparó el arma fue un menor de edad, Renato Salazar, domiciliado a 64 metros de la casa de la agraviada. Como consecuencia de dicho daño la víctima se encontraba sometida a consultas médicas periódicas de evaluación, teniendo una implicancia de alto riesgo, dado que, por la ubicación del mismo, podría afectar de manera irreversible el nervio óptico. Interpuso una denuncia penal y con sentencia de vista, del 28.09.06 (Causa N° 2006-02067), se dejó a salvo su derecho a obtener una indemnización por la vía correspondiente. Por ello, con fecha 23.10.06, interpuso una demanda en contra de Renato Salazar y sus padres e invocando los arts. 1969¹⁶⁷ y 1975¹⁶⁸ c.c., solicitó una reparación de US\$ 28,000.00 (individualiza entre otros conceptos, daño a la persona y daño moral). Los demandados se limitaron a argumentar que, si bien la agraviada sufrió lesiones, no se ha llegado a comprobar que estas fueron causadas por Renato Salazar. Con sentencia N° 163-2009-11JEC, del 01.12.09, el Décimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa declaró fundada en parte la demanda en contra de Renato Salazar e infundada en contra de los padres, reconociendo una indemnización de US\$ 13,000.00 (US\$ 5,000.0 por daño a la persona, US\$ 4,000.0 por daño al proyecto de vida y US\$ 4,000.00 por daño moral). (p. 552)

¹⁶⁷ Artículo 1969 del Código Civil peruano.-

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

¹⁶⁸ Artículo 1975 del Código Civil peruano.-

La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable. (*)

(*) Artículo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

Así, y dado que el autor del daño es un menor de edad, corresponderá aplicar el artículo 1975, en virtud de que no se aprecia falta de discernimiento alguna en el mismo. Además, corresponderá tanto al menor como a los padres (quienes son los representantes legales, mediante la figura de la patria potestad) responder civilmente por el daño realizado.

Sin embargo, consideramos que no debió ser citado el artículo 1969 del CC, toda vez que el mismo emplea un factor de atribución subjetivo y, además, establece una inversión de la carga de la prueba en favor de la víctima. Evidentemente, al aplicarse el artículo 1975, no hay deber de probar por parte de los padres o del menor que su actuación ha sido conforme a una persona diligente, sino que al ser el factor de atribución objetivo, el juicio de responsabilidad será elaborado prescindiendo de cualquier análisis del dolo o culpa.

Ahora bien, lo que argumentó la parte demandada fue, como se citó anteriormente, que es falso que se haya determinado que quien disparó el arma que provocó el daño fue el menor Renato Salazar, toda vez que los resultados del examen de balística concluyeron que el arma que portaba el menor no pudo ser la que originó el daño. Como se puede advertir, la parte demandada buscó desvincular el actuar del menor del daño sufrido por la víctima, es decir, intentó alegar la “ruptura del nexo causal”. Por otro lado, dentro de los principales fundamentos de la sentencia en primera instancia, del Décimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa, referentes al nexo causal y el factor de atribución, consideramos los siguientes:

NOVENO: Nexo de causalidad. Los daños sufridos por la demandante, se han producido como consecuencia del impacto que la acción inferida por el demandado Renato Andrés Salazar Málaga, al haber disparado desde su techo un balín ... hecho que se encuentra corroborado por los medios probatorios mencionados en el considerando quinto; asimismo, conforme aparece del Expediente Nro. 2005-3196 acompañado como medio probatorio de oficio, de los exámenes de balística de fojas treinta y tres y treinta y cuatro y el croquis de ubicación de fojas ciento veinticuatro se advierte que la trayectoria del proyectil (balín) fue de este a oeste, lo cual concluye con el informe técnico de balística del proyectil forense de fojas sesenta y ocho y sesenta y nueve del mismo expediente

en el que se tiene que el domicilio del codemandado Renato Andrés Salazar Málaga, dista a sesenta y cuatro metros de la casa de la agraviada, hechos que constituyen indicios suficientes que el disparo fue realizado por el referido codemandado. (Sentencia N° 163-2009-11JEC)

Entonces, en el caso bajo comentario se ha acreditado la existencia del nexo causal (entendido como vinculación entre la actuación del demandado Renato Salazar y el daño sufrido por la demandante Nancy Contreras) y, en consecuencia, ello dará lugar a la obligación de reparar el daño por parte del demandado (según el criterio adoptado por el juez). Sin embargo, es cuestionable que no se haya establecido una responsabilidad solidaria del menor junto con sus padres en virtud del artículo 1975, toda vez que al momento de la generación del daño, el autor del mismo era menor de edad. Al respecto, y en relación al análisis efectuado teniendo en cuenta factor de atribución (el cual debería ser objetivo), el referido Décimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa, ha resuelto lo siguiente:

DECIMO: Factor de atribución: Si bien en el caso de autos los demandados alegan que no ha acreditado que el demandante haya sido el autor del disparo que ocasionó el daño a la demandante; sin embargo, no han desvirtuado las pruebas que obran en autos; por lo que, teniendo en consideración que para la responsabilidad extracontractual se ha invertido la carga de la prueba, por lo que son los demandados los que deben acreditar haber actuado con diligencia, se acredita que existe culpa inexcusable por parte de los demandados en la producción del daño. (Sentencia N° 163-2009-11JEC)

Al respecto, el juez aplicó el factor de atribución subjetivo, basado en la culpa, no correspondiendo su aplicación en el presente caso. Por el contrario, el factor de atribución que es empleado es el objetivo, en virtud del artículo 1975. Entonces, para el juez debió ser irrelevante si los padres del menor actuaron diligentemente, puesto que el factor de atribución objetivo excluye de manera definitiva cualquier posibilidad de entrar a analizar el dolo o la culpa.

No es idóneo, entonces, hablar de “culpa inexcusable”. En primer lugar, porque el factor de atribución es objetivo y, por otro lado, en el ámbito de la responsabilidad

extracontractual, no existe gradación de la culpa. Vale decir, a diferencia de la responsabilidad contractual (que prevee distintos niveles de culpa), en la responsabilidad extracontractual se emplea la culpa “a secas”. Como advierte acertadamente Espinoza Espinoza (2016):

Acá quien tiene “culpa inexcusable” es el juez que redactó y firmó esta sentencia: en primer lugar, la responsabilidad de los padres por el hecho de los incapaces de ejercicio es de naturaleza objetiva. No hay inversión de la carga de la prueba y el parámetro de diligencia es irrelevante y extraño a este tipo de responsabilidad. (pp. 552)

Por último, otro aspecto que llama la atención en la sentencia bajo comentario es el que pasamos a exponer a continuación:

La demandante inicia la presente acción contra Renato Andrés Salazar Málaga, y en forma solidaria contra sus padres Percy Jaime Salazar Alarcón y Miriam Vilma María Málaga Cornejo de Salazar, aduciendo que a la fecha de la comisión de hechos, el demandado Renato Salazar era menor de edad; sin embargo, teniéndose presente que la acción que dio origen al presente proceso, fue iniciada el año dos mil seis, es decir cuando el demandado Renato Salazar ya era mayor de edad siendo responsable por la comisión de sus actos, se debe declarar infundada la demandada en el extremo que se pretende los daños y perjuicios por responsabilidad vicaria de los demandados Percy Jaime Salazar Alarcón Y Miriam Vilma María Málaga Cornejo de Salazar, en mérito de los fundamentos que anteceden (Sentencia N° 163-2009-11JEC).

Así, puede advertirse otro error en el que ha incurrido el juez, toda vez que la fecha en que se interpone la demanda es irrelevante si se trata de encontrar a un responsable civilmente. Por el contrario, lo realmente importante es el momento en que se genera el daño, toda vez que el juicio de responsabilidad empieza a partir del mismo.

Por consiguiente, si el daño se produjo cuando el demandado Renato Salazar era menor de edad, es evidente que entra en aplicación el artículo 1975 (en vista de que actuó

con discernimiento), por lo que deberán responder tanto el menor como sus padres de manera solidaria. Así lo entiende Juan Espinoza (2016), quien señala acertadamente que:

El error en el que incurre el juez es *ictu oculi*: El juez debe remontarse al momento en el cual ocurrió el daño. El juicio de responsabilidades por el hecho que el 23.05.03 un menor de edad causó un daño y por ello, sus padres también deben responder objetivamente ex art. 1975 c.c. El transcurso del tiempo ... no elimina esta responsabilidad. (p. 553)

A pesar de lo advertido anteriormente, el error fue mantenido por la sentencia Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fecha 23.08.2010, la cual resolvió en confirmar la sentencia en primera instancia, que declara fundada la demanda de indemnización por daños y perjuicios en contra de Renato Salazar Málaga con todo lo que contiene. Asimismo, la Sala decidió revocar la sentencia en primera instancia en el extremo en que declara infundada la pretensión de responsabilidad vicaria de los padres del co-demandado Renato Salazar Málaga. Su principal argumento fue el siguiente:

6.2.- Respecto a la apelación de la demandante: Que este colegiado, luego de la revisión del proceso estima que en el caso de autos se ha producido la figura jurídica de la responsabilidad indirecta o vicaria, debido a que este proceso de indemnización tiene como antecedente inmediato el proceso de infracciones dos mil cinco – tres mil ciento noventa y noventa y seis seguido ante el Primer Juzgado de Familia, (el mismo que se tiene a la vista al momento de absolver el grado) siendo que a la fecha de la interposición de esa demanda por la representante del Ministerio Público, siete de abril del año dos mil cinco, el co-demandado Renato Salazar Málaga contaba con diecisiete años de edad, es decir era aún menor de edad, con discernimiento, resultando perfectamente de aplicación el supuesto normativo establecido en el artículo 1975 del Código Civil ... actualmente el fundamento es un factor de atribución objetivo totalmente ajeno a la noción de culpa del representante legal, quien no puede liberarse de responsabilidad civil invocando su ausencia de culpa, una vez verificado el

cumplimiento de ambas clases de requisitos legales, tanto los generales como los especiales. (Resolución N° 68 (SIETE-1SC), 2010)

Entonces, si bien es cierto que la Sala subsana el error cometido por el Juzgado, al señalar que tanto Renato Salazar como sus padres son solidariamente responsables en virtud del artículo 1975, nuevamente se ha omitido señalar que lo realmente relevante es el momento de la realización del daño. Juan Espinoza (2016) es claro al advertir que: “la fecha relevante para determinar la responsabilidad objetiva de los padres es la del momento en que se produjo el daño y no la de la interposición de la demanda por la representante del Ministerio Público” (p. 553).

Entonces, es de advertirse que los actualmente derogados artículos 1975¹⁶⁹ y 1976¹⁷⁰ constituían, en primer lugar, una desventaja (por no decir desincentivo) para quienes asuman la función de representante legal, puesto que se les exigía prácticamente ejercer un cuidado permanente sobre su representado y; en segundo lugar, ocasionaba una severa complicación para los jueces encargados de aplicar dichos artículos (como se ha podido apreciar en el caso expuesto líneas arriba, donde el juez que redactó la sentencia en primera instancia consideró al momento de resolver un factor netamente subjetivo: la culpa, pasando por alto que el factor de atribución que corresponde aplicar es el objetivo). En consecuencia, y arribando a una conclusión conjunta de ambos artículos, Fernando De Trazegnies (1988) es de la opinión de que los preceptos normativos bajo análisis no han tenido en cuenta una serie de situaciones que pueden darse en la vida diaria, afirmando lo siguiente:

Las normas de los artículos 1975 y 1976 no distinguen ahí donde deberían haber distinguido entre distintas situaciones con diferente estructura de lazos humanos,

¹⁶⁹ Artículo 1975.- La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable. (*)

(*) Artículo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

¹⁷⁰ Artículo 1976 del Código Civil peruano.-

No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal. (*)

(*) Artículo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

lealtades y garantías: que un padre responda por los daños cometidos por el hijo parece normal; en cambio, que un curador – que a veces es el abogado de la familia o un funcionario – responda civilmente por todos los daños automovilísticos cometidos por el pródigo o por el que incurre en mala gestión o aun por el sordomudo, la cosa no parece tan clara. (p. 414)

Es así que, en nuestra opinión, era necesario un cambio en la redacción de los artículos 1975 y 1976, con la finalidad de establecer un criterio que sea menos severo respecto del representante legal del incapaz. Vale decir, un criterio de imputación subjetivo, el mismo que le permita verse eximido de responsabilidad en caso de que el mismo acredite que su actuación ha sido apegada a sus deberes (con la debida diligencia exigible en cada situación en particular).

Sin embargo, lo que el Decreto Legislativo N°. 1384 ha hecho es derogar los artículos bajo comentario e implementar el artículo 1976-A¹⁷¹, el cual será materia de análisis en los capítulos posteriores.

2. Daños generados por la persona que cuenta con Apoyo

En primer lugar, debemos advertir que bajo la perspectiva de la actual redacción del artículo 1976-A¹⁷², es indiferente si la persona carente de discernimiento contaba o no con apoyo al momento de la generación del evento dañoso, toda vez que bajo ambos supuestos se verá obligada de responder civilmente de manera individual, es decir, que el Apoyo no se verá obligado a la reparación del daño bajo ningún supuesto.

Por otro lado, cabe señalar que, como se advirtió anteriormente, la persona carente de discernimiento, al haber adquirido una capacidad de ejercicio plena, tras la entrada en vigencia del D.L. N° 1384, se encontrará también en la aptitud de responder civilmente

¹⁷¹ Artículo 1976-A del Código Civil peruano.-

La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo, teniendo derecho a repetir contra él. Las personas comprendidas en el artículo 44 numeral 9 no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa.

¹⁷² Artículo 1976-A del Código Civil peruano.-

La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo, teniendo derecho a repetir contra él. Las personas comprendidas en el artículo 44 numeral 9 no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa

por los daños que le ocasione a otra persona, lo que equivale a decir, que dicha persona es imputable, por lo que se encuentra en la actitud de responder civilmente por el daño que ocasione. Así, dicha situación dará lugar a la responsabilidad civil extracontractual.

El daño, entendido como un menoscabo, un perjuicio a una situación patrimonial o no patrimonial. Una vez que este se produce, constituye determinar si este implica lo que voy a dejar de percibir (lucro cesante), debido a su producción; o las consecuencias inmediatas de la generación del evento dañoso (daño emergente). En ambos supuestos, corresponde la evaluación del daño patrimonial. Respecto al daño no patrimonial, corresponde la evaluación del daño moral, por lo que correspondería determinar si realmente hay angustia, dolor, sufrimiento, aflicción.

A su vez, el daño es el elemento principal de la responsabilidad civil, pero no el único. Como señala Guido Alpa (2016): el daño es una pieza clave del ilícito; toda vez que este último no puede verse configurado si es que no se acredita la existencia de un daño (p. 780). Por otro lado, es importante partir de una distinción entre daño y perjuicio. Al respecto, Philippe Brun (2009) señala que: “El daño es la lesión a la integridad de una persona o a una cosa, mientras que el perjuicio se encuentra dentro de las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales de dicha lesión” (Como se citó en Espinoza Espinoza, 2016, p. 300).

Existen una serie de voces sobre daños en nuestro Código Civil, tales como daño emergente, lucro cesante, daño moral y daño a la persona. Al respecto, Raffaella De Matteis (1985) distingue: “daño evento (lesión del interés tutelado) del daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral)” (como se citó en Espinoza Espinoza, 2016, p. 300). Por tanto, el daño, además de consistir en la lesión del interés que se encuentra protegido, deriva también, como señala Espinoza Espinoza (2016): “en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido” (p. 299). A su vez, la generación del daño genera el deber del agente dañante de repararlo, atendiendo a la función resarcitoria de la responsabilidad civil, cuyo deber consiste en tutelar a la víctima. Por su parte, Patrice Jourdain (2014) afirma lo siguiente:

El principio de reparación integral del daño se deduce del objeto mismo de la responsabilidad civil que es el de restablecer, en tanto ello sea posible, el equilibrio destruido por el daño y de restablecer a la víctima en la situación

anterior. Se manifiesta esencialmente cuando el juez asigna la reparación e impone entonces que la víctima reciba el exacto equivalente del daño: *¡todo el daño y nada más que el daño!* . (Como se citó en Espinoza Espinoza, 2016, p. 373)

Es entonces un principio en la responsabilidad civil extracontractual, la cual contempla, la vulneración del deber genérico de no dañar: *neninem laedere*. Los artículos 1969¹⁷³ y 1970¹⁷⁴ del nuestro Código Civil contemplan el factor de atribución subjetivo y objetivo de responsabilidad civil, respectivamente. Ambos dirigidos a establecer el deber de reparar el daño respecto de quien lo ocasiona.

2.1 Daño emergente y lucro cesante

En primer lugar, cabe precisar, que tanto el daño emergente como el lucro cesante constituyen daños de naturaleza patrimonial. De conformidad con Espinoza Espinoza (2016), el daño patrimonial es definido como “la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada” (p. 300).

El daño emergente implica el gasto en el que debe incurrir la víctima para regresar al estado anterior a la realización del evento dañoso. En palabras de Espinoza Espinoza (2016), el daño emergente: “Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado ... por haber sido afectado por acto ilícito” (pp. 300-301).

Ahora bien, el lucro cesante, constituye la utilidad lícita dejada de percibir o, en palabras de Espinoza Espinoza (2016), “Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito” (pp. 300-301). Por su parte, Massimo Bianca (1994) señala que el lucro cesante es: “la ganancia patrimonial neta dejada de percibir” (Como se citó en Espinoza Espinoza, 2016, p. 301). Sin embargo, es un requisito indispensable el hecho de que debe haber sido

¹⁷³ Artículo 1969 del Código Civil peruano.-

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

¹⁷⁴ Artículo 1970 del Código Civil peruano.-

Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

inminente el ingreso al patrimonio de la víctima del daño, la utilidad referida anteriormente, lo cual equivale a decir, como señala Espinoza Espinoza (2016), que: “el daño patrimonial (dentro del cual está el lucro cesante) debe ser cierto” (p. 303). Lo cual tiene que ver inminentemente con el nexo causal, definido como la vinculación entre el evento dañoso y el daño. De conformidad con Giuseppe Monateri (1998), el término “daño cierto” implica lo siguiente:

El daño debe estar en relación de causalidad con su hecho productivo. Por ello, se tiene un daño cierto cuando, sobre la base de la regularidad estadística y de la normalidad con la cual los elementos resultan concatenados entre ellos, se puede afirmar que cierto daño descende de los hechos productivos que integran la lesión de la víctima. (Como se citó en Espinoza Espinoza, 2016, p.303)

Para Naveira Zarra (2004), el lucro cesante se encuentra conformado por aquellos “perjuicios que se concretan en la falta de adquisición de bienes que deberían haber ingresado en su patrimonio, pero que no lo han hecho a causa del evento dañoso” (p. 62).

En vista de que, tanto el daño emergente como el lucro cesante, constituyen daños que son de naturaleza patrimonial, es necesario hacer una revisión conjunta de ambos términos.

En primer lugar, Naveira Zarra (2004) señala que: “el daño emergente será la pérdida sufrida y el lucro cesante, la ganancia dejada de obtener ... por el perjudicado” (p. 59). Por su parte, García Huayama (2019) señala que el daño emergente “está constituido por la disminución patrimonial sufrida por el perjudicado a consecuencia del hecho dañoso”, mientras que el lucro cesante viene a ser definido como “aquel ingreso o ganancia neta frustrada a consecuencia del acto dañino” (p. 190). Al respecto, cabe señalar que ambos tipos de años pueden concurrir en el mismo evento dañoso, generado por una persona sin discernimiento. En consecuencia, dicha persona se encontrará en la obligación de reparar el daño respecto de ambos extremos. Como señala Naveira Zarra (2004):

La realidad pone de manifiesto que el hecho del responsable puede dar lugar, no sólo al *menoscabo o destrucción de un bien que ya pertenecía al perjudicado*, sino que puede implicar, igualmente, *la falta de consecución o de materialización*

de una ganancia que habría ingresado en su patrimonio de no haber tenido lugar el hecho lesivo, resultando dañado, en ambos casos, el interés patrimonial respectivo. Y, en coherencia con la función reparadora de la responsabilidad civil, que tiene por objeto reponer al perjudicado en la situación en que se encontraría si el hecho dañoso no se hubiera producido, esos dos componentes del daño patrimonial habrán de ser reparados, en tanto en cuanto se concreten en el mundo real. (p. 60) [cursivas añadidas]

Un término trascendente al momento de comparar el daño emergente con el lucro cesante, resulta ser el “valor económico”, en vista de que su presencia y ausencia respecto del patrimonio de la víctima del daño, es relevante para determinar si estamos ante un caso de daño emergente o, por el contrario, de lucro cesante. Como señala García Huayama (2019): “Se aprecia que a diferencia de lo que ocurre con el daño emergente, donde el valor económico salió o saldrá del patrimonio, en el lucro cesante, el valor económico no entró o no entrará en el patrimonio del perjudicado” (pp. 190-191).

Por su parte, Medina Crespo sigue el mismo criterio, afirmando que en ambos supuestos, es decir, en caso de daño emergente o lucro cesante, encontramos un factor común: el empobrecimiento patrimonial. Adicionalmente a ello, en el lucro cesante, el empobrecimiento tiene como factor principal la causa de enriquecimiento patrimonial. En el daño emergente, la disminución patrimonial se debe a que algo es excluido del patrimonio. Por el contrario, en el lucro cesante, algo no se ve incluido en él. Por consiguiente, ese algo viene a ser la utilidad, que en el caso de daño emergente, ya formaba parte del patrimonio; y en el lucro cesante, al no haberse logrado, no llega a enriquecer el patrimonio (p. 15).

Otro criterio para distinguir el daño emergente del lucro cesante lo encontramos en el interés afectado, es decir, si este último es presente o futuro, por lo que dará lugar al daño emergente o al lucro cesante, respectivamente. Este es el criterio seguido por De Cupis (1975), quien señala que:

Si el objeto del daño es un interés actual, o sea, el relativo a un bien que ya corresponde a una persona en el instante en que el daño se ha ocasionado, se tiene un daño emergente; pero, si por el contrario, el objeto del daño es un interés

futuro, es decir, el relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona, se tiene un daño lucro cesante (p. 312-313).

Nótese que el referido autor hace referencia a la afectación del interés de la víctima, mas no a las consecuencias del daño. Naveira Zarra (2004) advierte que no debemos caer en el equívoco de señalar que el daño emergente es un, valga la redundancia, daño presente, y el lucro cesante, es únicamente un daño futuro; en vista de que el primero de estos consta de una supresión de un bien perteneciente al patrimonio de la víctima; y el segundo, de una utilidad no suministrada en su patrimonio (p. 60). Por lo que cabe concluir que, como advierte De Cupis (1975): "daño emergente puede ser tanto presente como futuro y lo mismo se puede referir para el lucro cesante" (pp. 320). En esa misma línea, García Huayama (2019) señala que:

Es equivocado asumir que el daño emergente siempre se identifica con un daño actual y que el lucro cesante invariablemente corresponde a daño futuro. El momento para considerar la actualidad y futuro del daño está determinado por la sentencia. Desde esta perspectiva tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser presentes o futuros. (p. 192)

Si establecemos un orden cronológico, partiendo desde la producción del evento dañoso, encontramos que el daño es siempre posterior a este. Por lo que el evento constituye la causa, y el daño viene a ser la consecuencia. Sin perjuicio de ello, si queremos determinar si un daño es presente o futuro, pudiendo en ambos supuestos tratarse tanto de un daño de emergente como un lucro cesante, será necesario remitirnos al momento de emisión de la resolución judicial correspondiente.

Como señalan Trigo Represas y López Mesa (2004): si partimos de la premisa de que todo daño se produce debido a una acción u omisión, este siempre se produce luego del suceso producido a raíz de dicha acción u omisión. Sin perjuicio de ello, si nos remitimos a una división de los daños en presentes y futuros, el momento del examen es el de la expedición de la resolución judicial que se pronuncia respecto de dichos daños (pp. 451). El mismo criterio es seguido por De Trazegnies Granda (2001), quien señala lo siguiente:

Sin embargo, debemos reiterar que esto no significa que el daño emergente sea presente, mientras que el lucro cesante es futuro. La fecha para considerar el pasado, presente y futuro en este caso es la sentencia. *Desde esta perspectiva tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser pasados, presentes o futuros.* El lucro cesante es siempre futuro con respecto al daño. Pero entre esa fecha y la sentencia puede haberse producido un lucro cesante que ya será considerado como pasado y además cabe la posibilidad de que las consecuencias del daño sigan afectando en adelante la posibilidad de ganancias futuras. (p. 37) [cursivas añadidas]

En el ámbito probatorio, resulta más sencillo determinar la existencia de un daño emergente, no siendo este el caso respecto del lucro cesante. Como señala Naveira Zarra (2004): la presencia del daño emergente se evidencia en el detrimento de un bien, o de un derecho, que pertenecía a la víctima, al momento de la realización del evento dañoso. En atención a ello, es fácilmente perceptible mediante el cotejo del “estado de los bienes y derechos que el perjudicado tenía antes y después del evento lesivo” (p. 62).

En contraposición a ello, la determinación de la existencia del lucro cesante resulta más compleja, en vista de que debe dilucidarse si era inminente el ingreso de la utilidad lícita al patrimonio de la víctima. Este es el criterio seguido por Medina Crespo, quien afirma autorizadamente que el lucro cesante tiene su principal fundamento “en un juicio de probabilidad y no de seguridad, entendiéndose que es ganancia frustrada la que era de esperar de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos o regularidad de las cosas” (p.16).

Sin embargo, no debe admitirse una rigurosidad excesiva respecto a la acreditación de la existencia del lucro cesante. Como señala Zavala de González (1991): “el lucro cesante debe ser cierto, pero esta certeza es siempre relativa, pues se apoya en un juicio de probabilidad, que comprende lo verosímil, sin llegar a lo seguro, necesario o infalible” (p. 260). Por nuestra parte, consideramos que la acreditación de la existencia del lucro cesante está relacionada directamente con la vinculación entre el hecho dañoso y el no ingreso de la utilidad, que por cierto debe ser lícita, en el patrimonio de la víctima del daño. Por lo que corresponderá al juez evaluar tal situación en cada caso concreto.

Como se advirtió anteriormente, el lucro cesante puede ser presente o futuro, en función del momento de la emisión de la sentencia. Por lo que antes de dicha expedición, el lucro cesante será pasado, por el contrario, con posterioridad a la expedición será futuro. De conformidad con Elorriaga De Bonis (2002):

El lucro cesante puede ser pasado o futuro. La distinción entre uno y otro viene marcada por la existencia de un proceso judicial en el que se pretende hacer efectiva la responsabilidad civil del agresor. *Desde este punto de vista, el lucro cesante pasado está constituido por las ganancias o utilidades frustradas con anterioridad al proceso judicial, concretamente hasta antes de la sentencia; y el lucro cesante futuro es el que se produce más allá de la conclusión del proceso.* (p. 58) [cursivas añadidas]

A su vez, en función al momento expedición de la sentencia, el daño emergente también podrá ser presente o futuro. Cabe señalar que el daño futuro aparece cuando ya demandaste. A manera de ejemplo, Yzquierdo Tolsada (2015) nos plantea el caso de un accidente vehicular, que generó una serie de lesiones en el cuerpo de las víctimas, tenemos las siguientes consecuencias: a) “daño emergente actual”: lo constituye el costo de arreglar el automóvil y los gastos médicos en los que incurrieron las víctimas previo a la conclusión del proceso, b) “lucro cesante actual”: son aquellas utilidades que no ingresan al patrimonio de las víctimas, debido a la incapacidad para laborar ocasionada por las secuelas del accidente, c) “daño emergente futuro”: aquellos gastos en los que deberán incurrir las víctimas con posterioridad a la emisión de la sentencia, derivados de su incapacidad permanente y d) “lucro cesante futuro”: vienen a ser las utilidades que no ingresarán al patrimonio de las víctimas con posterioridad a la emisión de la sentencia, es decir, tras finalizar el proceso judicial, debido a su incapacidad permanente para realizar por cuenta propia para llevar a cabo acciones lucrativas (p. 167). En lo que respecta a la jurisprudencia peruana, por el contrario, encontramos que los daños emergentes y lucros cesantes pueden ser tanto pasados como futuros. Así, se afirma autorizadamente que:

1. Mientras en el daño emergente un bien sale o saldrá de la esfera patrimonial de la víctima; en el lucro cesante un valor no ingresa o no ingresará al referido patrimonio. Por ello no es posible identificar daño emergente con el perjuicio

pasado y lucro cesante con el futuro, pues no es el tiempo de su producción lo relevante para distinguirlos, sino que salga o no ingrese algún bien patrimonial a la esfera económica del sujeto perjudicado.

2. De allí que pueda existir daño emergente y lucro cesante pasados o futuros, respectivamente: daño emergente pasado: reintegro de gastos efectuados; daño emergente futuro: sumas que salen del reclamante en fecha posterior al momento de la liquidación y pago; lucro cesante pasado: lo que se dejó de percibir desde la producción del daño hasta la liquidación; lucro cesante futuro: lo que se deja de percibir desde la liquidación hasta la finalización del período indemnizable.

(Casación Civil N° 1318-2016- 2017)

2.2 Daño a la persona y daño moral

En primer lugar, cabe señalar que tanto el daño moral como el daño a la persona son de naturaleza extrapatrimonial. Son diversas las concepciones que se tienen respecto de ambos conceptos. Como señala Juan Espinoza (2019): “la doctrina no se manifiesta uniforme respecto del significado de los términos “daño a la persona” y “daño moral”. Unos opinan que se tratan de categorías sinónimas, otros las distinguen” (p. 1027).

En primer lugar, el daño moral constituye una angustia, dolor, sufrimiento o aflicción; que padece la víctima como consecuencia de la generación del evento dañoso. Como señala Carbonnier (1971): “El concepto de daño moral tiene aplicación natural allí donde se lesiona uno de los derechos denominados extrapatrimoniales o primordiales (derecho al nombre, a la propia imagen, al honor y a la consideración)” (p. 66).

Por su parte, para León Hilario (2017), el daño moral es definido como: “el menoscabo del estado de ánimo, padecimiento interior o sentimiento de desasosiego que subsigue a la comisión de un hecho general de responsabilidad civil” (p. 348)”. A su vez, para Scognamiglio (1960): “Deben considerarse daños morales ... aquellos que se concretan ... en la lesión de los sentimientos, de los afectos de la víctima, y por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso” (Como se citó en León Hilario, 2017, p. 348). Por su parte, Arrigo (2002) diferencia dos conceptos referidos al daño moral, afirmando que:

Dentro la categoría de daño moral, se distingue el daño moral subjetivo, que lo sufre de manera directa el propio sujeto, del daño moral afectivo, entendido como la lesión a la relación afectiva respecto de sujetos, animales o bienes. (Como se citó en Espinoza, 2019, p. 1022)

Al respecto, Espinoza Espinoza (2019) propone como ejemplo de daño moral subjetivo, el caso de “la pérdida de un cónyuge, o del conviviente, de un hijo o un padre”, y respecto del daño moral afectivo, encontramos el caso de la “pérdida de una mascota particularmente vinculada a una persona anciana y sola” (pp. 1022-1023). Por otro lado, Osterling Parodi y Cárdenas Quirós (1985) definen al daño moral como aquel “daño no patrimonial, es el inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que de la realidad económica” (p. 449). Por su parte, en palabras de Rueda Fonseca (2007):

El daño moral o *pretium doloris* es un derecho tutelable que no se encuentra dentro del ámbito de lo patrimonial, es un interés humano que escapa a lo patrimonial ... Comporta el fuero interno del individuo, hace parte del patrimonio del ser. (p. 46)

Por otro lado, encontramos el concepto de daño a la persona, el cual, a nuestro parecer, resulta ser más amplio que el daño moral, por las razones que pasamos a exponer a continuación. En primer lugar, Fernández Sessarego (2016) desprende dos vertientes del denominado daño a la persona, señalando que:

El daño a la persona puede distinguirse en daño psicosomático y daño a la libertad. El daño psicosomático es aquel que, como su nombre lo pone en evidencia, incide en algún aspecto de la unidad psicosomática constitutiva del ser humano. *Se puede lesionar cualquier de los múltiples aspectos que componen o integran esta no escindible unidad, ya sea que el daño afecto directa o primariamente al soma o cuerpo o que lesione primaria y directamente a la psique.* Está de más decir que, siendo el ser humano una unidad psicosomática, todo lo que agravia al soma o cuerpo repercute, en alguna manera y en cierta medida, en el soma o cuerpo. (p. 603) [cursivas añadidas]

Por tanto, el daño a la persona, en nuestra opinión, abarca tanto el daño a cuerpo o soma, y a la psique de la persona, es decir, el daño moral. Por ende, conforme a lo señalado por el referido autor, el daño moral está incluido dentro del daño a la persona. En esa misma línea, León Hilario (2017) define al daño a la persona, como “la lesión de la integridad psíquica y física o el menoscabo, considerado en sí mismo, de la salud del individuo” (p. 348).

Además, Portigliatti-Barbos (1960) define al daño a la persona como “la consecuencia de toda modificación negativa (extrínseca o intrínseca, general o particular, temporal o permanente) que afecte la integridad anatómica o funcional del individuo, considerado como entidad somática y psíquica” (Como se citó en León Hilario, 2017, p. 349). Por su parte, Cárdenas Quirós (1989) equipara el daño a la persona, al daño subjetivo, señalando que:

Resulta más propio referirse al “daño subjetivo”, esto es, al daño ocasionado al sujeto de derecho, en sustitución a las expresiones “daño a la persona” o “daño personal”, que resultan estrechas para incluir todas las situaciones que puedan configurarse. De este modo, se colocaría al sujeto de derecho como punto medular de referencia para formular la distinción entre uno y otro daño, alejándonos de la clasificación que distingue al daño en patrimonial y no patrimonial y que tiene como eje al patrimonio. (p. 78)

Por tanto, partiendo de la distinción entre daño subjetivo y daño objetivo, el primero de estos viene a ser el daño al sujeto de derecho y, en cambio, el segundo viene a ser el daño vinculado a las cosas. Así, en lugar de la distinción que pone como punto central al patrimonio (daño patrimonial y no patrimonial), el uso del término subjetivo, quiere decir que se pone como punto central a la persona. Espinoza Espinoza (2019) se encuentra conforme con dicho criterio, afirmando que respalda:

... la posición que ubica al hombre como eje y centro del Derecho, sin embargo, la expresión más feliz para el daño patrimonial, debería ser la del “daño objetivo”, por cuanto, al ocasionar merma, justamente, a los objetos de derecho, éste se puede determinar exactamente. (p. 1029)

Sin embargo, la inclusión del daño a la persona en el CC de 1984 implicó una serie de críticas a nivel doctrinal. Así, el artículo 1985¹⁷⁵ de nuestro CC tiene previstos tanto al daño moral como al daño a la persona. Estableciendo una vinculación entre ambos términos, Fernández Sessarego (2009) realiza un enfoque del daño moral desde dos perspectivas, señalando que:

En efecto, existen al menos dos acepciones del concepto daño moral. Una amplia, que se confunde con la de daño a la persona en cuanto refiere a cualquier atentado contra los derechos de la personalidad y otra, más usual en nuestro medio, que la restringe a una dimensión afectiva, al dolor o al sufrimiento que experimenta la persona. (p. 473)

Para Retamozo Escobar (2015), señala que el daño a la persona implica una variación respecto de cada sujeto, por lo que sus consecuencias son distintas respecto de cada uno. Así, para la referida autora, el daño a la persona es definido como:

La lesión de la integridad física y psíquica del ser humano (desde su concepción hasta su muerte), no como un daño abstracto y uniforme a todos los seres humanos, sino como un daños con consecuencias variadas que deber ser valoradas de manera diferenciada según las específicas circunstancias de cada víctima (edad, sexo, condiciones de salud, etc) (...) en ese contexto, el daño moral, excluyendo la integridad psicofísica del ser humano, se configura por la lesión de los sentimientos, allí donde sea posible, lo que da lugar al *pretium doloris*.(p. 203)

Por su parte, León Hilario (2004) propone el siguiente ejemplo, respecto del daño a la persona:

El daño a la persona es mucho más sencillo de entender; es un atentado contra la integridad de un derecho individual, o una lesión a la personalidad. Un individuo resulta herido a causa de la caída de un objeto desde la ventana de un edificio

¹⁷⁵Artículo 1985º del Código Civil peruano.-

La indemnización debe ser integral, comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante y el daño a la persona, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

cerca al cual transitaba; estará legitimado, entonces, a ser indemnizado por los gastos médicos: se ha infringido su derecho a la integridad física (art. 2, inc. 1, de la Constitución), o bien a la protección de la salud (art. 7 de la Constitución); un comerciante individual o una empresa es insultado públicamente, y queda legitimado, por ende, a ser indemnizado por la lesión a su reputación (art. 2, inc. 7, de la Constitución), que es parte de su personalidad (p. 10).

Por tanto, somos de la opinión de que corresponde eliminar el término “daño moral” del artículo 1985 del CC, toda vez que se encuentra incluido dentro del “daño a la persona”.

En consecuencia, desde nuestra perspectiva, usar ambos términos en el referido artículo constituye una redundancia innecesaria. Fernández Sessarego (2016), explicando el contexto bajo el cual el daño a la persona fue incluido en nuestro CC, señala que:

Lamentablemente, no fue posible, por la estrechez del tiempo transcurrido entre la incorporación del daño a la persona en el artículo 1985 y la promulgación del Código, eliminar del texto de este numeral la alusión al “daño moral” que (...), en cuanto dolor o sufrimiento (*pretium doloris*) es un daño psíquico de carácter emocional, por lo que está comprendido dentro de la générica voz de “daño a la persona”. (p. 620)

Por otro lado, recurriendo nuevamente a Fernández Sessarego (1996), encontramos el contexto de la accidentada inclusión del daño a la persona en nuestro CC. El referido autor afirma que:

Pocos días antes de la promulgación del Código, fijada para el 24 de junio de 1984, se celebró con fecha 3 del mismo mes en del despacho del ministro de Justicia de aquel entonces, profesor Max ARIAS SCHREIBER, una reunión de coordinación con los integrantes de la Comisión Revisora, con la finalidad de dar los últimos retoques al ya aprobado Proyecto de Código. A esta reunión fuimos invitados por el ministro junto con algunos pocos otros miembros de la Comisión Reformadora. Fue en aquella reunión del 3 de julio de 1984 –es decir, 21 días antes de la promulgación del Código– que se logró introducir en el artículo 1985 el daño a la persona al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral

que aparecían en este numeral. No se pudo lograr lo más: eliminar del texto de este artículo, por repetitiva, la voz daño moral. Era peligroso insistir en este sentido, ya que se corría el riesgo de reabrir un debate que podría haber concluido con la confirmación del acuerdo adoptado en precedencia por la Comisión Revisora. Es decir, la no inclusión del daño a la persona. Preferimos, ante esta eventualidad y con sentido común lo bueno en lugar de lo óptimo (pp. 63-64)

A nivel jurisprudencial, encontramos el Tercer Pleno Casatorio Civil, emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República que, con fecha 18 de marzo de 2011, respaldó la inclusión del daño moral, dentro del daño a la persona, afirmando lo siguiente:

Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral. Este viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona. En el caso que no ocupa, estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor. (Casación Civil N° 4664-2010, 2010)

Como se advirtió anteriormente, la relación entre daño a la persona y daño moral, en nuestra opinión, es de género a especie. Así, el daño moral comprende las aflicciones que padece la persona en su fuero interno. Por su parte, León Hilario (2004) propone el siguiente ejemplo, respecto del daño moral:

Si alguien destruye un retrato que es considerado de gran valor para su propietario, además de las consecuencias económicas, que podrían ser ínfimas o nulas (porque ¿cuánto, al fin y al cabo, puede valer una pintura o fotografía vieja, que no porte la firma o imagen de algún notable?), se generará una reacción negativa, un sufrimiento, en el intangible e inescrutable estado de ánimo del afectado. Éste es el daño moral, en principio inestimable, pero que el juez debe cuantificar, en una operación ponderativa bastante delicada ... (p.10)

Retomando el análisis de la relación entre el daño moral y el daño a la persona, Fernández Sessarego (2003), respalda nuestra opinión, que consiste en que el daño moral se encuentra incluido dentro del daño a la persona, afirmando que:

El mal llamado daño “moral” no es una instancia autónoma o diferente del “daño a la persona” sino que se trata de la lesión a uno de los aspectos psíquicos no patológicos de la misma, de carácter emocional. De ahí que, a la altura de nuestro tiempo, carece de significado seguir refiriéndose obstinadamente a un supuesto daño “moral”. Lo que se daña son los *principios morales* de una persona. Este específico daño al bagaje moral causa, en la persona que lo sufre, perturbaciones psíquicas de distinta magnitud e intensidad, generalmente no patológicas. En síntesis, *a propósito de un agravio a los principios morales lo que se daña, por las perturbaciones que origina, es la esfera psíquica del sujeto. De ahí que el mal llamado daño “moral” – que es exquisitamente jurídico – se incorpora como un específico aspecto del más amplio espectro del genérico “daño a la persona” en la categoría de “daños psicosomáticos”, preponderantemente de carácter psíquico.* (p. 16-17)

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, hay posturas que discrepan de lo expuesto anteriormente, es decir, que conciben al daño moral y el daño a la persona como dos conceptos diferentes entre sí, por lo que lo que son independientes y no deben confundirse. Ello en vista de que ambos se encuentran previstos en el art. 1985 de nuestro CC. Por tanto, se trata de dos categorías totalmente distintas. Como señala Taboada Córdova (2003):

Nos parece muy importante la eliminación de la categoría del daño moral, para hacer referencia únicamente al daño a la persona, pero no nos parece convincente. Más aun, la regulación del Código Civil peruano mantiene la diferencia entre ambas categorías de daños, *lo que significa que hoy por hoy no podemos adherirnos a la posición que sostiene que el daño moral debe desaparecer para referirnos solamente al daño a la persona.* (p. 69) [cursivas añadidas]

Por su parte, Meza Flores (2018) propone tratar al daño moral como un sinónimo del daño extra patrimonial, señalando que: “al tratarse del daño moral en sentido amplio, este es asimilado como una categoría sinónima a la de daño extrapatrimonial, la cual puede contener cualquier daño referido a afectaciones de bienes y/o intereses no patrimoniales” (p. 96). Por tanto, desde una concepción amplia, el daño moral incluye al daño a la persona. Al respecto, Francesco Gabba (1898) propone dos definiciones, en

sentido estricto y en sentido lato, siendo la segunda de estas la que se adhiere a la postura de que el daño a la persona se encuentra incluido en el daño moral. El referido autor señala que:

En sentido estricto y propio, daño moral es un daño que no recae sobre ninguna cosa material perteneciente al perjudicado, que no se advierte con los sentidos externos, sino que se siente interiormente, ya consista en una disminución de algo no material, ya consista en impedir la adquisición de bienes de índole moral, ya en la ofensa de afectos del alma internos, naturales y lícitos. Por donde es, v. gr., daño moral el rebajar la reputación personal; la falta de educación paternal a los hijos cuyos padres faltan; un padecimiento o aflicción causado a uno, obrando directamente contra él o contra otro, de un modo ilícito y contra derecho. *En sentido lato e impropio, es daño moral todo daño injustamente causado a otro, que no toque en su patrimonio ni lo disminuya. Y así, es daño moral en este sentido, no sólo el que se ha indicado en estricto, sino el que recae en cosas materiales, pertenecientes al individuo, fuera de los bienes patrimoniales, como son la integridad corporal y la salud física. Las lesiones, heridas, contusiones, son daños morales, porque no son patrimoniales, prescindiendo de las consecuencias patrimoniales y de las aflicciones o padecimientos morales que además puedan sobrevenir, sea en la persona misma lesionada en su cuerpo, sea en otras que le pertenezcan.* (Como se citó en León Hilario, 2017, p. 350) [cursivas añadidas]

La misma línea de pensamiento es sostenida por Osterling Parodi (2015), quien sostiene que: “El concepto de daño moral debe ser el más amplio posible, no limitándose al sufrimiento interno, sino a todos los aspectos de los daños extrapatrimoniales” (p. 213). En esa misma línea, remitiéndonos nuevamente a Osterling Parodi (2016), encontramos su propuesta de abordar el daño moral como una vulneración tanto de derechos subjetivos como de intereses legítimos, el referido autor señala que:

... hemos decidido adoptar la noción de daño moral en sentido amplio, entendiéndolo como toda lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona. (pp.440-441)

Al respecto consideramos necesario realizar una precisión respecto de los derechos subjetivos e intereses legítimos. En primer lugar, los derechos subjetivos vienen a ser una situación jurídica, es decir, la posición en la que se encuentra la persona ante el ordenamiento jurídico. Así, la referida situación es de ventaja activa, lo que equivale a decir que los referidos derechos subjetivos se encuentran regulados en la ley. Por ejemplo, si alguien vulnera mi derecho al honor, puedo utilizar un mecanismo para protegerlo: la querrela y, además, puedo pedir un resarcimiento, como consecuencia de la generación de juicios de valor negativos respecto de mi persona como consecuencia de la vulneración de mi derecho al honor.

Por el contrario, el interés legítimo, implica una situación de ventaja inactiva, porque no hay un tema de taxatividad, en cuanto a la regulación expresa en la norma. A manera de ejemplo, si quiero comprar un departamento con vista al mar y hay un propietario que vive al lado y coloca un cartel luminoso, que obstruye la referida vista, nos encontramos ante la situación de que el vecino está ejerciendo su derecho de propiedad, porque tiene los aires. Por ende, los intereses pueden ser muchos, pero no necesariamente van a encontrar una regulación expresa en la norma. Por último, cabe señalar que en ambos supuestos (de derechos subjetivos e intereses legítimos) hay tutela resarcitoria.

Por último, retomando el análisis de la inclusión del daño a la persona dentro del daño moral, Trazegnies Granda (2001), se encuentra a favor de dicha postura, por lo que propone la eliminación del término daño a la persona de nuestro CC. Así, el referido autor señala que:

Ninguno de los textos legales vigentes en el Perú había hablado hasta la fecha de un "daño a la persona". Sin embargo, el artículo 1985 se refiere expresamente a este daño e incluso lo coloca antes del daño moral. Pensamos que este agregado era innecesario. En efecto, para nosotros, el daño a la persona no es sino una subespecie del daño moral ... En consecuencia, bastaba la mención al daño moral en la regla comentada. (p. 110)

Así, según lo señalado por el referido autor, la categoría daño a la persona, debería ser eliminada del artículo 1985 de nuestro CC, en vista de que se encuentra incluida

dentro del daño moral. Por lo que usar ambos términos en forma simultánea constituye una redundancia. Trazegnies Granda (2001) define al daño a la persona, como:

Aquél que no está formado necesariamente por un dolor, sino que simplemente constituye una violación de los llamados derechos de la personalidad ... En realidad, muchas de estas violaciones producen daños patrimoniales: la privación ilegal de la libertad, la pérdida de la integridad física, la lesión al honor, la apropiación por persona ajena de los derechos de autor o inventor, etc. conllevan consecuencias económicas. Sin embargo, cabe también la posibilidad de considerar los daños que se derivan de ellas desde una perspectiva no patrimonial, conjuntamente o independientemente de la perspectiva patrimonial: la humillación de la prisión injusta, la frustración del proyecto de vida de quien ha sufrido una lesión física deformante, el sentimiento herido del honor, etc. Pero tales daños espirituales tampoco son diferentes de lo que se ha conocido tradicionalmente como *daño moral*. *Esta última institución no está limitada únicamente a la pecuniam doloris, a la afección o al sufrimiento, sino que habitualmente tal expresión se extiende también en el sentido de los efectos no patrimoniales de la violación de los derechos de la personalidad.* (p. 111)
[cursivas añadidas]

Por lo que, el referido autor, propone una concepción amplia del daño moral, que va más allá de los sufrimientos y las aflicciones que pueda padecer la persona. Así, en vista de que el daño moral es de naturaleza no patrimonial, también abarcará las consecuencias de esta naturaleza, que son producto de la violación de los derechos de la personalidad.

En conclusión, y una vez expuestas ambas posturas, nos decantamos por aquella que señala que el daño moral se encuentra incluido dentro del daño a la persona. Como se afirmó anteriormente, el daño moral, abordado desde una perspectiva psíquica, es parte del daño a la persona, el cual abarca una dimensión psicosomática, es decir, además del daño psíquico, también incluye el daño físico que pueda darse en detrimento de la persona. Sin perjuicio de ello, consideramos pertinente finalizar el apartado, con la precisión formulada por Espinoza Espinoza (2019), quien propone, en el ámbito probatorio, individualizar ambos daños, afirmando que:

El hecho de que el daño moral esté comprendido dentro del daño a la persona, no implica que no deban ser individualizados. Quien los invoca, tiene la carga de acreditar en qué consistieron los hechos que generaron el daño a la persona (como por ejemplo, la lesión a la reputación) y lo que generaron el daño moral (dolor, sufrimiento, pena, aflicción), así como las consecuencias dañosas que se derivaron. (p. 1031)

3. La responsabilidad civil de la persona mayor de edad sin discernimiento

En primer lugar, cabe señalar que al haber sido derogados los artículos 1975¹⁷⁶ y 1976¹⁷⁷, que establecían un régimen especial de responsabilidad respecto de la persona “incapaz” que contaba o carecía de discernimiento, respectivamente, corresponde aplicar a la persona mayor de edad carente de discernimiento, los factores de atribución objetivo y subjetivo. Por tanto, la ausencia de discernimiento en el agente dañante no es más una causal de exoneración de responsabilidad, toda vez que el D.L. N° 1384, al otorgarle a la persona sin discernimiento una plena capacidad de ejercicio, también le otorgó la denominada imputabilidad, es decir, la aptitud para responder civilmente por los daños que ocasione.

Para la atribución de responsabilidad respecto de la persona mayor de edad sin discernimiento corresponde, como en todos los supuestos, realizar el denominado juicio de responsabilidad, el cual debe ser realizado respecto de la actividad del agente dañante, para determinar si es que se encuentra obligado de resarcir. En el juicio de responsabilidad, corresponde la evaluación de los elementos de la responsabilidad civil (factor de atribución, antijuricidad, imputabilidad, nexo causal y daño). Al respecto, dicha

¹⁷⁶ Artículo 1975 del Código Civil peruano.-

La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable. (*)

(*) Artículo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

¹⁷⁷ Artículo 1976 del Código Civil peruano.-

No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal. (*)

(*) Artículo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

evaluación tiene como función principal verificar a quién se le atribuye el daño, y determinando a título de qué corresponde el agente dañante, es decir, el factor de atribución. Por ejemplo: el agente dañante puede responder a título de dolo, de culpa o por riesgo.

Para atribuir responsabilidad civil respecto del agente dañante tienen que existir los 5 elementos señalados anteriormente. En consecuencia, cuando se determina que se cumplen todos los elementos previamente evaluados, el juicio de responsabilidad hace responsable al sujeto. Por tanto, sin dicho juicio, no se puede atribuir responsabilidad al agente dañante. Corresponde en este apartado, realizar un breve análisis de los elementos de la responsabilidad civil, los cuales son: factor de atribución, antijuricidad, nexo causal o causalidad, imputabilidad y daño. A su vez, debemos señalar que en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, lo que se tutela por parte del ordenamiento jurídico es el deber genérico de no dañar.

En primer lugar, en lo referente al factor de atribución, cuando dicho elemento es analizado, corresponde preguntarse a título de qué responde el agente dañante. Así, encontramos el artículo 1969 de nuestro CC, en el cual, evidentemente, se establece un factor de atribución subjetivo. En el referido artículo, se establece la obligación de indemnizar que corresponde a la persona que por dolo o culpa cause un daño a otro. Así, en lo que respecta a la responsabilidad civil subjetiva, evidentemente, se está evaluando el dolo (intención de generar daño) o culpa (negligencia, impericia, imprudencia). Por otro lado, corresponde señalar que tanto el artículo 1969¹⁷⁸, como el 1970¹⁷⁹, son aplicables respecto de la persona mayor de edad sin discernimiento, por las razones expuestas anteriormente.

Por otro lado, bajo el régimen del artículo 1970 de nuestro CC, encontramos un supuesto del factor de atribución objetivo, el cual implica necesariamente la creación de un riesgo por parte del agente dañante, es decir, la persona mayor de edad sin

¹⁷⁸ Artículo 1969 del Código Civil peruano.-

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

¹⁷⁹ Artículo 1970 del Código Civil peruano.-

Aquel que, mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

discernimiento. Entonces, la responsabilidad civil objetiva, presente en el artículo bajo comentario, tiene como característica fundamental la exclusión de cualquier análisis de dolo o culpa. Por tanto, corresponde señalar que el factor de atribución objetivo es favorable a la víctima del daño. Como señala Espinoza Espinoza (2016):

Existen factores de atribución subjetivos (culpa y dolo), objetivos (realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico considera – si quiere ser redundante – objetivamente o – si se quiere optar por una definición residual – prescindiendo del criterio de la culpa). (p. 183)

Cabe señalar que los supuestos referidos anteriormente, serán de aplicación respecto de las personas mayores de edad sin discernimiento, en el caso de que cuenten o no con Apoyos, designados judicial o notarialmente. Como se advirtió en capítulos anteriores, corresponde a la persona mayor de edad decidir si quiere contar o no con Apoyos. Corresponde dejar el análisis de los factores de atribución para los capítulos posteriores, con la finalidad de que sean tratados con mayor incidencia.

A su vez, en el caso de que la persona mayor de edad cuente con apoyos al momento de la generación del evento dañoso, corresponderá la aplicación del artículo 1976-A¹⁸⁰ de nuestro CC. A manera de introducción, nos limitaremos a señalar que, bajo el nuevo artículo, implementado por el D.L. N° 1384, la responsabilidad de la persona asistida es individual. Por tanto, no corresponde bajo ningún supuesto, la responsabilidad solidaria del Apoyo y la persona asistida y, muchos menos, la responsabilidad individual del Apoyo por el hecho de la persona a quien asiste.

En segundo lugar, encontramos a la antijuricidad, la cual implica necesariamente la ausencia de causas de justificación. Como señala Taboada Córdova (2001), la conducta tiene el carácter de antijurídica “no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido constituido el sistema jurídico” (p. 27-28).

180 Artículo 1976-A del Código Civil peruano.-

La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo, teniendo derecho a repetir contra él. Las personas comprendidas en el artículo 44 numeral 9 no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa.

Al respecto, cabe señalar que hay daños soportables, es decir, supuesto en lo que efectivamente se produce un daño, pero tal situación no va a implicar un resarcimiento. Así, resulta que hay daños que, en función a causas justificativa, tienen que ser tolerados, en vista de que concurren los eximentes de responsabilidad, previstos en el artículo 1971 del CC, siendo estos los siguientes: el ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa y el denominado estado de necesidad. Dichos supuestos se encuentran previstos en el art. 1971 del CC, el cual establece que:

Artículo 1971°.-

No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1. En el ejercicio regular de un derecho.
2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.
3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro.

Corresponde entonces, analizar cada uno de los supuestos. En primer lugar, respecto al ejercicio regular de un derecho. En tal situación, si bien es cierto que se produce un daño, dicha situación no va a dar lugar a un resarcimiento Como señala Díez-Picazo (2000): “el que viola un derecho ajeno en el ejercicio de su propio derecho no actúa antijurídicamente y, por consiguiente, ninguna responsabilidad le incumbe por los quebrantos que pueda causar” (p. 303). Consideramos pertinente plantear el siguiente ejemplo: Juana introduce sus productos de belleza en el mercado, que tienen mucho éxito a lo largo del tiempo. Juana es la única persona en el mercado que ofrece los referidos productos, pero después Lucía introduce productos con mejores calidades, a menor precio y son masivos y, en consecuencia, desplaza del mercado a Juana, quien queda en la ruina, debido a que sus productos dejan de venderse. En el presente caso, efectivamente hay daño, pero no es resarcible. En segundo lugar, tenemos el supuesto de la legítima defensa, el cual es un causal de justificación válida en función a la necesidad de ejecutar dicha

medida. Como señala Scognamiglio (1968) los requisitos de la legítima defensa son los siguientes:

- i. El peligro debe ser actual.
- ii. El peligro debe amenazar un interés directa y plenamente tutelado por el derecho.
- iii. La amenaza debe ser injusta. En cuyo caso, no constituye tal, de acuerdo a lo prescrito por el art. 217 c.c., “la amenaza del ejercicio regular de un derecho”.
- iv. El recurso a la defensa debe ser necesario e inevitable (...) (como se citó en Espinoza Espinoza, 2016, p. 166)

En otras palabras, el peligro debe ser inminente y el recurrir a la legítima defensa debe ser indispensable para tutelar un determinado bien jurídico. A manera de ejemplo, si alguien viene con un hacha contra mí, tengo el deber de defenderme. Por tanto, si tengo un arma, le doy un tiro y estoy actuando en legítima defensa y, por tanto, si bien es cierto le causo un daño a la otra persona, me encuentro inmerso en una causal de justificación y, por tanto, ello no da lugar a resarcimiento. Sin perjuicio de ello, parecería haber un desequilibrio entre la defensa y la agresión. Por ello, es necesario señalar la existencia de un requisito adicional: la proporcionalidad de la defensa ante la agresión de la otra persona. Este criterio origina una gran controversia. Como señala Espinoza Espinoza (2016).

Solo quiero detenerme en el (mal entendido) requisito de la “proporcionalidad de la reacción frente a la agresión”. Más de uno habrá escuchado el caso del delincuente que posee un arma blanca, que viola un domicilio y es sorprendido por el dueño, el cual le dispara en las piernas frente a su agresión. Una respuesta, a mi modo de ver, superficial, sería que, al ser el ataque por revólver “desproporcionado” frente a un arma blanca, no se configuraría la legítima defensa. Esta posición implica que el dueño de la casa “dañante” tenía que haber hecho lo siguiente:

- a) Disparar al aire, con el riesgo de ser atacado.
- b) Ir a la cocina a buscar un arma blanca, con el riesgo de ser atacado.

- c) Asumiendo que la haya encontrado, pelear, en desigualdad de condiciones, con una persona que está habituada a usar dicha arma.

En mi opinión, el criterio de “proporcionalidad” no puede ser visto aislado del contexto en que se presentó la agresión injusta: no puede ser proporcional que una persona que no es práctica en el uso de armas blancas se tenga que enfrentar a otra que sí lo es y, en este caso, la proporción está dada por el hecho que el “no práctico” utilice un instrumento de defensa (aparentemente) superior al que se emplea en la agresión. Dicho en otras palabras: un revólver utilizado por un no experto en armas blancas será proporcional a un arma blanca utilizada por un experto. (p. 168)

En conclusión, en el supuesto bajo comentario sí constituye una legítima defensa y, por tanto, es una causal de justificación. Por otro lado, el tercer supuesto de inexistencia de responsabilidad lo constituye el estado de necesidad, que viene a ser aquella situación en la que se sacrifica un bien jurídico para salvar otro. Por tanto, al igual que en los supuestos expuestos anteriormente, existe una justificación para generar un evento dañoso. Por ejemplo, si un salón se está incendiando y Juan, quien carece de discernimiento, está encerrado en ella, y la única salida se encuentra obstaculizada por una puerta de oro macizo. Seguidamente, Juan se percata que las llamas están llegando hacia él y, por tanto, destruye la puerta de oro macizo, que vale millones. Si bien es cierto se genera un daño, tal situación no da lugar a un resarcimiento, toda vez que la vida como bien jurídico vale más que la puerta, a pesar de que esta última valga millones.

Otro elemento correspondiente a la responsabilidad civil, lo constituye el nexo causal, es decir, la vinculación entre el evento dañoso y el daño. Al respecto, Pizarro (2006) lo define como aquella: “necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido” (p. 87). Por su parte Díaz Díaz y Fonseca Triviño (2020) señalan que el nexo causal constituye “una herramienta para restringir la responsabilidad del agente dañador respecto del daño causado, puesto que resulta completamente necesario que el daño sea producto del actuar del agente dañador para que pueda predicarse la responsabilidad del mismo” (p. 18). Por otro lado, para Peirano Facio (2004) incide en la importancia del nexo causal, señalando que:

El sentido común se niega a admitir la existencia de un daño que deba ser soportado por quien no ha contribuido a su realización: debe darse, necesariamente, cierta relación entre el daño causado y la conducta del que está llamado a responder por el mismo. (p. 405)

En lo que respecta a nuestro CC, podemos advertir que el nexo causal se encuentra presente tanto en la responsabilidad civil objetiva como subjetiva, como señala Espinoza Espinoza (2016): “Debe tenerse en cuenta que, tanto en el art. 1969¹⁸¹ como en el 1970¹⁸² c.c. se refieren a quien causa un daño, ello quiere decir que tanto en la responsabilidad civil subjetiva como en la objetiva está presente este elemento” (p. 241). En esa misma línea, Vasecchi (1947) señala que:

En efecto, el nexo de causalidad es un elemento fundamental en la relación de responsabilidad, tanto en el campo de la responsabilidad objetiva como en el de la responsabilidad subjetiva. Lo que ocurre es que en este último caso, la relación de causa a efecto entre el comportamiento culpable del agente y el evento nocivo es más evidente, lógica y directa, mientras que en el segundo, esa relación se da entre la situación regulada por la ley especial (situación, actividad, etc.) y ese evento. (Como se citó en Prevot, 2010, p. 150)

A su vez, para Giuseppe Monateri (1997), el meollo del nexo causal consiste en encontrar a los responsables del hecho dañoso, el referido autor señala que:

La ratio de una teoría del nexo causal no debería consistir tanto en el remontarse a todos los antecedentes, o en el encontrar todas las consecuencias, vinculadas a un determinado suceso desde el punto de vista de las ciencias naturales, sino más bien a aquella de *limitar (hacia atrás) la búsqueda de los responsables sobre los cuales, es de interés para el derecho que recaiga el peso de la responsabilidad y limitar (hacia adelante) la búsqueda de las eventuales consecuencias del ilícito*

¹⁸¹ Artículo 1969 del Código Civil peruano.-

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

¹⁸² Artículo 1970 del Código Civil peruano.-

Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

que deben ser soportadas por el demandado.(como se citó en Espinoza Espinoza, 2016, p. 241) [cursivas añadidas]

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, Massimo Franzoni (1993) propone una concepción más amplia de la causalidad, en el sentido de que no solo debe limitarse a los sujetos responsables, sino también a las consecuencias derivadas del evento dañoso, el referido autor señala que el objetivo de la causa tiene doble dimensión: “imputar al responsable el hecho ilícito y establecer la entidad de las consecuencias perjudiciales del hecho que se traducen en el daño resarcible” (Como se citó en Espinoza Espinoza, 2016, p. 241).

En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, corresponderá remitirnos a la causa “adecuada” entre el hecho dañoso y el consecuente daño producido, de conformidad con el art. 1985¹⁸³ del CC. Por tanto, corresponderá realizar algunas precisiones en lo que respecta a la teoría de la causa adecuada. Como señala Prevot (2010):

Según esta teoría, para imponer a alguien la obligación de reparar el daño sufrido por otro, no basta que el hecho haya sido, en el caso concreto, *conditio sine qua non* del daño, sino que es necesario, además, que, en virtud de un juicio (hipotético-retrospectivo) de probabilidad, basado en las máximas de la experiencia, resulte una causa adecuada para ello. (p. 161)

Por tanto, la causa adecuada, es aquella que ha sido determinante para la generación del evento dañoso. Siguiendo a Espinoza Espinoza (2016), la teoría de la causa adecuada: “busca entre todas las condiciones aquella (o aquellas) que ha(n) influido de manera decisiva en la producción del evento dañino. Hay una visión funcional del análisis causal” (p. 254).

¹⁸³ Artículo 1985 del Código Civil peruano.-

La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

En vista de que en la responsabilidad civil extracontractual, es ampliamente compleja la pluralidad de causas que pueden dar lugar a eventos dañosos, es necesario establecer una serie de parámetros que nos permitan dilucidar cuál es la causa que ha sido determinante para la respectiva consecución del daño. Por el contrario, es perfectamente posible que una misma causa dé lugar a una serie de eventos dañosos. Así lo entiende De Trazegnies Granda (2011), quien, en base a una serie de ejemplos, afirma lo siguiente:

De un lado, las causas que pueden estar en el origen de un determinado hecho son usualmente múltiples. La causa de un accidente no es solamente la maniobra específica del conductor del automóvil en un momento determinado sino también la invitación del amigo que lo hizo dirigirse hacia la casa de éste y en el camino tuvo el accidente, la suegra del otro automovilista que ese día lo había enervado lo suficiente como para reducir su capacidad de estar alerta, el hijo de este automovilista que le había pedido que le comprara una revista y para lo cual éste había tomado su automóvil, una hermosa mujer que pasaba en ese momento por la calle y que distrajo un instante a ambos automovilistas, etc; todas éstas son causas del accidente porque si alguna de ellas no hubiera tenido lugar, el accidente no se habría producido. ¿Debemos, entonces, responsabilizar no sólo a los conductores de los vehículos sino también al amigo invitante, a la suegra, al hijo, a la bella transeúnte, etc.?

De otro lado, una misma causa puede dar lugar a innumerables efectos hasta el infinito. El incendio en una casa de la vecindad, originado por culpa de su descuidado propietario, no solamente destruye las casas colindantes. La confusión y el pánico del incendio provocan que la esposa del vecino pierda el niño que esperaba. A su vez la madre de esta señora que había puesto gran ilusión en el futuro nieto, sufre un infarto como consecuencia de la infortunada noticia y fallece. Estos hechos no le permiten al esposo de la señora infartada atender adecuadamente sus negocios en esos días y consecuentemente sufre una pérdida importante de dinero. Y así podríamos seguir hasta el infinito. ¿Acaso responde el negligente vecino que causó el incendio de todas estas consecuencias que se suceden interminablemente? *Ambas hipótesis parecen absurdas. Si utilizamos un sentido lato de la palabra "causa", todo es causa de todo y cada causa tiene efectos infinitos.* (pp. 310-311) [cursivas añadidas]

En atención a ello, es necesario el establecimiento de delimitaciones que permitan identificar, en materia de responsabilidad extracontractual, cuál ha sido la causa “adecuada” para la producción del daño. Para De Trazegnies Granda (2001), la solución a esta controversia es el establecido parámetro de lo “normal”, el referido autor afirma lo siguiente:

Frente a un daño, se trata de saber cuál es la causa, dentro de la universalidad de causas que encarna cada situación, que conduce usualmente al resultado dañino. Por ejemplo, que una persona le entregue inocentemente un martillo a otra, no conduce a un crimen; en cambio, que una persona golpee con un martillo la cabeza de otra, lleva a un homicidio o, cuando menos, a lesiones. Por consiguiente, si Catilina mata a Ciceronem con un martillo que le había entregado Cato, el acto de Catilina es "causa" de la muerte de Ciceronis; pero la entrega inocente del martillo por Cato no es "causa"; porque tal acto no conduce usualmente al daño en cuestión: podría haber llevado sencillamente a que Catilina se construya una nueva mesa de trabajo.

Por consiguiente, no todas las causas que necesariamente conducen a la producción de un daño pueden ser consideradas como causas propiamente dichas de tal daño: no todas estas causas obligan a su autor a participar como responsable en la reparación del daño. Desde el punto de vista de la responsabilidad, se requiere que la causa sea adecuada, es decir, que sea idónea.

Ahora bien, ¿qué es lo idóneo? ¿qué es lo adecuado en materia de causa? La respuesta es "lo normal". Por ese motivo, quizá la teoría debió denominarse más propiamente como la de la "causa normal" de un hecho. (pp. 313-314) [cursivas añadidas]

Por tanto, dentro del parámetro de lo normal, es que podemos llegar a la conclusión de que una determinada causa es la “adecuada” para la generación del evento dañoso, entendiendo el término “adecuado”, como sinónimo de “normal”. Como señala Orgaz (1967), la interrogante más idónea para llegar a la conclusión de que la causa es “adecuada” para la generación del evento dañoso es la siguiente:

¿La acción u omisión del presunto responsable, era por sí misma capaz de ocasionar normalmente este daño? Si se responde afirmativamente, conforme a la

experiencia de la vida, se declara que la acción u omisión era 'adecuada' para producir el daño, y entonces éste es objetivamente imputable al agente. (Como se citó en De Trazegnies Granda, 2001, p. 314)

Por otro lado, la imputabilidad, entendida como la aptitud de responder civilmente por el daño ocasionado a la víctima, es otro elemento del denominado juicio de responsabilidad. Guido Alpa (2016) define a la imputabilidad como: “La aptitud del agente para entender, para darse cuenta de aquello que ocurre y saber lo que se debe hacer, así como para querer y decidir el comportamiento a realizar (la denominada *capacidad* de entender y de querer)” (p. 400). Por su parte, Espinoza Espinoza (2016) define a la imputabilidad como: “la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por lo daños que ocasiona (p. 103)

En atención a ello, es necesario remitirnos nuevamente a la capacidad de goce y de ejercicio. Así, en vista de que estos conceptos han sido ampliamente desarrollados en los capítulos anteriores, nos limitaremos a señalar que la capacidad de goce la tiene todo sujeto de derecho, por el solo hecho de serlo, no ocurriendo tal situación respecto de la capacidad de ejercicio, la cual permite al sujeto de derecho obrar, es decir, ejercer los derechos de los cuales se es titular. Anteriormente, la persona privada de discernimiento, se encontraba privada de su capacidad de ejercicio. El inciso 2 del artículo 43 era amplio al brindarle la calificación de “absolutamente incapaces” a las personas que por cualquier causa (en este término recae la amplitud de este artículo) se encuentren privados de discernimiento. Cabe señalar, además, que las personas privadas de discernimiento eran declaradas como absolutamente incapaces, previo proceso de interdicción. Así, la capacidad es un punto central al momento de decidir si corresponde al sujeto responder o no civilmente. Corresponde finalizar el tema de la imputabilidad con la siguiente reflexión planteada por Espinoza Espinoza (2016), la cual es la siguiente: “habrá responsabilidad sin culpa; pero no responsabilidad sin capacidad de imputación” (p. 104).

En efecto, la responsabilidad objetiva, prescinde de todo análisis de dolo o culpa, por lo que es evidente que puede existir responsabilidad sin culpa. Sin embargo, la imputabilidad es un elemento necesario para la existencia de responsabilidad civil.

Por último, en lo que respecta al daño como elemento más importante de la responsabilidad civil, pero no el único, remitiremos su análisis a lo expuesto en los capítulos anteriores.

3.1 Análisis comparado del régimen aplicable a las personas sin discernimiento en el Derecho europeo.

3.1.1 Análisis de la legislación europea aplicable a las personas sin discernimiento

A. Italia

En primer lugar, encontramos el artículo 2046¹⁸⁴ del Código Civil italiano, el cual establece un factor de atribución subjetivo, basado en la exoneración de la culpa, respecto de la persona carente de discernimiento o, como señala el artículo, aquella persona que carecía de capacidad de entender o de querer al momento de la generación del evento dañoso. Siguiendo a San Martín Neira (2018): “Según una interpretación tradicional, el artículo 2046 debe entenderse en el sentido que las personas carentes de discernimiento no pueden incurrir en culpa” (p. 567). En esa línea, De Cupis (1975) respalda el criterio de exoneración de responsabilidad de las personas incapaces de entender y de querer, afirmando que:

El precepto requiere para que el sujeto responda de las consecuencias del hecho dañoso, que tenga la capacidad de entender o de querer en el momento en que lo ha cometido, o bien tenga la *aptitud* para ser *culpable*. ... La culpa es un estado de ánimo reprobablemente disforme del que suele producirse en los individuos dispuestos a evitar los daños. *Los incapaces de entender o querer son, naturalmente, ineptos para discernir y valorar las consecuencias de las propias acciones, y, como tales, son incapaces de incurrir en culpa.* (Como se citó en San Martín Neira, 2018, p. 567) [cursivas añadidas]

¹⁸⁴ Artículo 2046 del Código Civil italiano.-

No responde de las consecuencias del hecho dañoso quien no tenía la capacidad de entender o de querer en el momento en que lo cometió, a menos que el estado de incapacidad derive de su culpa. (Traducción libre).

Sin embargo, en atención al análisis del factor de atribución subjetivo, podemos encontrar dos tipos de culpa, la objetiva y la subjetiva. A manera de introducción señalaremos que bajo una concepción objetiva de la culpa, podemos llegar a la consiguiente atribución de responsabilidad respecto de la persona sin discernimiento, no siendo el caso de la culpa subjetiva, la cual tiende a su exoneración de responsabilidad. Siguiendo a Massimo Bianca (2004):

La inimputabilidad del incapaz se fundaba antiguamente en la noción subjetiva de la culpa. Entendida como una reprochable actitud psicológica, era oportuno deducir que no puede incurrir en culpa quien carece de discernimiento. Construida la noción objetiva de culpa, como disconformidad con un modelo objetivo de conducta diligente, debe admitirse que incluso el comportamiento del incapaz es susceptible de ser calificado de culpable. (Como se citó en Martín Neira, 2018, p. 568) [cursivas añadidas]

Entonces, encontramos la imputabilidad como fundamento principal de la exoneración de responsabilidad civil de la persona sin discernimiento. Como se advirtió anteriormente, la persona es imputable cuando se encuentra a la aptitud de responder civilmente por el daño que ocasiona. De conformidad con Berenguer Albaladejo (2017), en el CC italiano: “la imputabilidad o capacidad de culpa es, como norma general, requisito previo de la responsabilidad” (p. 36).

Sin perjuicio de ello, las personas sin discernimiento pueden verse obligadas a pagar una indemnización, en virtud de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 2047¹⁸⁵ del CC italiano. Siguiendo a San Martín Neira (2018): “la disposición del artículo 2047 constituiría una excepción a la regla general de la responsabilidad por culpa, constituyendo una suerte de responsabilidad objetiva” (p. 567). Efectivamente,

¹⁸⁵ Art. 2047 del Código Civil italiano.-

En caso de daño causado por una persona incapaz de comprender o querer, la indemnización la debe el que esté obligado a vigilar al incapaz, salvo que demuestre que no pudo evitarlo.

En el caso de que el perjudicado no haya podido obtener una indemnización del responsable de la vigilancia, el juez, en consideración de las condiciones económicas de las partes, podrá condenar al autor del daño a una justa indemnización (Traducción libre).

atendiendo a la función resarcitoria de la responsabilidad civil y con finalidad de tutelar a la víctima del daño, la persona sin discernimiento puede encontrarse obligada a indemnizarla, por lo que se le brinda la potestad al juez, en palabras de Berenguer Albaladejo (2017):

En atención a la *equidad* y teniendo en cuenta las circunstancias concretas de las partes, imponga al causante del daño cierta responsabilidad en diversos casos, a saber, *cuando no tenga guardador, cuando éste sea insolvente o cuando haya conseguido demostrar su falta de culpa* (arts. 2047.2 Codice y 829 BGB). Se trata de una responsabilidad subsidiaria y excepcional ... (p. 37)

Por tanto, son tres los supuestos en los que incapaz puede encontrarse obligado a indemnizar a la víctima. En primer lugar, en el supuesto de que la persona sin discernimiento no tenga guardador, por lo que será la única persona respecto de quien la víctima pueda exigir un resarcimiento. En segundo lugar, en caso de que el guardador sea insolvente, por tanto, quedará únicamente el patrimonio de la persona sin discernimiento, el cual, en atención a lo previsto en este artículo, deberá ser destinado a reparar el daño cometido por este último. En tercer lugar, encontramos el caso en que el guardador haya demostrado su falta de culpa. Así, el artículo 2047 del CC italiano, le impone la carga de la prueba a la persona encargada de vigilar al incapaz, quien estará obligada a demostrar su falta de culpa, es decir, su imposibilidad de evitar el evento daño por parte de la persona que estaba bajo su cuidado, si es que pretende liberarse de la obligación de reparar el daño. Por ende, en caso demuestre su falta de culpa respecto del daño ocasionado por la persona sin discernimiento, esta última se verá obligada a indemnizar a la víctima. Como afirma Brasiello (1949):

Hoy se consagra un principio de contenido moral y de alcance práctico. El incapaz, ya sea que su estado derive la edad, de condiciones psicológicas especiales (permanentes o transitorias, pero relativas al momento en que ha cometido el hecho) es siempre titular de un patrimonio, si es propietario, y si él ha ocasionado un daño, *lo más equitativo es que se reduzca su potencialidad (...)*, en lugar de que se disminuya el derecho de un tercero no culpable. (Como se citó en León Hilario, 2017, p. 613) [cursivas añadidas]

El artículo 2043¹⁸⁶, del CC italiano establece un favor de atribución subjetivo respecto del causante de un daño injusto respecto de otra persona. Sin embargo, las personas carentes de discernimiento no se encuentran comprendidas dentro de este artículo, en vista de que el artículo 2046 las exonera de responsabilidad. Como señala León Hilario (2017):

Y si el dolo y la culpa son, justamente, elementos de la *fattispecie* de la responsabilidad civil, aquí vista como hipótesis normativamente planteada, a la cual se enlazan efectos jurídicos, fácil es deducir que *faltaría a la coherencia quien afirmara que alguien sin discernimiento, un incapaz “d’intendere e di volere” (“de entender y de querer”), puede ser considerado “responsable”*.

No sería admisible, desde ningún punto de vista, atribuir una “culpa” a los sujetos incapaces de discernimiento. Además, en el propio Código Civil italiano se ha negado que ello sea viable, al establecerse, en el artículo 2046, subtítulo “*Imputabilidad del hecho dañoso*”, que “no responde del hecho dañoso quien no haya tenido capacidad de entender y de querer al momento de cometerlo, a menos que el estado de incapacidad haya derivado de su propia culpa”. (p. 614). [cursivas añadidas]

Por tanto, la persona privada de discernimiento, se encuentra exonerada de responder civilmente, toda vez que no se encuentran en la aptitud de entender las consecuencias de su actuar. Por el contrario, Della Rocca (1998) se muestra crítico respecto de la exoneración de responsabilidad respecto de la persona sin discernimiento, señalando que: “la regla de la ausencia de responsabilidad del incapaz constituye la regla *disabling* por excelencia, en la medida en que excluye que el comportamiento dañoso pueda ser valorado según el criterio de la culpa” (como se citó en Yáñez Vivero, 2009, p. 98).

186 Artículo 2043 del Código Civil italiano.-

Cualquier acto doloso o culposo que cause un daño injusto a otro obliga a quien lo cometió a resarcir el daño.

B. Alemania

El BGB alemán adopta el mismo criterio de exonerar a la persona carente de discernimiento de responder civilmente. En efecto, el artículo 827¹⁸⁷ del referido cuerpo normativo nos demuestra que las personas carentes de discernimiento se encuentran exoneradas de la obligación de responder civilmente. Sin embargo, si la persona se encuentra privada de discernimiento se encuentra en tal estado como consecuencia de su propia accionar, se verá en la obligación de reparar el daño, en base a un factor de atribución subjetivo: la culpa.

Siguiendo a San Martín Neira (2018) “según el párrafo 827, todavía vigente, las personas privadas de razón (a menos que esta privación se deba a su negligencia) no son responsables por los daños que causen” (p. 570). Por su parte, Yáñez Vivero (2009) afirma autorizadamente que:

En Alemania, la regla general es la de la exclusión de responsabilidad de quien en estado de inconsciencia o de alteración de la actividad intelectual que excluyan la libre determinación de la voluntad, cause un daño a otro. (párrafo 827 del BGB) (p. 101)

Sin embargo, el artículo 829¹⁸⁸ parece discrepar con el 827, toda vez que el primero de estos establece la obligación de la persona sin discernimiento, de reparar el daño causado, de manera subsidiaria y fundada en la equidad, en caso de que la indemnización del daño no sea reclamable contra un tercero que tenga a su cargo un deber de control. Como puede advertirse, el artículo bajo comentario guarda semejanza con el

187 Artículo 827 del BGB alemán.-

La persona que, en estado de inconsciencia o en estado de trastorno mental patológico que impida el libre ejercicio de la voluntad, inflija daño a otra persona, no es responsable de dicho daño. Si se ha inducido temporalmente a tal estado en sí mismo con bebidas alcohólicas o medios similares, entonces es responsable del daño que cause ilegalmente en este estado como si fuera responsable por negligencia; la responsabilidad no sobreviene si entró en este estado sin culpa (Traducción libre).

188 Artículo 829 del BGB alemán.-

Una persona que, por las razones citadas en los artículos 827 y 828, no sea responsable de los daños que causó en los casos especificados en los artículos 823 a 826, debe, no obstante, compensar el daño, a menos que la compensación por daños pueda obtenerse de un tercero obligado por un deber de supervisión, en la medida en que en las circunstancias, incluidas, entre otras, las circunstancias de las partes involucradas, es exigible una indemnización conforme a la equidad y no se le prive de los recursos necesarios para un mantenimiento razonable y para cumplir con sus obligaciones legales de alimento (Traducción libre)

artículo 2047.2 del CC, el cual fue analizado anteriormente. En ese sentido, Yáñez Vivero (2009) señala lo siguiente:

La indemnización en equidad prevista por el derecho germánico tiene algunas concordancias con la prevista en el derecho italiano (artículo 2047, Codice Civile): en primer lugar, es subsidiaria respecto a la indemnización exigible al guardador o persona que tenga un deber de control sobre el causante material del daño y, en segundo lugar, depende de determinadas circunstancias, como las relaciones entre los partícipes interesados- que no aparece en el tenor del 2047.2 del Código italiano-, o las condiciones económicas del incapaz, sin mención expresa de la situación económica de la víctima del daño ... (p. 101)

Así, un requisito adicional que encontramos en el BGB alemán respecto del CC italiano, constituye el hecho de que la indemnización a cargo de la persona sin discernimiento depende, entre otras circunstancias, de las relaciones personales entre el autor del daño y su guardador. Entonces, tanto en el derecho alemán, como en el italiano, el discernimiento es determinante a fines de determinar si el autor del daño se encuentra en obligación o no de responder civilmente. Como señala Koziol (2012), las normas de los artículos 827 y 829: “Obedecen a que por regla general, la responsabilidad civil exige la culpa que, a su vez, exige *discernimiento*, el cual se traduce en la capacidad para reconocer el injusto de su actuar y comportarse de acuerdo a este entendimiento” (Como se citó en San Martín Neira, 2018, p. 570). Continuando con el análisis del factor de atribución subjetivo, basado en la culpa, Larenz (1958) señala que:

Hablamos de conducta “culposa” cuando al agente le *alcanza personalmente un reproche*. Esta censura se funda en que en el caso concreto hubiera debido o podido obrar de otra forma, en que, por tanto, se ha conducido injustamente cuando hubiera sido posible conducirse rectamente con la necesaria diligencia, o atención o “buena voluntad” (Como se citó en San Martín Neira, 2018, p. 570).

El empleo del término “determinadas circunstancias en el artículo 829 del BGB alemán, establece una delimitación respecto de los supuestos bajo los cuales la persona privada de discernimiento deba reparar el daño causado. Al respecto, tenemos la

sentencia de Bundesgerichtshof de fecha 11 de octubre de 1994, la cual se resume en lo siguiente:

La causa giraba en torno de un accidente de tránsito: un joven perdió el control del automóvil que conducía y atropelló a una muchacha que circulaba cerca de él, en bicicleta. *En el proceso se demostró que el demandado había sufrido un ataque semejante a la epilepsia, que lo había privado de conciencia al momento de los hechos.* La víctima pretendió, entonces, la imposición del resarcimiento previsto en el § 829 BGB, y alegaba, entre otras cosas, que los presupuestos para ello se podían deducir del hecho de que el dañador disponía de un seguro vehicular contra accidentes.

En el citado fallo, se deja sentado – y esto es lo que me interesa resaltar – que *ninguna demanda de resarcimiento que pretenda fundarse en el § 829 BGB está garantizada por el solo hecho de que la justicia lo permita; lo imprescindible es que todas las circunstancias del caso concreto “exijan” realmente que se responsabilice a la parte demandada sobre la base de lo que es justo.* (como se citó en León Hilario, 2017, p. 635) [cursivas añadidas]

Por tanto, el § 829 BGB tiene como fundamento principal “la equidad”, al momento de determinar si la persona sin discernimiento (en este caso, parcial) debe encontrarse obligada a reparar el daño.

C. España

Por otro lado, en España, encontramos situación contraria a lo expuesto anteriormente. Como señala Berenguer Albaladejo (2017): “la *culpa* ha de ser entendida en un sentido técnico jurídico, lo que presupone la imputabilidad” (p. 42).

Por ende, es perfectamente viable que, en el derecho español, la persona sin discernimiento sea considerada como imputable y, por tanto, se encuentre en el deber de resarcir el daño. De conformidad con Salas Murillo (2003):

Del propio Código Civil se puede deducir que, para que una persona puede ser responsable civil *ex art. 1902*¹⁸⁹ – y siempre a la luz del principio de responsabilidad por culpa que late en dicho artículo -, ha de poder ser calificada como imputable desde el punto de vista civil. (Como se citó en Berenguer Albaladejo, 2017, pp. 42-43)

Cabe señalar, que de la redacción del artículo 1902, encontramos la adopción del factor de atribución subjetivo, basado en la culpa o negligencia. Por otro lado, al no haber precepto alguno que declare la exoneración de responsabilidad respecto de las personas carentes de discernimiento, podemos concluir que perfectamente pueden ser imputables. Como señalan Seuba Torreblanca; Fernández Crende; Farnós-Amorós (2004): “ningún precepto del Código Civil excluye la responsabilidad de los deficientes mentales, por lo que el art. 1902 CC les es de plena aplicación” (p. 13).

En contraposición a ello, Díez-Picazo (2011) se encuentra a favor de la exoneración de responsabilidad de la persona sin discernimiento, el referido autor señala que: “para que pueda formularse un juicio de culpabilidad es preciso que en el sujeto concurren las condiciones necesarias para ello y, en especial, la denominada capacidad de discernimiento o *capacidad de culpa* (Como se citó en San Martín Neira, 2018, p. 569). Por tanto, bajo el criterio del referido autor, quien carece de discernimiento, se encuentra imposibilitado de incurrir en culpa. La misma línea de pensamiento es adoptada por Yzquierdo Tolsada (2015), quien es más severo y traslada el deber resarcitorio a las personas que tienen bajo su vigilancia a la persona privada de discernimiento. Así, el referido autor señala que:

Para que en una conducta pueda hablarse de culpa o negligencia es necesario que el agente sea subjetivamente imputable, o lo que es lo mismo, que tenga voluntad libre y capacidad de entender y de querer. Por ello reviste muy particular interés el supuesto del daño causado por quien no tiene capacidad de obrar. De los daños

¹⁸⁹ Artículo 1902 del Código Civil español.-

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

que este cause responden, viene es verdad, sus padres, tutores o guardadores. (pp. 269) [cursivas añadidas]

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, el artículo 1903¹⁹⁰ del CC español constituye una opción adicional respecto a quién atribuir la responsabilidad por el daño generado por una persona sin discernimiento. A efectos del presente trabajo, nos remitiremos al análisis del tercer inciso del referido artículo, el cual establece la obligación de los tutores de responder civilmente de los “perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía”. Como se advirtió anteriormente, la privación de discernimiento, en el derecho español, constituye una causal de incapacitación y correspondiente designación de un tutor. Así, para que el tutor se encuentre obligado a responder civilmente por el hecho dañoso de la persona bajo su cuidado, existen dos requisitos de por medio, como señalan Seuba Torreblanca; Fernández Crende; Farnós-Amorós (2004):

Primero, que el incapacitado (en lo que aquí nos interesa) está bajo la autoridad del tutor, lo que determina el deber de atención, vigilancia y control del tutor respecto de incapacitado (...); y, segundo, que ambos, tutor e incapacitado, convivan, cuestión de interpretación problemática cuando la tutela es ejercida por una persona jurídica. Entonces, *siempre que el tutor conviva con el incapacitado e incurra en culpa por incumplimiento de su deber de vigilancia y control será considerado responsable –de forma directa, ya sea solidaria o no con responsabilidad del propio discapacitado mental.* (p. 16) [cursivas añadidas]

¹⁹⁰ Artículo 1903 del Código Civil español.-

La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

Sin embargo, corresponde señalar que el factor de atribución es subjetivo respecto de la responsabilidad de los tutores, de conformidad con el último párrafo del artículo bajo comentario. Así, en caso demuestren que actuaron empleando la diligencia de un buen padre de familia, se verán eximidos de responsabilidad. Otro aspecto relevante, lo constituye la inversión de la carga de la prueba en favor de la víctima, en vista de que serán los tutores los obligados a demostrar que actuaron con la diligencia exigida por la situación particular. Añade Yzquierdo Tolsada (2016) lo siguiente:

El párrafo final del art. 1903 pone de manifiesto cuál es el fundamento de la responsabilidad que ha querido el legislador: la culpa “*in vigilando*” y la culpa “*in educando*”. *Culpa que, además, se presume: si el niño ha dañado, se presume que ha sido porque no lo han vigilado o educado con la diligencia de un buen padre de familia.* (p. 301) [cursivas añadidas]

Dada la variedad de supuestos presentados en el art. 1903 del CC español, correspondería preguntarnos si el referido artículo puede ampliarse a más supuestos como, por ejemplo, el del guardador de hecho de la persona sin discernimiento. Al respecto, nos adherimos a una respuesta negativa, la cual se encuentra plasmada en la solución formulada por Yzquierdo Tolsada (2016), quien se adhiere a la taxatividad de supuestos del referido artículo, señalando que:

No hay más casos de responsabilidad por el hecho de otro que los expresamente regulados en la ley, ya sea en el art. 1903 C.civ ... El sistema de responsabilidad por el hecho ajeno es *numerus clausus*, y no es admisible en el terreno la analogía para, por ejemplo, hacer responsable a la esposa de los daños causados por el marido, o al novio por lo hecho por la novia. (p. 300)

Por tanto, no cabría responsabilizar al guardador de hecho por el daño generado por la persona sin discernimiento que se encuentre bajo su cuidado. Sin embargo, encontramos en la jurisprudencia la posibilidad de realizar una interpretación extensiva del artículo 1903 del CC español. Al respecto, tenemos la sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de fecha 10 de setiembre del año 2002, en la cual se hace extensiva la aplicación del artículo 1903 al supuesto de los guardadores de hecho. Pasamos a relatar los hechos a continuación:

El 27.9.1992 Julián M., que padecía trastornos mentales, dejó abierta la llave del gas de su cocina hasta que se produjo una grave explosión que provocó su muerte y diversos daños materiales y personales al resto de viviendas y vecinos. La SAP de Badajoz de 10.9.2002 reconoce la responsabilidad del propio causante que afectará a sus herederos en caso que aceptasen la herencia y, además, la de su cónyuge en calidad de guardadora de hecho, porque fue negligente al dejar a su marido viviendo solo a pesar de que conocía sus trastornos mentales. La sentencia afirma que: *“en el art. 1903 del cc se pueden entender incluidos supuestos distintos a los que el precepto contempla y si bien es cierto que en este caso el Sr. M. no estaba sujeto a tutela de su esposa no lo es menos que ésta actuaba como guardadora de hecho.* (Como se citó en Seuba Torreblanca; Fernández Crende; Farnós-Amorós, 2004, p. 17) (el subrayado es mío) [cursivas añadidas]

Así, según la citada sentencia, el guardador de hecho también podrá ser encontrado responsable civilmente por el daño generado por la persona bajo su cuidado. Correspondiéndole, además, la posibilidad de exonerarse en caso acredite una actuación correspondiente a la de un buen padre de familia. A su vez, corresponde hacer algunas precisiones respecto al referido estándar de conducta. Para Yzquierdo Tolsada (2016), dicho estándar es definido como un “modelo abstracto, una manera de denominar la diligencia universalmente prestable, un *standard* que necesita una adaptación o concreción técnica, y esta se conocerá aprehendiendo la obligación concreta con sus circunstancias” (p. 262). Es así que, deberá tenerse en cuenta cada situación en particular, con la finalidad de realizar el cotejo entre “la diligencia del buen padre de familia” y la “diligencia” empleada por la persona que tenía bajo su cuidado a la persona carente de discernimiento. Es así, que el nivel de diligencia exigible dependerá de las características particulares de la persona. Como señala Yáñez Vivero (2009):

En el campo del Derecho Civil, rige un patrón de culpa abstracto y objetivo, según el cual se considera culpable quien pudiendo prever o evitar un daño empleando la diligencia exigible a una persona de aptitudes físicas y mentales normales, prudente y cuidadosa (un buen padre de familia) no lo prevé o no lo evita ... *De modo tal que cuanto mayor sea la capacidad mental del sujeto, mayor será el nivel de diligencia exigible y, sensu contrario, a una capacidad de discernimiento mínima corresponderá un nivel mínimo de diligencia exigible en su conducta...*

No solo debe vincularse a las aptitudes mentales de los sujetos, sino también a la naturaleza o a las circunstancias del evento. (pp. 49-50) [cursivas añadidas]

A su vez, cabe señalar que en los artículos 1902 y 1903 del CC español, encontramos los supuestos de responsabilidad por hecho propio, y responsabilidad por hecho ajeno, respectivamente. En ambos preceptos normativos, encontramos el común denominador de la existencia de un factor de atribución subjetivo. Sin embargo, cabe preguntar cuál es la relación entre ambos artículos. Al respecto, en vista de que lo determinante es la generación del evento dañoso por parte de la persona sin discernimiento, y considerando que ningún artículo del CC español lo exonera del deber de responder civilmente por el daño que ocasione, podemos llegar a la conclusión de que en caso cuente con un tutor, sobre la base de no aplicar extensivamente el art. 1903, este será el llamado a reparar el daño. Sin perjuicio de ello, y atendiendo a la función resarcitoria de la responsabilidad civil, en caso la persona sin discernimiento no cuente con un tutor, o este último sea insolvente o haya conseguido exonerarse de responsabilidad, corresponderá remitirnos a la responsabilidad por hecho propio, del art. 1902 del CC, la cual le será atribuible a la persona sin discernimiento. Al respecto, cabe remitirnos al criterio adoptado por Yzquierdo Tolsada (2016), el cual es el siguiente:

La relación de especialidad que guarda el art. 1903 respecto del 1902. El sistema del Código español es idéntico al utilizado en el Código francés: se responde civilmente por los actos u omisiones propios (art. 1902), pero además, de los actos y omisiones llevados a cabo por determinadas personas que mantienen con el responsable unas concretas relaciones de dependencia familiar, cuasifamiliar, laboral, educativa, etc. (art. 1903) ... Bien puede entenderse que cuando falla el mecanismo de responsabilidad por el hecho ajeno (inexistencia de padres, insolvencia, etc), sigue en pie la normal general, que conduciría a que el menor o incapaz respondiera de sus actos propios ex art. 1902. (p. 271). [cursivas añadidas]

Sin embargo, si finiquitamos esa relación ente los artículos 1902 y 1903, y considerando la función resarcitoria de la responsabilidad civil, correspondería la obligación de reparar el daño, tanto al tutor como a la persona sin discernimiento, de manera solidaria, en favor de la víctima. Así lo entiende, Yzquierdo Tolsada (2016), quien señala lo siguiente:

Se puede ir más lejos y defender la responsabilidad *directa* del menor o del incapaz, entendiendo que no guardan tales preceptos una relación de norma general y norma especial, y que son dos los reproches que se debe hacer: el que merece la persona que tenía bajo su guarda o custodia al incapaz autor material del daño y el que pueda merecer este” (p. 272).

D. Francia

En el caso de Francia, la situación es similar a España, con la salvedad de que en CC francés sí encontramos un artículo que establezca la obligación de reparar el daño respecto de la persona sin discernimiento. Así, el art. 414-3¹⁹¹ del CC francés señala que el hecho de dañar a otra persona bajo los efectos de un trastorno mental, no implica una menor obligación a reparar el daño respecto de una persona que no lo padece. En nuestra opinión, tal artículo evidencia que para el CC francés, las personas sin discernimiento, son imputables y, por tanto, pueden encontrarse obligadas a reparar el daño de manera personal. Dicho artículo consagra, como señala Yáñez Vivero (2009), la “plena obligación de las personas que sufren un trastorno psíquico a reparar los daños originados a terceros” (p. 64). Por ende, que el legislador francés ha decidido darle un mismo trato a una persona que cuenta con discernimiento y a otra que carece del mismo (criterio que, dicho sea de paso, ha sido el adoptado por nuestro Código Civil, luego de la promulgación del D.L. N° 1384).

No obstante, la redacción del referido artículo presente una serie de deficiencias. Al respecto, San Martín Neira (2018) señala que: “los autores del Código Civil no se preocuparon por dar reglas sobre la capacidad extracontractual, es así como la versión original del Código Civil francés no incluyó ninguna regla relativa a la capacidad para responder extracontractualmente” (p. 562). En esa línea, Yáñez Vivero (2009) afirma que:

¹⁹¹ Artículo 414-3 del Código Civil francés.-

Cualquiera que haya causado un daño a otro mientras estaba bajo la influencia de un trastorno mental no se encuentra por ello menos obligado a repararlo. (Traducción libre).

El Código Civil francés no se pronuncia expresamente sobre la responsabilidad civil de esos sujetos, limitándose a establecer una obligación de reparación del daño que, en principio, es cosa diferente (...) parece que la intención del legislador es la de dispensar en un mismo trato – en el plano extracontractual – al sujeto *aliené* respecto al *homme sensé*. (p. 91)

Entonces, no es lo mismo el establecimiento del CC francés de una obligación de reparar del daño que, por ejemplo, determinar el factor de atribución (objetivo o subjetivo) que le correspondería a quien se encuentre privado de discernimiento (o, como señala el Código, “bajo el efecto de un trastorno mental”). Así, mostrando cierta discrepancia respecto al hecho de declarar responsable civilmente a quien se encontraba bajo el efecto de un trastorno mental al momento de la generación del daño, Yáñez Vivero (2009) concluye que:

En el conjunto de los ordenamientos europeos, el legislador francés es, sin duda, uno de los más atrevidos a la hora de expresar su convencimiento de que los daños causados por personas que sufren trastornos mentales no pueden quedar sin reparar por los propios autores del daño. (p. 93)

Hacer responsable del daño a una persona sin discernimiento y, por consiguiente, obligarla a la reparación de este último, es un criterio que ha encontrado cierto rechazo en la doctrina. En primer lugar, encontramos a Delvincourt (1813), quien advierte lo siguiente: “la culpa supone una voluntad en aquel que ha cometido el hecho. Por lo tanto, aquellos a quienes se considera sin voluntad, no quedan sometidos a esta suerte de obligación; tales son los locos, los furiosos, los imbéciles” (Como se citó en San Martín Neira, 2018, p. 562). En segundo lugar, concordando con dicho criterio, Marcadé (1889) afirma que: “el hecho, además de ser ilícito, debe ser imputable, esto es, verdaderamente voluntario y provenir de una libre determinación. En consecuencia, el niño de corta edad o el loco no pueden ser autores de un delito o cuasi delito” (Como se citó en San Martín Neira, 2018, p. 562). Así, los hermanos Mazeud (1962) concluyen que: “la culpa debe ser mantenida como condición y fundamento de la responsabilidad civil. Tal es el principio: nada de responsabilidad sin culpa; ello sin perjuicio de situaciones particulares, como los accidentes de trabajo, admitan una excepción” (Como se citó en San Martín Neira, 2018, p. 564).

Sin embargo, en la jurisprudencia francesa se evidencia el criterio de atribución de responsabilidad respecto de la persona sin discernimiento. Así, encontramos la sentencia emitida por la Corte de Casación francesa, 2º Sala Civil, de fecha 18 de diciembre de 1964 (Publicado en el Boletín: Publicación N° 836). La referida sentencia, como señala Yáñez Vivero (2009), “consideró responsable de los daños causados a un epiléptico que en un momento de pérdida de conciencia embistió el coche que conducía contra un peatón, causándole heridas de importancia” (pp. 92). Asimismo, dentro de los principales fundamentos de la referida decisión, encontramos los siguientes:

- Trichard, conduciendo su automóvil, golpeó, al pasar, una Charrette, conducido por Piccino.
- Quien, producto del impacto, resultó herido, este último demandó por daños y perjuicios sobre la base del artículo 1384¹⁹², párrafo 1, del Código Civil ...
- Mientras que la apelación critica la sentencia por haber retenido la responsabilidad de Trichard en su calidad de cuidador del vehículo causante del accidente, mientras que el demente sería exonerado de la presunción de responsabilidad promulgada por el artículo 1384, párrafo 1, del Código Civil.
- Pero mientras que, para decidir que Trichard debería, mediante la aplicación del texto mencionado anteriormente, reparar todo el daño sufrido por Piccino, *la sentencia dictaminó correctamente, que una obnubilación pasajera de las facultades intelectuales que ha sido calificada de demencia, en el sentido del artículo 64 del Código Penal, que procede de una dolencia física cualquiera, no es un evento que pueda constituir una causa de daño externo o externo al tutor.*
- Mientras que esos hallazgos y declaraciones, el Tribunal de Apelación dedujo correctamente que *la ausencia de epilepsia durante la cual ocurrió el accidente, no tuvo el efecto de exonerar a Trichard de la responsabilidad que le incumbe, en su calidad de tutor.*
- De la cual se deduce que los medios no están fundados.

¹⁹²En el año 1964, el artículo 1384 del Código Civil francés (Creado por Ley 1804-02-09, promulgada el 19 de febrero de 1804), se encontraba redactada de la siguiente forma:

Somos responsables no solo del daño que causamos por nuestro propio acto, sino también del que es causado por los actos de las personas por las que debemos responder, o de las cosas que tenemos a nuestro cuidado (...) (Traducción libre).

- Por esos motivos: desestímese el recurso de Casación contra la sentencia del 13 de marzo de 1961 por el Tribunal de Apelación de Nimes N° 62 10 610¹⁹³.

Entonces, la sentencia resuelve respecto de un accidente provocado por una conducción acelerada de un vehículo, por parte de Trichard (quien tuvo un ataque de epilepsia en el momento en el que ocurrieron los hechos), la misma que ocasionó que Piccino (víctima del daño) resulte herido. La sentencia considera, que la obnubilación pasajera de las facultades intelectuales que puedan ser calificadas como demencia, o que tuvieran cualquier otro origen, ya sea por una enfermedad física, no constituyen eventos o situaciones que sean susceptibles de constituir una causa de daño exterior o extraña al guardián (conductor). Por tanto, la sentencia deduce que, el hecho de que haya habido una crisis de epilepsia en el momento en que ocurrieron los hechos, no va a exonerar de responsabilidad al conductor del vehículo (Trichard), toda vez que él es igualmente responsable por el hecho de haber conducido, y haber golpeado el carro que llevaba Piccino, y haberlo lastimado y herido, independientemente de que este tenga episodios epilépticos (los cuales pudieron haber sido previstos perfectamente por Trichard), o por último, episodios de demencia en el sentido de cómo califica la demencia en el Código Civil. En segundo lugar, encontramos la sentencia de fecha 4 de febrero de 1981, emitida por la Sala Civil de la Corte de Casación, la cual se pronuncia respecto al caso de una persona que al sufrir un ataque cardíaco cayó sobre otra, causándole lesiones de gravedad. Así, dentro de los principales fundamentos encontramos los siguientes:

1. Considerando el artículo 489-2¹⁹⁴ del código civil, por cuanto es necesario que, obligado a reparar bajo este texto, el que causó daños a otros estaba bajo la impresión de un trastorno mental; de acuerdo con el juicio atacado, Vaujany,

¹⁹³ Traducción libre

¹⁹⁴ En el año 1964, el artículo 489-2 del Código Civil francés, tenía la siguiente redacción:

“Cualquiera que haya causado un daño a otro, bajo la influencia de un trastorno mental, no se encuentra por ello menos obligado a repararlo” (*)

(*) Artículo derogado por la Ley n° 2007-308 de 5 de marzo de 2007 - art. 7 () JORF 7 de marzo de 2007 en vigor el 1 de enero de 2009.

víctima de un corazón discapacitado, perdió el conocimiento y cayó sobre la Señora X.

2. La Corte concluye que es necesario para aplicar el Artículo 489-2 del Código Civil, que el autor del daño se encuentre bajo la influencia de un trastorno mental. Así, no es aplicable dicho artículo a una persona que, luego de haber sufrido un ataque cardíaco, pierde el conocimiento y cae sobre otra persona que se lesiona y es arrastrada por su caída.
3. El breve pasaje del conocimiento a la inconsciencia no constituye un trastorno mental.
4. Por estas razones: la Corte decide romper y anular el juicio entregado entre las partes el 4 de diciembre de 1978 por el Tribunal de apelación de Grenoble (que había aplicado el artículo 489-2 a la persona que sufrió un malestar cardíaco y cayó sobre la señora X).

En consecuencia, el citado artículo deviene en inaplicable al caso en cuestión, toda vez que el ataque cardíaco sufrido constituye un trastorno físico y el artículo 489-2 solo comprende a las personas que se encuentren bajo el efecto de un trastorno mental. Por último, encontramos la sentencia de la Corte de Casación de fecha 25 de marzo de 1991, cuyos fundamentos principales son los siguientes:

1. Esperado, de acuerdo con las declaraciones de los jueces de fondo, que M. X... M prendió fuego deliberadamente al salón de peluquería de su sobrina, Sabrina X...; que se benefició por una orden de no demanda por un estado de locura en el momento de los hechos, ..., pidió garantía a la empresa Mutuelles des Provinces of France con la que se había suscrito una póliza de "seguro contra incendios o seguro de hogar multirriesgo"; que la aseguradora lo solicitó fuera de causa en el suelo en particular, que M. X ..., que había preparado minuciosamente su acto, tenía la intención de causar el daño, de modo que el incendio no constituía un "accidente" cubierto por el seguro;

2. ... el Tribunal de Apelaciones, que no estaba obligado a seguir a las mutuas de las provincias de Francia en el detalle de su argumento, consideró supremamente que el M. X ... *fue alcanzado, en el momento de los hechos, de trastornos mentales; que infirió con precisión que el incendio no fue intencional y constituyó un "accidente" tal como se define en la sección 2.F de las condiciones generales de la política; que ha justificado*

legalmente su decisión y que no se pueden aceptar los medios en ninguna de sus sucursales. *Por esos motivos: Rechaza la apelación.*

3. Es necesario, para ser responsable de la reparación en virtud del artículo 489-2 del Código Civil, que la persona que causó daño a los demás estuviera bajo la influencia de un trastorno mental. Este no es el caso de la persona que, víctima de una afección cardíaca, pierde el conocimiento y cae sobre otra persona que es causada por su caída, está herida. La breve transición del conocimiento a la inconsciencia no constituye un trastorno mental¹⁹⁵.

Por tanto, los alcances del actual artículo 414-3 (anteriormente, el artículo 489-2), deben interpretarse se tal forma que no sea aplicado a supuestos extraordinarios, como en el referido caso. Así, no podemos comparar a una persona sin discernimiento que sufre un ataque de epilepsia y causa un daño a otro, y a otra que le da un ataque al corazón y tiene el mismo resultado. En efecto, la presencia de un trastorno mental, y la consecuente aplicación del artículo 414-3, solo se evidencia en la primera de las sentencias expuestas anteriormente, es decir, la del denominado caso “Trichard”.

3.1.2 Análisis de la jurisprudencia europea sobre daños causados por las personas mayores de edad sin discernimiento. Casos más relevantes.

Para el desarrollo del presente apartado, nos remitiremos a la jurisprudencia europea, con la finalidad de determinar los criterios seguidos por los Tribunales europeos, en relación a la responsabilidad civil de la persona mayor de edad sin discernimiento.

a. En primer lugar, encontramos la sentencia de la Corte de Casación italiana, emitida por la Cámara del Consejo de la Tercera Sección Civil, de fecha 8 de octubre de 2019 (No. de Recurso 5020), cuyas ideas principales pasamos a exponer a continuación:

Brunella Nisi presentó apelación respecto de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Roma, mediante la cual se le condenaba a pagar una indemnización, de acuerdo al segundo párrafo del artículo 2047¹⁹⁶ del CC italiano, en favor de Teresa

¹⁹⁵ Traducción libre

¹⁹⁶ Art. 2047 del Código Civil italiano.-

En caso de daño causado por una persona incapaz de comprender o querer, la indemnización la debe el que esté obligado a vigilar al incapaz, salvo que demuestre que no pudo evitarlo.

Notarnicola Ignazi, quien la había citado a juicio, junto con el empleador de ambas: el Ministerio de Relaciones Exteriores, con la finalidad de obtener un resarcimiento, por los daños causados por Nisi, quien bajo los efectos de una crisis de esquizofrenia que venía sufriendo, golpeó a Notarnicola en su lugar de trabajo, mientras ambas partes de encontraban en los baños. Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, Brunella Nisi había sido absuelta en un proceso penal, en vista de que el hecho había estado comprometido en un estado de incapacidad para comprender y querer. Por lo que, una vez iniciado el juicio en la vía civil, con la finalidad de conocer, de forma progresiva, la acusación del hecho a la persona incapaz de entender y de querer, conforme al artículo 2046¹⁹⁷, del CC italiano por haber inducido la propia Nisi su estado de pérdida de discernimiento, toda vez que suspendió un tratamiento que estaba llevando en vista de su embarazo. Por lo que el derecho de la parte lesionada debería ser sometido a una indemnización de conformidad con el segundo párrafo del artículo 2047 del Código Civil italiano, o la determinación de una responsabilidad atribuible al Ministerio, de conformidad con el artículo 2049¹⁹⁸ del CC italiano, toda vez que es el empleador de ambas partes del proceso. Sin embargo, en primera instancia el juez consideró infundada la referida solicitud. Por otro lado, en segunda instancia, la Corte de Apelación, sostuvo que la solicitud de indemnización, de conformidad con el artículo 2047 del Código Civil italiano, formulada contra Nisi, había sido correctamente presentada ante el Ministerio desde la convocatoria. La Corte de Apelación concluyó que, dado que el estado de discapacidad natural estaba relacionado con una enfermedad mental diagnosticada, no se puede atribuir al incapaz, de conformidad con el art. 2046 del Código Civil italiano, plena responsabilidad por haber interrumpido su cuidado voluntario; finalmente, no se podía reconocer una responsabilidad de conformidad con el art. 2049 del CC italiano al Ministerio, por culpa in vigilando, dado que las lesiones habían ocurrido durante una

En el caso de que el perjudicado no haya podido obtener una indemnización del responsable de la vigilancia, el juez, en consideración de las condiciones económicas de las partes, podrá condenar al autor del daño a una justa indemnización (Traducción libre).

¹⁹⁷ Artículo 2046 del Código Civil italiano.-

No responde de las consecuencias del hecho dañoso quien no tenía la capacidad de entender o de querer en el momento en que lo cometió, a menos que el estado de incapacidad derive de su culpa. (Traducción libre).

¹⁹⁸ Artículo 2049 del Código Civil italiano.-

Los propietarios y clientes son responsables de los daños ocasionados por el acto ilícito de sus servidores y cometidos en el ejercicio de las funciones que les sean asignadas (Traducción libre).

interrupción del trabajo, en los servicios higiénicos, y por lo tanto no había ninguna conexión de ocasionalidad necesaria entre el servicio brindado dentro del edificio y la agresión dirigida hacia otro trabajador. A su vez, se comprobó que el empleador del agente dañante no puede ser considerado un supervisor de la persona incapaz y, por tanto, no tenía la obligación de indemnizar a la víctima del daño. Por lo tanto, razonando en estos términos, la Corte de Apelación sostuvo correctamente deducida la solicitud de indemnización directamente contra la persona incapaz. Por último, La Corte pospuso el procedimiento a un nuevo rol, para su discusión en audiencia pública¹⁹⁹.

b. En segundo lugar, continuando con la jurisprudencia italiana, encontramos la Sentencia de la Corte de Casación, emitida por la Tercera Sección Civil, de fecha 8 de marzo de 2019 (No. Recurso 14377), cuyos principales puntos son expuestos a continuación:

Claudio Candidi demandó a Giuseppe Rivelli (agente de Policía) y al Ministerio del Interior, con la finalidad de obtener un resarcimiento por los daños que había sufrido como consecuencia de los disparos de arma de fuego contra él por parte de Rivelli, el 29.11.2000, después de que el propio Rivelli hubiera secuestrado un autobús conducido por Candidi y tomado como rehenes tanto al conductor como a los pasajeros. El Tribunal de Roma, dado que, por los mismos hechos, Rivelli había sido absuelto en un proceso penal, rechazó el reclamo del demandante contra ambos acusados, considerando la indemnización de conformidad con el art. 2047 del Código Civil italiano, toda vez que no se había proporcionado ninguna prueba sobre las condiciones económicas de las partes y – en cuanto al Ministerio, el Tribunal decidió que se excluya cualquier responsabilidad, ya que Rivelli había actuado después de un trastorno psiquiátrico repentino, del cual no habían aparecido previamente señales de advertencia.

Sin perjuicio de ello, la Corte de Apelación de Roma reformó la sentencia de primera instancia, condenando a ambos conjunta y solidariamente por daños por importe de 308.640,00 euros, más accesorios y costas procesales. Más precisamente, la Corte le atribuyó el deber de indemnizar a Rivelli, de conformidad con el artículo 2046 del Código Civil italiano, siendo para él imputable el estado de incapacidad en el momento del hecho

¹⁹⁹ Traducción libre.

debido a la ingesta incontrolada, y contra el consejo del médico tratante, de benzodiazepinas; en cuanto a la posición del Ministerio, la Corte señaló que la única circunstancia en que Rivelli actuó con intención y con fines personales es una condición necesaria pero no suficiente para excluir responsabilidad indirecta del empleador prevista en el art. 2049 del Código Civil italiano: la existencia de una relación de ocasionalidad necesaria para la cual las funciones ejercidas han determinado o sólo facilitado la realización del hecho lesivo, relación recurrente donde, como en el presente caso, el agente de policía, aunque no se encuentre en el ejercicio de sus funciones, puede utilizar el arma de fuego asignada a él y llevada legítimamente. A su vez, la Corte de Casación condenó a Rivelli y al Ministerio del Interior, de manera solidaria, a pagar las costas del litigio a favor de Candidi, pagándoles 8.000,00 € en concepto de retribución²⁰⁰.

c. Por otro lado, en lo que respecta a la jurisprudencia francesa, encontramos la sentencia de la Corte de Casación francesa, de la Sala Penal, de fecha 27 de mayo del 2014 (No. De Recurso 13-83.020), la cual procedió a resolver los recursos interpuestos por:

M. Jean-Pierre X, Sra. Christelle Y, esposa Z, partes civiles, contra la sentencia del tribunal de apelaciones de ROUEN, Cámara correccional, de fecha 6 de marzo de 2013, la cual se ha pronunciado acerca de los intereses civiles. El tribunal sentencia, luego de debates en la Audiencia Pública del 1 de abril de 2014: Declarar fundadas las apelaciones. Vistos los escritos de la demanda y de la defensa y las observaciones complementarias aportadas:

- I. Sobre la petición de la Sra. Christelle Y, esposa Z, de constituirse en partes civiles: Consideró que la misma no se justifica.
- II. Sobre el recurso de casación del Sr. Jean-Pierre: Por la demanda única de casación, derivada de la violación del artículo 414-3²⁰¹ del CC francés, entre otros. Se demanda la falta de motivación, falta de base legal; "respecto de la sentencia apelada, de interés civil, se argumentó que el delito de violencia premeditada con arma cometido el 1 de abril de 2005, ha traído como consecuencia una

²⁰⁰ Traducción libre

²⁰¹ Art. 414-3 del Código Civil francés.

Cualquiera que haya causado un daño a otro mientras estaba bajo la influencia de un trastorno mental no se encuentra por ello menos obligado a repararlo (Traducción libre).

incapacidad total de trabajo de más de diez días a MX, se ha declarado improcedente la constitución de parte civil en relación con estos hechos; por los motivos de que el gendarme X ha contado que MZ había invadido propiedad de la familia X para ver a su hija, y que ella se había negado a irse con él, que MZ había salido, y regresó 10 minutos después, habiendo pasado su mano sobre la espalda y sacado una pistola de grueso calibre, que el gendarme le había dicho que suelte, pero él había apuntado su arma hacia él, con el objetivo de dirigirse a su esposa, que el gendarme se había entonces arrojado sobre el arma, intentando desarmarlo, que MZ había accionado la culata de su arma dos veces, para posteriormente apuntarla en dirección de MA. A su vez, dos casquillos de bala habían sido encontrados en el suelo. La relación de los hechos, contada por los gendarmes, aparenta ser la más exacta y circunstanciada. Además, varios amigos de MZ habían atestiguado que se encontraba en estado suicida al momento de los hechos; que la Sala de Instrucción había estimado que al haber manejado su arma de gran calibre por un breve momento frente a su esposa y los gendarmes.

MZ había provocado a estas personas una afectación a su integridad psicológica, caracterizada por un shock emocional tanto sobre su esposa y sobre los dos gendarmes que, a la vista de los certificados médicos, habían sufrido un importante trastorno psicológico; que sin embargo, ante una prevención tomando en consideración los hechos violentos, voluntarios y testimonios contradictorios, donde no resultaba que MZ hubiera apuntado voluntariamente su arma sobre los gendarmes, con la intención de amenazarlos, el Tribunal no podía aceptar que el mero hecho de cometer, en presencia de testigos, un intento de suicidio sangriento, pudiera caracterizar el delito de violencia premeditada con arma, que presupone la voluntad de causar daño a otros, y no de incurrir en el riesgo de atentar contra la integridad psicológica de terceros, al suicidarse frente a ellos con un arma; que el acto de violencia reprimido por el Código Penal debía ser intencional, es decir, concebido y realizado con la conciencia de su brutalidad y su peligro hacia terceros; que la abolición del discernimiento del MZ al momento en que sacó su arma para suicidarse, reconocida por la sala de instrucción, excluía cualquier voluntad lúcida de causar los daños, sirviendo de fundamento para las demandas de las partes civiles; que se determina solamente que MX había quedado gravemente conmocionado por el gesto suicida del MZ, cometido bajo sus ojos tras un violento altercado; que el trauma

psicológico que pudiera resultar de él no era reparable por falta de infracción penal de tal naturaleza que hiciera admisible una constitución de parte civil.

A su vez, respecto de aquel que ha ocasionado daños a terceros estando bajo la influencia de un trastorno mental no está por ello menos obligado a repararlo; que habiéndose negado cualquier derecho de reparación a MX, por la circunstancia de que la abolición del discernimiento de MZ en el momento en que había desenvainado su arma para suicidarse, reconocido por la Sala de Instrucción, excluía cualquier deseo lúcido de causar el daño, que sirviera de base para la demanda de la parte civil cuando el caso había sido precisamente remitido por la Sala de Instrucción al Juzgado de lo Penal para que se pronuncie sobre la responsabilidad civil de la persona de conformidad con el artículo 414-3 del código civil francés. El Tribunal de Apelación no justificó legalmente su decisión;

Considerando que de la sentencia recurrida y de los documentos procesales se desprende que, MZ fue acusado de haber cometido notablemente violencia con un arma en la persona del gendarme X. Que, habiendo apuntado un breve instante con su arma a su esposa y a los gendarmes antes de ponerla en contra de sí mismo en un intento de suicidio; la Sala de Instrucción, después de haberle imputado suficientes cargos de violencia con arma contra el gendarme, lo declaró penalmente irresponsable; que remitido al juzgado de lo penal, fue declarado civilmente responsable de los daños sufridos por el señor Delbaere; que el Sr. Mz. ha apelado contra esta decisión; Considerando que, para que la sentencia no sea firme, decir que el delito perseguido no fue constituido y declarar improcedentes las constituciones de las partes civiles relativas a estos hechos, la sentencia sostiene en particular que no se establece que MZ habría por una fracción de segundo, apuntado con su arma a los gendarmes, y que si los testigos pudieron haber estado conmocionados por el intento de suicidio del MZ, el trauma psicológico que podría resultar para ellos no es reparable, por falta de un delito de naturaleza tal que haga admisible la constitución de una parte civil; Considerando que ya ha sido apreciado el estado de los elementos sometidos a su examen, que el señor MZ no había ejercido violencia sobre los gendarmes, esto volvía inaplicable el artículo 414-3. El Tribunal de Apelaciones ha justificado su decisión, declarando improcedentes la constitución en parte

civil. En consecuencia, el recurso debe ser rechazado y la sentencia es regular en la forma. Por tanto, se decidió rechazar los recursos presentados²⁰².

d. Continuando con el análisis de la jurisprudencia francesa, encontramos la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Burdeos, Quinta Sala Civil, de 4 de marzo de 2015 (No. de Registro 13/01062), cuyos principales aspectos pasamos a relatar a continuación:

El 13 de agosto de 2008, el Sr. Y apuñaló a Michel X y a su hermana Martine X. Como consecuencia de ello, Michel X murió. El señor Y fue puesto, desde el 28 de febrero de 2003, bajo la curatela reforzada encomendada al Centro Hospitalario Camille Claudel.

En el momento de los hechos, él estaba bajo el régimen de hospitalización, con autorización de salidas. Se ha suscribió un contrato de seguro con AGF, ahora ALLIANZ, para garantizar su responsabilidad civil. Mediante sentencia de 29 de junio de 2010, el Tribunal de Instrucción declaró que existían suficientes cargos contra el señor Y, por asesinato e intento de asesinato y declaró a Frédéric Y., penalmente irresponsable.

Demandada por la Sra. Z, asistida por su curadora (la Unión Departamentale des Associations Familiales), el Tribunal de Grande Instance de Angoulême, por decisión del 10 de enero de 2013, señaló que: En primer lugar, declaró su decisión oponible a la CPAM de Charente. En segundo lugar, constató la intervención voluntaria de la empresa ALLIANZ IARD. En tercer lugar, condenó *in solidum* al empleado del Centro Hospitalario Camille Claudel, y la empresa Allianz a pagar a la señora Z, la suma de 8.000 euros, bajo el título de perjuicio de aflicción (daño moral) por la pérdida de su hermano, la cantidad de 1.043,61 euros, bajo el título de daño material, y 3.000 euros como una provisión, a hacer valer por su lesión corporal, por lo que se ordenó un peritaje médico, encomendado al doctor A. El Centro Hospitalario Camille Claudel apeló esta decisión el 18 de febrero de 2013.

Las partes concluyeron debidamente, con la exclusión del señor Y, cuyos escritos, fuera de plazo, fueron declarados inadmisibles por orden del asesor de instrucción de 6 de septiembre de 2013. La ordenanza de cierre se emitió el 7 de enero de 2015. La empleada del Centro Hospitalario Camille Claudel, en sus últimos escritos presentados

²⁰² Traducción libre.

el 9 de agosto de 2013, se opone a la decisión en la que se le condenó con la empresa ALLIANZ a reparar el daño y, en consecuencia, a la condena in solidum del señor Y, y la empresa ALLIANZ para indemnizar el daño sufrido por la señora Z, además de una suma de 2.000 euros.

Madame Z, asistida por su curadora, la Union Departamentale Des Associations Familiares de la Charente, en sus últimos escritos presentados el 8 de julio de 2013, no se opuso a la revocación de la decisión en que condenó al Centro Hospitalario Camille Claudel *in solidum* con la empresa Allianz a reparar su daño, contrariamente a sus propias peticiones. Concluye confirmando por todos los términos, en cuanto se fija a los montos de los daños. La CPAM de la Charente a raíz de escritos de 10 de julio de 2013, se remite a la apelación, reservándose el derecho de reclamar el reembolso de las prestaciones, entregadas a la madame Z, así como a reclamar sobre las costas y costos para aquellos que pierdan el proceso. No obstante, en virtud del artículo 414-3 del Código Civil, toda persona que haya causado daños a otras personas estando bajo la influencia de un trastorno mental no está por ello menos obligado a repararlo.

Por decisión del 8 de abril de 2013, mientras el señor Y era residente del Centro Hospitalario Camille Claudel, el juez de tutela renovó la curatela reforzada con la misión de asistir y controlar al señor Y en el manejo de sus bienes, así como asistirlo en aquellos actos de carácter personal, en aplicación del artículo 451²⁰³ del Código Civil francés. En virtud de estas decisiones, el empleado del Centro Hospitalario Camille Claudel que no tenía una misión de asistencia, no tenía tampoco la custodia del señor Y, y solo podía comprometer su responsabilidad en la demostración de una falta personal en el ejercicio de su cargo o misión. En consecuencia, la decisión referida debe ser revocada en la parte en la que condena al Centro Hospitalario Camille Claudel, en sustitución del Sr. Y, *in solidum* con la empresa Allianz para reparar el daño sufrido por la Sra. Z.

²⁰³ Artículo 451 del Código Civil francés.-

Si el interés de la persona alojada o atendida en un establecimiento de salud o en un establecimiento social o médico-social lo justifica, el juez podrá nombrar, como curador o tutor, una persona o un servicio a cargo del establecimiento inscrito en la lista, de los representantes legales para la protección de los adultos menores de 1^o o 3^o artículo L. 471-2 del Código de Acción Social y Familia, que desempeñe sus funciones en las condiciones fijadas por decreto en el Consejo de Estado.

La misión encomendada al agente se extiende a la protección de la persona, salvo que el juez decida lo contrario. (Traducción libre).

Por estas razones, el tribunal declara la apelación procedente. En atención a ello, confirma la decisión de primera instancia, excepto en la parte en que condena al Centro Hospitalario Camille Claudel *in solidum* con S. A Allianz, a reparar el daño de la señora Z. En consecuencia, condena a Frédéric Y *in solidum* con S. A Allianz a pagar a Madame Z la suma de 8.000 euros, en reparación del daño moral causado por la pérdida de su hermano Michel, condena al pago de de 1.043,61 euros, en reparación del daño material, y la suma de 3.000 euros, bajo el título de provisión a hacer valer por la reparación del daño corporal. Por otro lado, condena a S. A Allianz a pagar al empleado del Centro Hospitalario Camille Claudel la suma de 700 euros. Por otro lado, condena a la referida sociedad S. A Allianz al pago los gastos originados por la apelación²⁰⁴.

e. Por otro lado, en lo que respecta a la jurisprudencia española, encontramos la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 22 de diciembre de 2020 (No. Recurso 16/2019), cuyos argumentos principales son los siguientes:

Pedro Antonio, quien se encontraba internado en el Hospital Psiquiátrico Sagrat Cor, debió a un trastorno de deficiencia mental ligera con trastornos de los impulsos asociados a una parafilia de tipo pedófilo y de un trastorno psicológico no identificado. A su vez, el acusado, mediante la colocación de un alambre en la cerradura de la puerta de su habitación, logró burlar los controles del Hospital y, en consecuencia, salió de su habitación pese a que debía estar encerrado por cuestiones de seguridad. Aprovechando tal situación, realizó las siguientes acciones:

Es el caso que, en agosto del año 2018, Pedro Antonio invadió la habitación del paciente José, quien se encontraba descansando. Cabe señalar que, José se encuentra incapacitado en forma absoluta y, además, padece de un trastorno generalizado del comportamiento, es decir, un retardo madurativo total, con un retraso mental leve. Luego de ello, Pedro Antonio atentó contra la libertad sexual de José, para luego marcharse de la habitación.

Durante las dos semanas siguientes, esta conducta fue reincidente, toda vez que Pedro Antonio realizaba dicho acto en momentos de menor vigilancia en el Hospital. A su vez, José fue amenazado de muerte por Pedro Antonio, con la finalidad de que el

²⁰⁴ Traducción libre

primero de estos no comentase nada. Además, Pedro Antonio le quemó a José un cigarro encendido en el brazo, por lo que le ocasionó lesiones de quemadura, que requirieron de asistencia médica para su curación, y que le conllevaron a estar imposibilitado de realizar sus actividades durante cinco días.

Los referidos hechos le ocasionaron a José una agravación respecto de su conducta, reflejada en un estado de mayor agresividad y alteración en su conducta, como consecuencia de las agresiones sexuales por parte de Pedro Antonio. Conociendo la ilicitud de su actuar, y con la intención de eludir sus consecuencias, Pedro Antonio incitó a José a realizar una serie de escritos, en los cuales buscaba evidenciar un consentimiento expreso de la víctima, con la finalidad de eludir cualquier tipo de responsabilidad. Al respecto, José accedió a redactarlos, debido a que se encontraba intimidado por las amenazas de Pedro Antonio. José, representado por su padre Adrián, reclama por los daños psíquicos y morales, de los cuales el primero de estos ha sido víctima.

Por otro lado, Bernabe (al igual de que José), es otra víctima de las agresiones sexuales por parte de Pedro Antonio. Es el caso que Bernabe se encontraba internado en el Hospital Sagrat Cor de Martorell, desde el 30 de abril de 2018, como consecuencia de una patología, diagnosticada como trastorno de la personalidad y autismo, con psicosis de por medio, la cual conlleva a que padezca una serie de momentos de descompensación y vulnerabilidad. Pedro Antonio, durante el mes de agosto de 2018, se acercó a Bernabe, con el pleno conocimiento del estado de salud de este último. Sucesivamente, Pedro Antonio atentó contra de su libertad sexual, en contra de la voluntad de Bernabe. Con la finalidad de que no contara lo sucedido, Pedro Antonio amenazó a Bernabe con cortarle el cuello, en caso este último contara lo sucedido.

El 4 de septiembre de 2018, Pedro Antonio volvió a atentar contra la libertad sexual de Bernabe, quien, atenazado por el miedo derivado por las amenazas de su agresor, no dio cuenta de estos hechos hasta el 18 de setiembre de 2018. En consecuencia, Bernabe sufrió lesiones que requirieron de una asistencia facultativa, y un tiempo de recuperación de 15 días. Bernabe, representado por su padre Alexis, protesta por aquello que pueda corresponderle por las lesiones sufridas, así como los daños psíquicos y morales. Además, a raíz de lo acontecido, padeció de estrés agudo, que originó un estrés postraumático. Por tanto, Bernabe en la actualidad sufre de una serie de pesadillas.

La responsabilidad civil ex delicto mantiene los fundamentos que se refieren a la determinación de los sujetos responsables. El Código Penal regula a los responsables civiles, derivados la comisión del ilícito penal, que no difiere del sistema que diseña el artículo 1903²⁰⁵ del Código Civil español, conforme a la interpretación que la jurisprudencia civil ha hecho del mismo, y de la normativa reguladora de los seguros.

A pesar de que el Hospital Sagrat Cor de Martorell contaba con informes sobre las patologías que sufre Pedro Antonio, no adoptó el deber de cuidado exigible sobre su persona. El acusado está diagnosticado de retraso mental ligero-moderado con un Cociente Intelectual de 76, inteligencia límite; un trastorno del control de los impulsos con parafilia de tipo pedófilo; trastorno psicótico implantado no especificado; y consumo perjudicial de alcohol. Por tanto, las patologías mencionadas anteriormente, ocasionan se encuentre proclive a actuar sin mediar las consecuencias de sus actos, por lo que lo único que busca es paliar su necesidad inmediata. Por tanto, la capacidad volitiva del acusado se ve mermada, pero no en su esfera cognitiva, toda vez que conoce el carácter ilícito de su actuar. Por sentencia de fecha 26 de febrero de 2019, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 4 de Martorell, Pedro Antonio fue declarado en estado legal de incapacitación total, debido al diagnóstico expuesto anteriormente, el cual se refleja en su incapacidad de autogobierno, la cual persistirá en el tiempo.

Por su parte, la responsabilidad civil del Hospital Sagrat Cor de Martorell estaba asegurada en las aseguradoras SHAM (Société Hospitalaries d'Aussurances Mutuelles), en un 80%, y Segurcaixa Adeslas de Seguros y Reaseguros, en un 20%. La solicitud de las acusaciones, se basa en que sean considerados responsables civiles, además del

²⁰⁵ Artículo 1903 del Código Civil español.

La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

acusado, Germanes Hospitalàries Hospital Sagrat Cor de Martorell y el Servei Català de la Salut, como responsables civiles subsidiarias, y las aseguradoras Sham, Societe Hospitaliere dAssurances Mutuelles y Segurcaixa Adeslas Seguros SA, como responsables civiles directas en virtud del aseguramiento. Al respecto, el Servei Català de la Salut, es la responsable civil subsidiaria. En efecto, como se evidencia de los elementos probatorios, el sistema público de salud en Cataluña, a cargo del Servei Català de la Salut, tiene asignados, conforme al lugar de residencia del afectado por la enfermedad psíquica unos centros de referencia. En el caso del acusado, tras salir de la cárcel por haber cumplido su condena, fue internado en el Hospital Sagrat Cor de Martorell. Es decir, el centro de referencia era este hospital, debido a la propia decisión del ente administrativo público de salud. En consecuencia, su legitimación no puede ponerse en cuestión. Asimismo, tampoco puede ponerse en duda la legitimación del centro sanitario y, por añadidura, de las dos aseguradoras, que tienen la condición de responsables civiles directas. Por otro lado, es necesario dilucidar si, a partir de los hechos, las entidades indicadas deben o no responder civilmente por el daño causado por el acusado a las víctimas.

De las pruebas actuadas, se evidencia la responsabilidad civil del Hospital Sagrat Cor de Martorell, al no haber adoptado las medidas necesarias de control sobre la persona del acusado, toda vez que este último pudo escapar de su habitación y, aprovechando el escaso control durante un determinado horario, cometió delitos en agravio de José y Bernabe. Por otro lado, conforme a la exigencia de culpa del sistema de responsabilidad civil, no se libera de responsabilidad ni al establecimiento sanitario ni, por extensión, al resto de sujetos a los que se les ha atribuido legitimación. El razonamiento es el siguiente: Las medidas no fueron idóneas para extinguir el peligro que para los demás internos suponía la presencia del acusado. En consecuencia, nos encontramos ante un supuesto de culpa in vigilando, uno de los fundamentos de la responsabilidad civil por los hechos de tercero y, por tanto, las cuatro entidades tienen la condición de responsables civiles.

En lo que respecta a la cuantificación de la indemnización, las circunstancias personales de las víctimas y las de los hechos en sí considerados justifican que la indemnización sea elevada. En efecto, tanto José como Bernabe son personas muy vulnerables y, además, la agresión se produjo en un hospital psiquiátrico en el que tenían

que sentirse seguros y protegidos. Por el contrario, la agresión vino de un interno atentó contra la indemnidad sexual de aquellos, ejerciendo violencia. Por ende, se condenó a Pedro Antonio a indemnizar a José y a Bernabe en la cantidad de 60.000 euros para cada uno de ellos, que la recibirán a través de su representación legal.

Se declaran la responsabilidad civil directa de las aseguradoras Sham, Societe Hospitaliere dAssurances Mutuelles y Segurcaixa Adeslas Seguros SA, que responderán en un 80% la primera (48.000 euros) y en un 20% la segunda (12.000 euros), importes que se fijan a favor de José y Bernabe . Se declara la responsabilidad civil subsidiaria de Germanes Hospitalàries Hospital Sagrat Cor de Martorell y Servei Català de la Salut.

f. Por último, continuando con el análisis de la jurisprudencia española, encontramos la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del siete de setiembre de 2020 (No de Recurso: 315/2019).

Ángel Daniel, el 9 de marzo de 2015, se encontraba en su domicilio junto con su madre, la señora Eva María, quien tenía suscrito un seguro de responsabilidad civil con la compañía aseguradora BBVA seguros. El acusado empezó a discutir con su madre, a quien amenazó con quemar el piso. A su vez, el referido acusado, con la intención de dañar el inmueble en donde vivía, y aceptando que eventualmente podrían también dañarse los demás pisos del inmueble en el que residía, prendió fuego al colchón de su habitación, lo que ocasionó un incendio que se extendió a varios departamentos del edificio, además del suyo.

El acusado, al momento de la generación del daño e, inclusive, hasta la actualidad, tiene sus facultades volitivas e intelectivas seriamente afectadas, a causa de un trastorno orgánico de la personalidad, trastorno depresivo y la dependencia a sustancias y psicosis. En atención a ello, se encuentra internado en el centro psiquiátrico Torribera en la localidad de Santa Coloma de Gramanet.

Eva María señalaba que no debió ser condenada como responsable civil subsidiaria señalaba que, la causa del incendio se debió a una discusión entre madre hijo y, en consecuencia, lo que hiciera su hijo, no debía ser responsabilidad de ella, toda vez que Ángel Daniel estaba recibiendo tratamiento médico, no recibiendo otra medida terapéutica adicional. Por otro lado, argumenta que al momento en que empezó el incendio, ella ya se encontraba fuera del domicilio, por lo que se encuentra justificado

que la misma no pudiese representarse la posibilidad de que la amenaza de su hijo de incendiar el edificio sea veraz, llegando a arriesgar incluso, su propia integridad física.

Así, Eva María concluye señalando que, en el caso en cuestión no coexisten los requisitos exigibles para la consecuente declaración de responsabilidad civil subsidiaria. Por ende, niega la existencia de cualquier responsabilidad derivada del artículo 1903²⁰⁶ del Código Civil español, debido a que se trató de un incendio causado por su hijo mayor de edad. A su vez, niega responsabilidad recaída en el artículo 1902²⁰⁷ del Código Civil español, derivada de una eventual responsabilidad objetiva como cabeza del familiar, con base al argumento señalado anteriormente, es decir, niega la existencia de responsabilidad, ya sea contractual o extracontractual, que devenga en una obligación indemnizatoria, conforme al artículo 1902 y siguientes del Código Civil español.

La entidad BBVA fundamenta su postura en dos argumentos: en primer lugar, pone énfasis en su falta de cobertura, debido a que el incendio fue intencionado y provocado por Ángel Daniel. Por tanto, y debido al carácter doloso del siniestro y no siendo el generador del incendio, la referida entidad quedaría liberada de asumir cualquier tipo de responsabilidad pecuniaria.

En el caso en cuestión, del incendio se generaron daños y desperfectos, tanto en la vivienda, propiedad de su madre, como en otras viviendas aledañas y que formaban parte del edificio, hace que nos encontremos ante un delito que conlleva una responsabilidad civil, judicialmente declarada. Y esa responsabilidad, debe ser cubierta

²⁰⁶ Artículo 1903 del Código Civil español.-

La obligación que impone el artículo anterior es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.

²⁰⁷ Artículo 1902 del Código Civil español.-

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado

frente a terceros perjudicados por ese contrato de responsabilidad en el Ángel Daniel figura como asegurado, sin perjuicio de la posibilidad de que posteriormente la aseguradora pueda repetir frente al mismo, por el carácter doloso de su conducta.

Por tanto, la "exceptio doli" no libera al asegurado de la obligación de responder frente a las víctimas daño. Esto sin perjuicio del derecho a repetir contra Ángel Daniel. Por tanto, la exclusión no puede hacerse valer por la aseguradora ante las víctimas del daño. Por tanto, la referida aseguradora debe responder en calidad de responsable civil directa.

En síntesis, la señora Eva María concluye señalando que, no coexisten en el presente caso los requisitos que se vienen exigiendo para la declaración de responsabilidad civil subsidiaria. En consecuencia, lo que es materia de discusión es si la Sra. Eva María debe responder subsidiariamente de los daños causados por el incendio provocado por su hijo, Ángel Daniel, lo que resulta ser un debate de índole jurídico, independientemente de la valoración probatoria. A su vez, se acreditó que el acusado no se encontraba bajo ningún régimen de protección legal por parte de su madre, la señora Eva María, ni mucho menos fue declarado judicialmente incapacitado. A su vez, no se acreditó que alguno de los organismos y servicios públicos de carácter médico dieran cuenta de la necesidad de colocar a Ángel Daniel bajo un régimen de protección, supervisión o vigilancia. No es viable que Eva María, quien corrió un severo riesgo respecto de su integridad física, sea condenada en calidad de responsable civil subsidiaria. Dicha persona cuenta con 82 años de edad, lo que la convierte en vulnerable, no solo por sus años, sino por el contexto familiar en el que se encontraba, es decir, con temor hacia su propio hijo. Además, no se le puede exigir a Eva María un plus de diligencia, que la haga mecedora de la responsabilidad que se le exige. Por tanto, el recurso de apelación, planteado por la defensa de Eva María, debe ser estimado. Por lo tanto, se declara la responsabilidad civil de la Entidad BBVA, y se exonera de responsabilidad a Eva María. }

3.2 Análisis de las normas de aplicables en el Derecho peruano, respecto de la persona mayor de edad sin discernimiento

La responsabilidad civil extracontractual puede ser subjetiva u objetiva.. El artículo 1969²⁰⁸ del CC, en primer lugar, se basa en un factor de atribución subjetivo, bajo el cual se evalúa dolo, es decir, la intención de generar daño; o culpa, es decir, la negligencia, impericia, imprudencia o, como explicaremos más adelante, el alejamiento de un determinado estándar de conducta. Cabe señalar que, en la responsabilidad civil extracontractual, no encontramos distintas gradaciones de culpa, como sí ocurre en la contractual (culpa leve y culpa grave e inexcusable), sino más bien, lo que encontramos es la culpa “a secas”, es decir, una culpa que no se encuentra graduada en distintos niveles, por lo que existe un único criterio de culpa.

Por otro lado, en el citado artículo 1969 de nuestro CC, lo que encontramos es una inversión de la carga de la prueba. En efecto, a diferencia de la responsabilidad civil contractual, donde la carga de la prueba lo tiene la víctima (el demandante), quien tiene que probar el daño que ha sufrido, en la responsabilidad civil extracontractual, la carga la prueba la tiene el agente dañante, quien se encontrará en el deber de demostrar que su actuación ha sido carente de dolo o culpa.

En el artículo 1970²⁰⁹ de nuestro CC, la responsabilidad objetiva se evidencia partiendo de la premisa de que el agente dañante responde civilmente por el hecho de haber generado un riesgo. Por ende, el factor de atribución objetivo, se caracteriza por prescindir de cualquier análisis de dolo o culpa. En efecto, no siempre el factor de atribución subjetivo va a resultar eficiente para establecer la obligación del agente dañante de resarcir el daño. Por tanto, el factor de atribución objetivo se presenta como una opción adicional en favor del cumplimiento de la función resarcitoria de la responsabilidad civil, la cual consiste en reparar el daño ocasionado a la víctima, es decir, reconstruir, en la medida de lo posible, la situación anterior al evento dañoso. Así, reparar

²⁰⁸ Artículo 1969 del Código Civil peruano.-

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

²⁰⁹ Artículo 1970 del Código Civil peruano.-

Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

implica restituir a una situación anterior, lo cual a veces es posible y a veces no. La función resarcitoria tiene como principal objetivo tutelar a la víctima, procurando en la medida de lo posible, que el daño que ha sido generado, sea mitigado o eliminado.

3.2.1 Factor de atribución subjetivo

El factor de atribución subjetivo, como se advirtió anteriormente, se centra en el análisis del dolo y la culpa. En primer lugar, el dolo constituye la intención de generar el daño en perjuicio de la víctima. A nivel penal, en lo que refiere al dolo, encontramos dos conceptos debidamente diferenciados:

En primer lugar, encontramos al dolo directo, en el cual, como señala Espinoza Espinoza (2016): “el sujeto actúa para provocar el daño” (p. 202). Por tanto, tal definición encaja dentro del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. Como señala Cesare Salvi (1988):

Es opinión generalmente compartida que el dolo. Relevante a los efectos de la responsabilidad extra-contractual, se identifica con la noción penal del dolo genérico, que prescinde de elementos específicos de intencionalidad o fraude, *resolviéndose en la voluntad de ocasionar el daño.* (como se citó en Espinoza Espinoza, 2016, p. 202) [cursivas añadidas]

En segundo lugar, encontramos al dolo eventual, el cual es una especie de dolo casual, es decir, no es intencional. Es una situación en la que actúas bajo la convicción de que no se va a causar daño, pero decides asumir el riesgo, es decir, te representas la posibilidad de que el daño se dé. Para Aníbal Alterini (1987), en el dolo eventual:

El sujeto obra aunque se represente la posibilidad de un resultado dañoso, que no descarta; como cuando para ganar una carrera automovilística continúa su marcha a pesar de hallar en su camino a una persona que puede herir con su vehículo, y afronta el riesgo de así hacerlo. Adviértase que aquí no hay dolo directo, *toda vez que el sujeto no se representa el daño y actúa para producirlo, sino que en la alternativa que le plantea continuar su acción con la eventualidad de producir el*

daño, y desistir de ella para descartarlo, continúa el acto. (Como se citó en Espinoza Espinoza, 2016, p. 202)

Por tanto, podemos concluir que en ambos tipos de dolo, el eventual resulta ser el menos lesivo, si nos remitimos en función a la intencionalidad del agente dañante. Sin embargo, como señala Espinoza Espinoza (2016):

Estas precisiones, en muchos casos, de difícil delimitación en la práctica, no varían la solución establecida por el Código Civil, vale decir, que se le atribuye responsabilidad subjetiva al que actúa con dolo o culpa. (p. 203)

Por tanto, ya sea a título de dolo, o a título de culpa, el agente dañante responde civilmente por haber vulnerado el *neminem laedere*, es decir, el deber genérico de no dañar. Por otro lado, en lo que respecta a la culpa, podemos afirmar que no admite gradaciones, en materia de responsabilidad civil extracontractual. Siguiendo a De Cupis (1975), la culpa es definida como aquel “estado anímico que, en relación a un daño concreto, puede apreciarse de *reprochable* (Como se citó en Espinoza Espinoza, 2016, p. 184).

Como se advirtió anteriormente, en la responsabilidad civil extracontractual, el dolo o culpa por parte del agente dañante se presumen. Sin embargo, cabe cuestionarnos si tal situación es correcta. En primer lugar, en lo que respecta a la presunción dolo del agente dañante, en nuestra opinión, consideramos que no debe ser así, toda vez que su inexistencia puede resultar inútil si lo que busca este último es liberarse de la obligación resarcitoria. Como señala León Hilario (2017):

Es de observar, ante todo, que *la demostración de la falta de dolo carece de utilidad en el campo de la responsabilidad civil*, lo que no ocurre en la responsabilidad penal. En el segundo ámbito, la aplicación de las penas está condicionada, por excelencia, a la verificación de una conducta dolosa; por ende, la demostración de la inexistencia de intencionalidad de cometer un crimen sí puede decidir el dictamen en el juicio respectivo. Ello no sucede en el campo aquilino, porque el deber de resarcimiento persiste aun cuando no haya existido, sino simplemente culpa (y a veces, al margen de todo criterio subjetivo de imputación, pero este otro problema).

La ley tampoco contempla la posibilidad de aminorar el monto del resarcimiento si se ha obrado con culpa, y no con dolo; en caso contrario, sí tendría algo de razón lo prescrito en el Código Civil.

Tampoco hay supuestos normativos que señalen al dolo como criterio de imputación imprescindible para efectos de la determinación de la responsabilidad. (p. 186) [cursivas añadidas]

Por tanto, no es determinante la existencia del dolo para el establecimiento del deber resarcitorio respecto del agente dañante. En efecto, no solo se responde a título de dolo, sino también a título de culpa o, además, por el hecho de haber creado un riesgo (responsabilidad objetiva). Así, la presunción del dolo deviene en ineficiente. Por el contrario, la presunción de la culpa sí tendría lugar en la responsabilidad civil extracontractual. Como señala De Trazegnies Granda (1988):

Queda evidentemente en claro que la inversión de la carga de la prueba no puede comprender el caso de dolo, porque el dolo no se presume nunca. Por consiguiente, si el demandante se limita a probar el daño y el nexo causal, debe suponerse iuris tantum, que ha habido simplemente culpa, lo que es suficiente para hacer al demandado responsable, dentro de los alcances del artículo 1969. Si el demandante tuviera interés en dejar establecido que no solo hubo culpa, sino incluso dolo (aunque ello parece irrelevante para los efectos de la responsabilidad extracontractual), la inversión de la carga de la prueba no lo ayudaría en este punto y estaría obligado a probar el dolo del autor del daño. (Como se citó en León Hilario, 2017, p. 185) [cursivas añadidas]

En lo que respecta a la culpa, encontramos que su presunción sí es relevante en materia de responsabilidad civil extracontractual, toda vez que su importancia es mayor a la del dolo, el cual nunca debe presumirse. Como señala Parra Quijano (2006), la presunción es definida como: “un juicio lógico del legislador o del juez, que consiste en tener como cierto o probable un hecho, partiendo de hechos debidamente probados” (p. 709).

En lo que respecta a la presunción de la culpa, cabe advertir, que es *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario. Así, desvirtuar tal presunción corresponderá al

agente dañante. Al ser la culpa la desviación de un estándar de conducta, su presunción será desvirtuada si es que se demuestra una actuación diligente, acorde a dicha estándar, como señala Tamayo Lomaba (2009):

La apreciación no se hace en concreto sino in abstracto. Esto es, no se tienen en cuenta las circunstancias y condiciones subjetivas del demandado en responsabilidad civil sino que *se recurre a un tipo abstracto (el del hombre prudente), para hacer la comparación*. Se va a averiguar si el automovilista prudente, o el transeúnte prudente, o el médico prudente, a quienes se supone en las mismas circunstancias externas, se hubieran comportado en forma distinta y hubieran evitado el daño. (pp. 112-113)

Así, el demostrar una actuación prudente y diligente de la parte demandada, desvirtuará la presunción de culpa y conllevará a la consiguiente exoneración de responsabilidad. En lo referente al alejamiento del estándar de conducta por parte del autor del daño, Pietro Trimarchi (1967) señala que la culpa es entendida como la “violación de una regla de conducta, el cumplimiento de una acción prohibida, o la omisión de un comportamiento debido” (Como se citó en Espinoza Espinoza, 2016, p. 195).

3.2.1.1 Análisis de la legislación latinoamericana aplicable a las personas sin discernimiento

Además de la aplicación del factor de atribución subjetivo en el artículo 1969²¹⁰ de nuestro CC, también algunos países en Sudamérica han recogido tal criterio en materia de responsabilidad civil extracontractual, como es el caso de Argentina y Colombia

A. Argentina

En lo que respecta a Argentina, en lo que concierne a este trabajo, es necesario remitirnos al primer párrafo artículo 1750²¹¹ del CCNA. En primer lugar, el referido artículo

²¹⁰ Artículo 1969 del Código Civil peruano.-

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

²¹¹ Artículo 1750 del CCNA.-

El autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad. Se aplica lo dispuesto en el artículo 1742.

establece que la persona sin discernimiento, quien causa un daño involuntario, responde civilmente, pero no al mismo nivel que una persona que está en pleno uso de sus facultades mentales. Así, el deber resarcitorio será establecido “por razones de equidad”. Sin embargo, cabe señalar que la responsabilidad por hecho propio, entiéndase, causado por una persona con discernimiento, se encuentra prevista en el artículo 1749²¹² del CCNA, en el cual, como señalan Picasso y Saénz (2015):

El ámbito de aplicación de la norma queda circunscripto únicamente a los supuestos en que el perjuicio es ocasionado por la acción u omisión propia del agente ... Puede tratarse tanto de daños causados mediante el empleo físico del cuerpo (golpes, empujones, manipulación de cosas instrumentales) como de los resultantes de otra clase de conductas del agente (por ejemplo, injurias o calumnias). Es evidente que, aunque la norma no lo diga, el supuesto se refiere a los daños causados por la culpa o el dolo del agente ... (p. 465).

Por tanto, el referido artículo establece un factor de atribución subjetivo respecto del agente dañante. Por otro lado, retomando el análisis del artículo 1750, la ausencia de discernimiento es determinante para poder determinar si se está bajo el ámbito de aplicación de este artículo, Picasso y Saénz (2015) afirman lo siguiente:

Para que surja responsabilidad la extracontractual directa prevista en el art. 1749 CCyC –ya comentado– *es preciso que el acto sea imputable al agente, ya sea a título de culpa o dolo* (art. 1721²¹³ CCyC²¹⁴). Asimismo, *para que eso sea posible es preciso que el acto desarrollado por el sindicado como responsable sea voluntario, es decir, que haya sido ejecutado con discernimiento, intención y*

El acto realizado por quien sufre fuerza irresistible no genera responsabilidad para su autor, sin perjuicio de la que corresponde a título personal a quien ejerce esa fuerza (el subrayado es mío).

²¹² Artículo 1749 del CCNA.-

Es responsable directo quien incumple una obligación u ocasiona un daño injustificado por acción u omisión.

²¹³ Artículo 1721 del CCNA.-

La atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

²¹⁴ Entiéndase bajo esta abrevitura: “Código Civil y Comercial de la Nación argentino”.

libertad (art. 260²¹⁵ y 261²¹⁶ CC y C). Cuando falta alguno de esos elementos, no puede imputarse responsabilidad en los términos del art. 1749 CCyC en cuestión. ... el CC y C, que dispone que el autor de un daño causado por un acto involuntario (por ausencia de discernimiento o porque el agente obró en el marco del error, el dolo o la violencia) responde por razones de equidad ... Es preciso tener en cuenta que, conforme al sistema instaurado en el CCyC, *el accionar involuntario del agente será igualmente ilícito* ... (pp. 466-467) [cursivas añadidas]

Entonces el acto involuntario, para el legislador argentino, es definido como aquel que es ejecutado sin la presencia del discernimiento. Adviértase que los citados autores no dicen que la persona sin discernimiento no responde civilmente. Sin embargo, su situación implica una especie de atenuante en lo que respecta al resarcimiento, en vista de que este será determinado bajo razones de equidad. A su vez, es de advertirse que el artículo 1750 nos remite al artículo 1742²¹⁷ del CCNA, el cual establece el deber del juez de fijar el monto de la indemnización teniendo en cuenta el patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Así, en lo que respecta a la adecuación en función del patrimonio del deudor, consideramos que dicho criterio es justo, en vista de que no consideramos posible que el responsable del daño carente de discernimiento, se vea privado de los recursos necesarios para su subsistencia, debido a un hecho generado por su actuar, pero que carecía de voluntariedad al momento de su realización. Como señalan Picasso y Saénz (2015):

En primer lugar, la norma tiene en cuenta la situación patrimonial del responsable.

En atención al carácter excepcional de la atenuación, cabe exigir que su

²¹⁵ Artículo 260 del CCNA.-

El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior

²¹⁶ Artículo 261 del CCNA.-

Es involuntario por falta de discernimiento: a) el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón; b) el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años; c) el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.

²¹⁷ Artículo 1742 del CCNA.-

El juez, al fijar la indemnización, puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias del hecho. Esta facultad no es aplicable en caso de dolo del responsable.

patrimonio está seriamente comprometido, y que, ya sea por una mala situación anterior al hecho, o producto de lo cuantioso del resarcimiento, el deudor únicamente cuente con los recursos necesarios para su subsistencia. (p. 455)

Otro aspecto relevante que debe ser tomado en cuenta por el juez, al momento de fijar el monto de la indemnización, lo constituye la situación personal de la víctima. Según nuestra opinión, en caso de que la víctima cuente con una situación patrimonial bastante favorable. Por tanto, considerando la falta de discernimiento del agente dañante, el monto de la indemnización podría reducirse. Sin embargo, colocándonos en el otro supuesto, es decir, en caso la víctima cuenta con un patrimonio paupérrimo: ¿correspondería disminuir la indemnización, aunque esto resulte desfavorable para la víctima del daño?. Picasso y Saénz (2015) responden a dicha interrogante, comentando el artículo 1742, los referidos autores señalan lo siguiente:

La norma en estudio menciona expresamente a la situación patrimonial del damnificado entre las pautas a tener en cuenta para morigerar la indemnización. En este sentido, un sector de la doctrina ha postulado que *la atenuación del resarcimiento debe excluirse cuando el damnificado se encuentre en una situación patrimonial difícil, que le impida, por ejemplo, atender a su subsistencia o a la de sus familiares*. Resultaría injusto atender exclusivamente a la condición económica del obligado, y prescindir de aquella en que se encuentra o queda el damnificado. (p. 455) [cursivas añadidas]

En efecto, la referida propuesta, a nuestro parecer, resulta más equitativa, toda vez que atiende a la función resarcitoria de la responsabilidad civil. Sin embargo, el precepto normativo es claro al no establecer excepciones respecto de la consideración de la situación patrimonial de la víctima por parte del juez al momento de fijar la indemnización. Por otro lado, el tercer supuesto de atenuación de responsabilidad, lo encontramos en las circunstancias del hecho.

Al respecto, consideramos que este supuesto resulta ser bastante amplio, en vista de la amplia gama de posibilidades en las que un daño puede generarse en el campo de la responsabilidad extracontractual, por lo que este supuesto debe ser entendido como una cláusula abierta, la cual quedará al criterio del juez en función de cada caso en

particular. Para Picasso y Saénz (2015), las circunstancias del hecho constituyen un supuesto que “deja abierta la posibilidad de que el juez también tome en cuenta las demás características del hecho dañoso, para valorar debidamente la procedencia o no de la atenuación” (p. 455). Por último, el legislador ha considerado pertinente excluir de cualquier posibilidad de atenuación de responsabilidad el supuesto en que haya mediado dolo por parte del agente dañante. Siguiendo a Picasso y Saénz (2015), tal situación es:

Una aplicación del principio tradicional según el cual el dolo impide al responsable prevalerse de topes o limitaciones a la reparación, convencionales o legales. (...) el dolo no únicamente consiste, en el Código, en la intención de ocasionar el daño, sino también en la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724²¹⁸, in fine, CCyC). La norma únicamente se refiere al dolo, pero la gravedad de la culpa del responsable puede también ser valorada por el juez como parte de las “circunstancias de hecho” a las cuales se refiere el artículo.

Es claro que la atenuación debe apreciarse con criterio restrictivo, pues rige, en principio, la reparación plena, y *la atenuación es una excepción a dicha regla general*. (p. 456) [cursivas añadidas]

Así, podemos concluir que la falta de discernimiento, en el CCNA, es causal de atenuación de la responsabilidad del autor del daño y, además, dicha situación es de carácter excepcional.

B. Colombia

Por otro lado, encontramos el CC colombiano, el cual establece una responsabilidad directa por parte de la persona carente de discernimiento. Como se advirtió anteriormente, la Ley 1996 de 2019, reformó el CC colombiano, reconociendo la plena capacidad de ejercicio de la persona con discapacidad, incluyendo dentro de este universo a las personas sin discernimiento. Por tanto, al tener plena capacidad de ejercicio, tendrán

²¹⁸ Artículo 1724 del CCNA.-

Son factores subjetivos de atribución la culpa y el dolo. La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

también imputabilidad, es decir, estarán en la actitud de responder civilmente por los daños que ocasionen. Por tanto, les será de aplicación el artículo 2341²¹⁹, el cual establece la obligación de indemnizar respecto de la persona que le haya causado un daño a otra, es decir, una responsabilidad por hecho propio. A su vez, cabe advertir que el referido artículo establece un factor de atribución subjetivo respecto del agente dañante. Al respecto, es de advertirse que el CC bajo comentario emplea el término “delito”, el cual nos resulta llamativo, toda vez que, si bien es cierto el delito puede dar lugar a una acción indemnizatoria (mediante la generación de algún daño), en el C.C. de nuestro país, dicho término se encuentra ausente. Así, consideramos que lo que el legislador colombiano ha pretendido es distinguir dos vías mediante la cual se puede llevar a la obligación indemnizatoria. Así, en primer lugar, se puede arribar a ella en caso se haya cometido un delito (lo que da lugar a la vía penal), el cual debe haber generado un daño (elemento principal de la responsabilidad civil) a la otra persona y; en segundo lugar, mediante culpa (factor de atribución subjetivo) por parte del agente dañante. Siguiendo a Tamayo Jaramillo (2015), cualquier delito penal se va encontrar comprendido dentro del ámbito de los delitos civiles, siempre y cuando se verifique la existencia de un daño, ya sea de naturaleza patrimonial o moral. Sin perjuicio de ello, no es correcto afirmar lo contrario, toda vez que no todo ilícito civil se encuentra dentro del ámbito del delito penal (p. 135).

Entonces, es de advertirse que la vía civil engloba a la penal, siempre y cuando se encuentre presente un daño, pero la vía penal no engloba a la civil. Ahora bien, retomando el análisis del presente artículo, Tamayo Jaramillo (2015) señala que la exigencia del sistema jurídico colombiano para que se dé lugar a la responsabilidad civil consiste en tres requisitos: “que el agente haya cometido un hecho culposo; que ese hecho culposo haya causado daño y, como consecuencia lógica, que exista un vínculo de causalidad entre el hecho y el daño” (pp. 123-124). Entonces, el factor de atribución subjetivo es la regla, pero la misma admite excepciones (responsabilidad objetiva). Como señala Sánchez Hernández (2016):

²¹⁹ Artículo 2341 del Código Civil colombiano.-

El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.

La culpa ocupa todo el centro de atención de las normas sobre responsabilidad extracontractual, erigiéndose como un principio según el cual en ausencia de culpa no puede declararse civilmente responsable a una persona por haber ocasionado un daño, principio que, como se verá en el aparte siguiente, podría tener una excepción en el artículo 2356 c.c. (p. 319)

Como se señaló anteriormente, la culpa, entendida como la desviación de un determinado estándar de conducta, no admite gradaciones en la responsabilidad civil extracontractual, y esto es algo que hemos podido constatar en las diferentes legislaciones citadas anteriormente. En conclusión, de conformidad con Fernández Muñoz (2003):

En la responsabilidad extracontractual es difícil que exista la gradación de culpa que el ordenamiento prevé para la responsabilidad contractual, dado que en las relaciones extracontractual el principio general del *neminem laedere* (el deber de cada quien de no causar daño a los demás o de no violar el derecho de los otros injustamente) no puede ser removido ... En efecto, cualquier negligencia, incluso la más leve, puede dar lugar a responsabilidad aquiliana. (pp. 236)

Por otro lado, encontramos dos clases de culpa: objetiva y subjetiva, siendo la segunda de estas la más favorable respecto de la liberación del deber resarcitorio en favor de la persona sin discernimiento. En efecto, si empleamos la culpa objetiva en el caso en concreto, se estaría realizando un cotejo entre una persona sin discernimiento y persona en pleno uso de sus facultades mentales. Por el contrario, la culpa subjetiva, como su mismo nombre lo indica, centra su análisis en las características personales del agente dañante. Como señala San Martín Neira (2018):

La noción subjetiva corresponde al concepto tradicional de origen romano, que incluye la aptitud del sujeto para advertir el riesgo y comportarse en modo diferente, aunque esta aptitud se limite a la posibilidad (teórica de abstenerse de actuar. La noción objetiva, en cambio, se funda en la sola disconformidad entre la conducta ideal (estándar) y la conducta concreta (comportamiento efectivo) del sujeto en cuestión. *El resultado práctico de introducir una noción objetiva de culpa es que todas las personas pueden incurrir en ella. Incluso aquellos que no están en condiciones de adaptar su conducta las circunstancias por carecer de discernimiento.* (p. 566) [cursivas añadidas]

Por otro lado, para Espinoza Espinoza (2016), la culpa objetiva, es aquella que se produce “por violación de las leyes. La culpa es *in re ipsa*, es decir, el ordenamiento determina el parámetro del comportamiento y si el agente no lo cumple, este es responsable” (p. 196). Así, lo que importa es el cumplimiento de determinado parámetro, siendo irrelevante si la persona que causa el daño carece o no de discernimiento. Así, una persona que padece de un trastorno mental y causa un daño a otra puede ser encontrada responsable civilmente y, por ende, obligada a la reparación del daño. Como señalan los hermanos Mazeud (1960), en atención a la culpa objetiva: “apreciar la culpa *in abstracto* es preguntarse, sin entrar en semejante averiguación, lo que había hecho otra persona en las mismas circunstancias, proceder por comparación con la conducta de un tipo abstracto” (Como se citó en Espinoza Espinoza, 2016, p. 196). A su vez Yáñez Vivero (2009) señala que la culpa objetiva:

Consiste en que el comportamiento de un sujeto será considerado culposo si se separa de un parámetro determinado, parámetro éste que se suele identificar con el fijado para la culpa contractual: la diligencia de un buen padre de familia”. (p. 53)

El parámetro de conducta, entonces, es determinante al momento de realizar el cotejo. En materia contractual, la situación resulta ser más compleja, toda vez que se encuentran distintas gradaciones de culpa, por ejemplo, la culpa leve y la culpa grave e inexcusable. Como se señaló anteriormente, bajo el criterio de la culpa objetiva, la persona que no puede distinguir lo bueno de lo malo, responde civilmente a pesar de encontrarse en dicha situación. Así lo entiende Yáñez Vivero (2009), quien señala que:

La concepción objetiva de la culpa, al prescindir de las circunstancias psicofísicas del agente del daño, permitiría declarar la responsabilidad de una persona, aun careciendo plenamente de capacidad de entender y querer, cuya actuación haya sido incorrecta por haberse desviado del estándar de cuidado exigido al “hombre medio”. (p. 53)

Más favorable a la persona sin discernimiento, resulta ser la responsabilidad subjetiva, la cual repara en las características propias del sujeto. Por tanto, su situación mental, que resulta desfavorable en relación de una persona que se encuentra en pleno de

sus facultades mentales, va a ser valorada al momento de determinar si debe o no responder civilmente. De conformidad con Yáñez Vivero (2019):

La concepción subjetiva de la negligencia, al valorar las características psicofísicas del dañante como presupuesto de la obligación de responder, *permitiría exonerar de responsabilidad a una persona incapaz. Por considerar que no se le puede exigir el canon de diligencia propio del ciudadano “normal”.* (p. 53) [cursivas añadidas]

Por su parte, Salvi (1998) propone un ejemplo de la aplicación de la culpa subjetiva, respecto de una persona que no puede distinguir lo bueno de lo malo, afirmando que bajo dicho modelo de culpa: “se tiende, generalmente, por ejemplo, a atribuir relieve a las cualidades físicas del agente; así, el comportamiento del portador de *hándicap* será evaluado con referencia al exigible por una persona razonablemente prudente que sufra la misma disminución” (Como se citó en Espinoza Espinoza, 2016, p. 197).

Así, la culpa subjetiva, en el caso de daños causados por personas sin discernimiento, considerará el nivel en el que afecta la falta de discernimiento en el actuar de la persona. Si comparamos ambos tipos de culpa, como señala Yáñez Vivero (2009): “La culpa “objetiva” aplicada a las personas incapaces sería “penalizante”, mientras que la culpa “subjetiva” sería eximente, inmunizaría al incapaz respecto al a responsabilidad por los daños causados a terceros” (p. 54). Bajo ese mismo criterio, Bianca (2004), también comparando ambos tipos de culpa, advierte que:

La inimputabilidad del incapaz se fundaba antiguamente en la noción subjetiva de culpa. Entendida como una reprochable actitud sicológica, era oportuno deducir que no puede incurrir en culpa quien carece de discernimiento. Construida la noción objetiva de culpa, como disconformidad con un modelo objetivo de conducta diligente, debe admitirse que incluso el comportamiento del incapaz es susceptible de ser calificado de culpable. (Como se citó en San Martín Neira, 2018. p. 568)

Por último, Yáñez Vivero (2009) se muestra a favor de la aplicación de la culpa subjetiva, en vista de que puede dar lugar a una serie estándares de conducta que sean más acorde a la situación mental de la víctima, señalando lo siguiente:

El patrón o canon subjetivo de culpa es el más justo para medir la responsabilidad civil de la persona incapaz, siempre que permita aplicar diferentes modelos de conducta ... el canon subjetivo permitiría valorar determinadas circunstancias subjetivas de la persona ... para no eximir a quien no alcance la “media” sino para confeccionar diversos modelos de comportamiento exigibles y, por tanto, generadores de la correspondiente responsabilidad ... Con la “resubjetivización” de la culpa, la incapacidad de discernimiento y otros datos subjetivos de la persona deberán tenerse en cuenta, pero no necesariamente para eximirla sino para elaborar modelos de conducta y, en consecuencia, de responsabilidad exigibles. (pp. 56-57)

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, la aplicación de la culpa objetiva ha sido el criterio adoptado por el legislador peruano, toda vez que, tras la entrada en vigencia del D.L. N° 1384, puesto que se pone a una persona con y sin discernimiento al mismo nivel. Al respecto, consideramos que es correcto aplicar la culpa objetiva respecto de la persona sin discernimiento, en vista de que en el ámbito extracontractual pueden darse una serie de supuestos, en los que deber privilegiarse la aplicación de la función resarcitoria de la responsabilidad, que consiste en tutelar a la víctima. Sin embargo, podría darse el caso que la persona sin discernimiento cuente con un Apoyo. Por tanto, en nuestra opinión, correspondería imputarle también responsabilidad a este último, bajo determinadas circunstancias. Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, este aspecto será analizado en el último capítulo de este trabajo.

3.2.2 Factor de atribución objetivo

La responsabilidad civil objetiva encuentra su fundamento en la necesidad de proteger a las víctimas del daño, con la finalidad de que puedan obtener un resarcimiento por parte del agente dañante. Como se advirtió anteriormente, la persona sin discernimiento, tras

la reforma instaurada por el D.L. N° 1384, pasó a ser imputable en el ámbito de la responsabilidad civil, por lo que le es de aplicación, tanto el factor de atribución subjetivo, como el objetivo. Siguiendo a Torres Vásquez (2011), en dicho tipo de responsabilidad, el “factor de responsabilidad” es objetivo, la “atribución del daño” no se relaciona con la culpa. La “imputabilidad” está referida al “hecho”. Por tanto, el responsable no es imputado por ninguna “violación de la ley o negligencia, imprudencia, impericia” (pp. 930). La característica principal de la responsabilidad objetiva, la constituye el hecho de que se prescinde de cualquier análisis de dolo o culpa.

El ejemplo más claro de responsabilidad civil objetiva lo constituye la responsabilidad por riesgo, la cual se encuentra prevista en el artículo 1970²²⁰ de nuestro CC, el cual establece que si un sujeto utiliza un bien riesgoso o peligroso, o una actividad de la misma naturaleza, y genera un daño. Entonces, la consecuencia será que el factor de atribución será objetivo. De conformidad con Baena Aramburo (2020):

Partiendo de la función indemnizatoria de la institución de la responsabilidad civil y del gran interés de los ordenamientos jurídicos de proteger a las víctimas y propugnar por que sean indemnizadas en aquellos casos en que están en una posición desventajosa por enfrentarse a situaciones de riesgo creadas por los asociados, es posible identificar dos caminos diferentes por los que puede optar el legislador para lograr dicha protección: los sistemas de seguridad social y *la consagración de responsabilidades objetivas, dentro de las cuales encontramos a las responsabilidad por riesgo, que no son más que la aplicación de la teoría del riesgo a la responsabilidad civil extracontractual.* (p. 16) [cursivas añadidas]

La responsabilidad objetiva exige un mayor nivel de cuidado respecto del agente dañante, toda vez que una actuación con la diligencia debida del caso en particular, no implicará la exoneración de responsabilidad. Por lo que el control de la actividad que se desarrolla debe ser mayor, toda vez que resulta ser peligrosa. Siguiendo a Lubomira Kubica (2015):

²²⁰ Artículo 1970 del Código Civil peruano.-

Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

Cuando se aplica la regla de la responsabilidad por culpa, el demandado no es responsable si ejerce un nivel de cuidado que equivale o excede el deber de diligencia, se desentiende del *riesgo restante* y, *por tanto, sobrepasa el nivel de la actividad que maximiza bienestar*. *Por lo contrario, la responsabilidad objetiva lleva al cuidado óptimo y a un eficiente control de actividad, dado que el demandado en cada caso internalizaría riesgo de responsabilidad en su totalidad.* (p. 64) [cursivas añadidas]

Ahora bien, el artículo 1970 hace referencia a un bien riesgoso o peligroso. Al respecto, cabría preguntarnos si dicha terminología es la correcta. Así, consideramos que el uso de dicho término no es el correcto, toda vez que el bien, *per se*, no es peligroso. Por ejemplo, un bien vendría a ser el auto que tengo en mi garage, el cual evidentemente no constituye un riesgo en forma alguna: un vehículo estacionado no genera ningún riesgo. En cambio, cuando el vehículo se encuentra incorporado en el circuito automotor, sí es riesgoso. Por tanto, consideramos que no se debe hablar de bien riesgoso o peligroso, sino más bien, de actividad riesgosa o peligrosa. Como señala Santos Briz (1981), la responsabilidad objetiva: “es una responsabilidad por riesgos que ... no tiene como fundamento a la culpa, sino las consecuencias dañosas de ciertas actividades o conductas —lícitas y permitidas—, que causan un riesgo o peligro para terceros” (Como se citó en Marmolejo Cervantes, 2019, p. 110). Por su parte, para León Hilario (2017), la responsabilidad objetiva es “aquella que, en su determinación, prescinde del análisis de la conducta del responsable” (p. 166).

Así, lo relevante del artículo 1970 es que no involucra el análisis de dolo o culpa, como sí lo hace el artículo 1969. Por tanto, en el artículo 1970, lo importante es el riesgo que se encuentra, por la realización de una actividad riesgosa o peligrosa. Por ejemplo, la actividad de portar armas, el uso de explosivos en minas (material inflamable), el hacer ingresar unos animales a un circo para el desarrollo de la actividad circense, entre otros.

En la responsabilidad civil objetiva, el nivel de actividad es relevante, por lo que si una actividad se realiza con mayor frecuencia, por ende, el riesgo es mayor. Desarrollar las actividades en forma frecuente, implica una mayor probabilidad de generación de eventos dañosos. En atención a ello, Papayannis (2012) señala que:

La responsabilidad objetiva, a diferencia de la culpa, no puede ser interpretada como un mecanismo para desincentivar conductas irrazonables. Las típicas actividades sujetas a responsabilidad objetiva, como conducir un automóvil, son consideradas razonables. ¿Qué explica que acarreen responsabilidad entonces? El hecho de que actividades razonables puedan ser realizadas con una frecuencia irrazonable requiere que se regulen los niveles de actividad. La probabilidad de ocurrencia de un accidente depende de varios factores. La diligencia es uno muy relevante, pero el nivel de actividad no lo es menos. Conducir observando todas las reglas de tránsito es una conducta razonable, pero si conducir dos horas más cada día incrementa los riesgos de que se produzcan accidentes de manera tal que el beneficio marginal obtenido es menor que el daño marginal esperado para las víctimas, *la actividad de conducir, en principio razonable, se convierte en irrazonable, por ser realizada a un nivel ineficiente*. No hay obstáculo conceptual que impida considerar que la abstención de conducir pueda ser una medida precautoria más. Es el modo más económico de ahorrar costes una vez que todas las demás medidas de diligencia han sido adoptadas (...) la idea tras la *responsabilidad objetiva es incentivar a los agentes para que adecuen su nivel de actividad a niveles óptimos*. (pp. 68-69) [cursivas añadidas]

Retomando el análisis del artículo 1970, podemos concluir que, en dicho precepto normativo, lo determinante es el riesgo creado, lo cual ameritará que el factor de atribución sea objetivo, por lo que se exige un alto nivel de cuidado, toda vez que el dolo o culpa de la persona será irrelevante al momento de la atribución del deber de reparar el daño.

Si una persona desarrolla una actividad peligrosa, por ejemplo, almacenar pirotécnicos, está generando un riesgo, por la propia actividad económica que desarrolla, es decir, la de almacenamiento. Por ende, dicha persona deberá tener todo tipo de cuidados, para evitar cualquier accidente siniestro. Así, en caso ocurre un accidente que genere un daño a otra persona, el agente dañante, es decir, la persona que almacena los pirotécnicos, será encontrada responsable bajo un factor de atribución objetivo, toda vez que no importa lo diligente que haya sido buscando evitar la generación del daño, toda vez que este último igual se produjo.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, el riesgo creado no es el único supuesto de responsabilidad objetiva, previsto en nuestro CC. Por ejemplo, en el artículo 1981²²¹ del CC encontramos un supuesto de responsabilidad objetiva: la del empleador. Así, para establecer su responsabilidad, no se analiza el dolo o culpa, es decir, si su trabajador generó un daño, el empleador se encuentra obligado a la reparación, y no interesa si, por ejemplo, le brindó una instrucción adecuada para el desempeño de sus funciones, es decir, no interesa si el empleador fue diligente.

Otro supuesto de responsabilidad objetiva es el de los daños causados por animales, que se encuentra previsto en el artículo 1979²²² del CC. Por tanto, en dicha situación el daño del animal, o aquel que lo tiene bajo su cuidado, está obligado a reparar el daño que éste cause, bajo un factor de atribución objetivo. Por tanto, no importa si dicha persona lo cuidó bien o mal, se instruyó correctamente o no al animal. Simplemente, responde objetivamente, toda vez que no se analiza dolo o culpa. Por último, encontramos el caso de la responsabilidad por caída de edificios, que se encuentra prevista en el art. 1980²²³ del CC, el cual responsabiliza civilmente a su dueño de tal situación. En efecto, no importa si el propietario actuó bien o no, es decir, diligente o imprudentemente; debido a que el factor de atribución es objetivo. Para finalizar el presente apartado, nos remitimos a la clasificación planteada por Espinoza Espinoza (2016) de los supuestos examinados anteriormente, la cual es la siguiente:

- a. Situaciones de riesgo, que se podrían traducir en la siguiente fórmula: si se genera una situación riesgosa, se responderá por los daños ocasionados, independientemente del parámetro de conducta del agente dañante o de que haya obtenido un beneficio. (art. 1970 c.c.)

²²¹ Artículo 1981 del Código Civil peruano.-

Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo

²²² Artículo 1979 del Código Civil peruano.-

El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.

²²³ Artículo 1980 del Código Civil peruano.-

El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si esta ha provenido por falta de conservación o de construcción.

b. Situaciones de ventaja, vale decir, si una persona genera una situación que le ofrece un resultado favorable o beneficio, tendrá que responder también por los daños que se ocasionen producto de dicha situación. Típicos ejemplos serían el de responsabilidad civil por el hecho del dependiente (art. 1981 c.c.) o del tercero del cual se vale el deudor (art. 1325 c.c.), el ser propietario de un animal (art. 1979 c.c.) o propietario de un edificio (art. 1980 c.c.) ... (p. 208)

4. Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano

En lo que respecta al Anteproyecto de reforma del CC peruano (en adelante, el Anteproyecto), podemos advertir que su propuesta consiste en establecer distintos tipos de responsabilidad respecto de las personas mayores de edad con y sin discernimiento, en sus artículos 1975 y 1976, respectivamente. En primer lugar, en su artículo 1975²²⁴, establece en su primer párrafo, la obligación de la persona con capacidad de ejercicio restringida, de reparar el daño que ocasione, con la sola condición de que su actuar haya contado con la presencia de discernimiento.

Al respecto, el artículo 43²²⁵ del Anteproyecto, establece que las personas que tienen capacidad de ejercicio restringida, las personas menores de dieciocho años, salvo para aquellos actos establecidos por la ley; las personas que por cualquier causa carezcan de discernimiento; o no puedan manifestar su voluntad en forma indubitable. Sin embargo, en atención a la redacción del artículo 1975, corresponderá descartar de su

²²⁴ Artículo 1975 del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano.-

1. La persona sujeta a capacidad de ejercicio restringida queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento.
2. En caso de daño ocasionado por persona sujeta a capacidad de ejercicio restringida, queda obligado a la indemnización quien ejerza el cuidado de aquella, salvo que este no haya podido impedir el hecho dañoso.
3. Los representantes legales o asistentes de los sujetos comprendidos dentro de un régimen de capacidad de ejercicio restringida solamente responderán en aquellos casos de incumplimiento de los deberes de prevención a su cargo.
4. En los supuestos descritos en los numerales precedentes, la responsabilidad es solidaria.

²²⁵ Artículo 43 del Anteproyecto.-

Tienen capacidad de ejercicio restringida:

1. Las personas menores de dieciocho años, salvo aquellos actos determinados por ley.
2. Las personas mayores de dieciocho años que por cualquier causa y habitualmente estén privados de discernimiento, o no puedan expresar su voluntad de manera indubitable y que hayan sido sometidos judicialmente bajo este régimen.

aplicación a las personas sin discernimiento, toda vez que el referido precepto únicamente contempla las personas que hayan actuado con discernimiento.

Por tanto, el artículo 1975 es de aplicación únicamente respecto de las personas menores de edad y las personas que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. Así, el referido artículo les atribuye la obligación de responder civilmente por el daño que ocasionen. A su vez, el inciso segundo del referido artículo establece que queda obligado a la indemnización, entendida como compensación económica, la persona quien ejerza el cuidado del agente dañante. En el presente supuesto, hablamos de una responsabilidad por parte de la persona encargada del cuidado de la persona con capacidad de ejercicio restringida, a menos que no haya podido impedir el hecho dañoso. Al respecto, cabe señalar que la persona encargada del cuidado de la persona que se encuentra restringida en su capacidad puede ser tanto el tutor (para el caso de las personas menores de edad), el padre o madre del menor de edad²²⁶, y el asistente (para el caso de las personas que no pueden manifestar su voluntad de manera indubitable).

Por tanto, podemos concluir que las personas con discernimiento, las personas menores de edad, y aquellas que no pueden manifestar su voluntad, responden de manera directa e individual, en caso no se encuentren bajo el cuidado del tutor, del padre, de la madre o de un Asistente. Caso contrario corresponderá una responsabilidad solidaria respecto del tutor o asistente, y las personas referidas anteriormente, en atención al inciso 4 del artículo 1975.

A su vez, el factor de atribución respecto de la persona con capacidad de ejercicio restringida puede ser objetivo o subjetivo, dependiendo de cada caso en particular. Sin perjuicio de ello, de conformidad con lo señalado en el artículo bajo comentario, el factor de atribución respecto del Asistente; del padre, de la madre, o del tutor, siempre será subjetivo. Ello en vista de que se le otorga a la persona que desempeña dichas funciones, la posibilidad de exonerarse de responsabilidad, en caso demuestre que no pudo impedir el hecho dañoso de la persona que está bajo su cuidado, lo que equivale a decir, que demuestre haber sido una persona diligente, que ha tenido una actuación apegada a sus

²²⁶ El Anteproyecto propone la derogación del Código Civil del régimen de la curatela, y sustituirla por el régimen de asistencia. Por ende, solo subsistirían como formas de representación legal, la patria potestad y la tutela.

deberes de cuidado. Por ende, en caso se dé dicha exoneración, la persona con capacidad de ejercicio restringida responderá de manera individual.

Por último, el inciso 3 del artículo 1975, establece que la responsabilidad de los representantes legales²²⁷ o asistentes de las personas con capacidad de ejercicio restringida (entiéndase fuera de este concepto, a las personas sin discernimiento), solamente se dará por incumplimiento de los deberes de prevención a su cargo. Por ende, tal afirmación no hace más que constatar la presencia del factor de atribución subjetivo respecto del tutor, del padre, de la madre, o del Asistente, toda vez que sí es relevante la diligencia que hayan empleado al cuidar a la persona que se encuentra bajo su custodia.

Por último, bajo la perspectiva del Anteproyecto, se defiende la exoneración de responsabilidad de la persona sin discernimiento, en vista de que el artículo 1976²²⁸ establece que, ante el hecho dañoso generado por esta última, responde su representante legal a aquella persona encargada de su cuidado. Al respecto, debe considerarse dentro de este supuesto, al padre o la madre, al tutor y al Asistente.

Ahora bien, el referido artículo establece un factor de atribución objetivo respecto de dichos guardadores, toda vez que no hace referencia alguna a una causal de exoneración de responsabilidad, bajo un factor de atribución objetivo. Por tanto, no importa si cualquiera de los guardadores referidos anteriormente cuidó diligentemente a la persona sin discernimiento, toda vez que basta la generación del daño por parte de esta última, para que se genere el deber del guardador de reparar dicho daño, de manera individual. Ello en vista de que, como se advirtió anteriormente, el factor de atribución objetivo prescinde de cualquier análisis de dolo o culpa.

²²⁷ Artículo 1975 del Anteproyecto.-

... 3. Los representantes legales o asistentes de los sujetos comprendidos dentro de un régimen de capacidad de ejercicio restringida solamente responderán en aquellos casos de incumplimiento de los deberes de prevención a su cargo (...).

²²⁸ Artículo 1976 del Anteproyecto.-

No hay responsabilidad por el daño causado por persona con capacidad de ejercicio restringida que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde quien ejerza su cuidado o su representante.

CAPÍTULO IV: EFECTOS DE LA DESIGNACIÓN DEL APOYO, A LA LUZ DEL ARTÍCULO 1976-A DEL CÓDIGO CIVIL

Como se advirtió anteriormente, los derogados artículos 1975²²⁹ y 1976²³⁰, establecían la responsabilidad tanto de la persona “incapaz” como de su representante legal. Así, en caso el incapaz haya actuado con discernimiento, se establecía una responsabilidad solidaria en favor de la víctima, respecto del representante legal y del incapaz.

Por el contrario, en caso la persona incapaz haya actuado sin discernimiento, el representante legal respondía de manera individual. A su vez, cabe señalar que en ambos supuestos se trata de una responsabilidad civil objetiva, que prescinde de cualquier análisis de dolo o culpa, respecto del representante legal. Ahora bien, tras la entrada en vigencia del D.L. N° 1384, los referidos artículos fueron derogados, y fue incluido en nuestro CC, el actual artículo 1976-A, cuya redacción es la siguiente:

La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo, teniendo derecho a repetir contra él.

Las personas comprendidas en el artículo 44 numeral 9 no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa.

En primer lugar, cabe señalar que el supuesto de hecho de la persona que cuenta con Apoyos, claramente se refiere a las personas con discapacidad que hayan decidido, por voluntad propia, contar con las referidas formas de asistencia. Por ende, estamos en

²²⁹ Artículo 1975.- La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable. (*)

(*) Artículo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

²³⁰ Artículo 1976.- No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal. (*)

(*) Artículo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

el supuesto de las personas con discapacidad, que no se encuentran imposibilitadas de manifestar su voluntad. Siguiendo a Bardales Siguan (2018):

El artículo en mención se está refiriendo únicamente a un régimen de responsabilidad de la persona con discapacidad mental que cuenta con un apoyo en la modalidad de designación voluntaria, *excluyéndose de este supuesto el caso de los daños generados por personas con discapacidad que cuenten con un apoyo designado judicialmente*²³¹. (p. 121) [cursivas añadidas]

En segundo lugar, encontramos el supuesto de la responsabilidad de los Apoyos de las personas en estado de coma, los cuales han sido designados judicialmente. Al respecto, debemos señalar que no corresponde el análisis de este supuesto para el presente trabajo.

A su vez, el artículo 1976-A establece una responsabilidad directa respecto de la persona con discapacidad que cuenta con Apoyo). Por tanto, dentro del referido supuesto se encuentran las personas carentes de discernimiento. Al respecto, somos de la opinión que en el artículo bajo comentario, se encuentran contempladas las personas con discapacidad que sufren de una pérdida de discernimiento parcial.

En efecto, al señalar el referido artículo que la persona que cuenta con Apoyo responde civilmente por sus decisiones, es deducible que dicha decisión ha sido tomada con la presencia de cierto nivel de discernimiento. Por ende, este supuesto no abarca las personas que sufren de una pérdida discernimiento total. Aunque peques por decir lo evidente, cabe señalar que las personas con discapacidad que no pueden manifestar su

²³¹ Esta es una clara referencia al supuesto excepcional de designación de Apoyos por el juez, que se encuentra prevista en el Artículo 659-E del Código Civil peruano, el cual establece que:

“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”.

voluntad, en virtud de tal situación, se encuentran imposibilitadas de tomar decisiones, por lo que no se encuentran contempladas dentro del referido artículo.

Asimismo, cabe señalar, que al otorgarle a la persona con discernimiento parcial, definida como aquella que no se encuentra impedida de manifestar su voluntad, la posibilidad de repetir contra su Apoyo solo en caso de que haya decidido contar con este último, constituye un desincentivo para la asunción de dicha función. Un ejemplo de pérdida de discernimiento parcial, lo encontramos en el trastorno bipolar, cuya característica fundamental consiste en la presencia de variaciones en el estado de ánimo. Como señalan Lima, Peckham y Johnson (2018):

Se han documentado déficits cognitivos prominentes en el trastorno bipolar, y múltiples estudios sugieren que estos déficits pueden observarse entre familiares de primer grado no afectados de personas con trastorno bipolar. Aunque existe variabilidad en el grado de los déficits cognitivos, estos déficits son muy relevantes para los resultados funcionales. Una literatura separada documenta claras dificultades en la emocionalidad, la regulación de las emociones y la impulsividad relevante para las emociones dentro del trastorno bipolar, y demuestra que estas variables relevantes para las emociones también son fundamentales para el resultado.

En segundo lugar, otro ejemplo de pérdida de discernimiento parcial, lo encontramos en el trastorno delirante. De conformidad con Joseph y Siddiqui (2020), el trastorno delirante:

Es una creencia falsa fija basada en una interpretación inexacta de una realidad externa a pesar de la evidencia en contrario. La creencia no es congruente con la cultura o subcultura de uno, y casi todos los demás saben que es falsa. El diagnóstico de un trastorno delirante ocurre cuando una persona tiene uno o más pensamientos delirantes no extraños (situaciones que pueden tener lugar en la vida real, aunque no son reales pero son posibles) durante un mes o más, que no tiene explicación por otro fisiológico, condición médica inducida por sustancias o cualquier otra condición de salud mental. Las creencias culturales de un individuo merecen consideración antes de llegar al diagnóstico. Las creencias

culturales también influyen en el contenido de los delirios. Aparte de los delirios, la funcionalidad no se ve afectada y el comportamiento no es obviamente extraño.

Ahora bien, retomando el análisis del artículo 1976-A, somos de la opinión de que en dicho precepto se aprecia una excesiva rigurosidad por parte del legislador, en vista de que el Apoyo es quien termina asumiendo los costos del daño generado por parte de la persona con discernimiento parcial. Por otro lado, el hecho de que la persona con discernimiento parcial pueda repetir contra su Apoyo, implica de una u otra forma reconocer que la persona no se encuentra en posición de responder civilmente, en forma autónoma e individual, por los daños que ocasione. Siguiendo a Bardales Sigvas (2018):

La propia norma deja entrever que igual responderá el apoyo, aún si no participa en la formación de la decisión. Es decir, aunque no coadyuve a la decisión generadora del daño responde, por lo que internalizará costos que no contribuyó en ningún momento a generar. No obstante, dado el tenor poco claro de la norma, podría caber también la interpretación contraria que el apoyo solo responde si es que participó en la toma de decisión. (p. 123)

Al respecto, somos de la opinión de una interpretación amplia del referido artículo, que consiste en el establecimiento del derecho de la persona, privada de discernimiento en forma parcial, de repetir contra su Apoyo, tanto en el supuesto de que este último haya coadyuvado a la toma de decisiones por parte de la persona asistida, como en el caso de que no haya tenido intervención alguna en dicha situación. En atención a ello Bardales Sigvas (2018) señala lo siguiente:

Si la reforma dotó de plena capacidad de ejercicio a las personas con discapacidad para que puedan conducirse autónomamente en la vida de relación ... no se comprende bien, porque en el caso de personas con discapacidad, pero que mantienen un nivel de discernimiento lo suficientemente idóneo para tomar decisiones, no se les responsabiliza por los daños generados a terceros. Dotarle del derecho de repetición total, implica en última instancia, considerarlos capaces de ejercicio para lo negocial, *pero nuevamente incapaces para asumir responsabilidades de tipo resarcitorio, con lo cual se les estaría colocando en la lógica nuevamente de incapaces.* (p. 125) [cursivas añadidas]

Por tanto, el referido artículo resulta desincentivador para asumir la función de Apoyo. A su vez, resulta de una u otra forma contradictorio al D.L. N° 1384, el cual pregona una capacidad de ejercicio plena en favor de las personas con discapacidad. En efecto, al haberles otorgado dicha atribución, también se les otorgó imputabilidad y, por ende, lo lógico sería que respondan en forma individual por el daño que ocasionen, sin brindarles forma alguna de trasladar los costos de un daño a otra persona, que de ninguna forma contribuyó a su generación.

1. El discernimiento como requisito necesario para la aplicación del artículo 1976-A del Código Civil

En atención a lo expuesto anteriormente, es necesario cierto nivel de discernimiento para encontrarnos dentro del ámbito de aplicación del artículo 1976-A²³². Por lo tanto, la pérdida de discernimiento de la persona mayor de edad será únicamente parcial, por lo que la persona con discapacidad aún se encuentra en aptitud de tomar decisiones por voluntad propia. Siguiendo a Bardales Siguan (2018): “en este supuesto, sí se requiere que el daño se haya producido con cierto nivel de discernimiento, puesto que el acto dañoso está vinculado a la toma de una decisión propia” (p. 121).

Como se ha expuesto a lo largo del presente trabajo, brindarle imputabilidad a una persona carente de discernimiento puede resultarle desfavorable. Sin perjuicio de ello, atendiendo a la función resarcitoria de la responsabilidad civil, somos de la opinión de que la víctima del daño causado por la persona sin discernimiento no debe encontrarse imposibilitada de acceder a un resarcimiento, por lo que es idóneo que la persona sin discernimiento responda con su patrimonio por el daño que ocasione. Sin embargo, el hecho de encontrarse en tal situación debería ser considerado como una atenuante por

²³² Artículo 1976-A del Código Civil peruano.-

La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo, teniendo derecho a repetir contra él. Las personas comprendidas en el artículo 44 numeral 9 no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa.”(*)

(*) Artículo incorporado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

parte del juez, al momento de fijar el monto resarcitorio. Como señala Bardales Sigwas (2018):

...Podemos afirmar que hay casos de discapacidad en los que existe grados de discernimiento que posibilitan el ejercicio directo con asistencia, y en tal sentido la reforma puede ser útil y reivindicativa, pero en los supuestos de personas que carecen de discernimiento en una medida tal que no puedan formar una voluntad propia o comunicarla mediante ningún auxilio material o personal, puede llegar a ser solo retórica y contraproducente. *De esta manera dotar de capacidad de ejercicio a una persona que no tiene absoluto discernimiento y que, por tanto, siempre necesitará de un representante que gestione su cuidado personal y su patrimonio parece tratarse de un error, aunque este haya sido de buena voluntad.* (p. 121) [cursivas añadidas]

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, somos de la opinión de que el criterio seguido por el D.L. N° 1384, consistente en otorgarle una plena capacidad de ejercicio a las personas con discapacidad, dentro de ellas, las personas mayores de edad sin discernimiento, resultó acertado, toda vez que les reconoce una capacidad de ejercicio plena, no correspondiendo la designación de un representante legal.

En efecto, las personas mayores de edad sin discernimiento cuentan con autonomía en la toma de decisiones, por lo que no pueden ser sustituidas en dicha potestad. Correspondería, en todo caso, la designación voluntaria de un Apoyo, cuya responsabilidad debe circunscribirse a aquellos actos realizados por la persona mayor de edad sin discernimiento en presencia del Apoyo, y con su ayuda, entendiéndose esta situación como la principal causa de atribución de responsabilidad respecto de la referida forma de asistencia.

2. La ausencia de discernimiento como atenuante de la responsabilidad directa

Consideramos que la principal diferencia entre la pérdida de discernimiento parcial y total, radica en la posibilidad de manifestar la voluntad de manera indubitable. Dicho criterio ha sido determinante para establecer si corresponde la designación de Apoyos de

manera obligatoria, en caso la persona no pueda manifestar su voluntad; o de manera facultativa, en caso de que sí pueda hacerlo.

A manera de ejemplo, una persona que padece de esquizofrenia que se encuentra en una etapa bastante desarrollada, se encontrará absolutamente imposibilitada de manifestar su voluntad, por lo que corresponde designarle un Apoyo en la vía judicial, en forma obligatoria, aun en contra de su voluntad.

Por el contrario, una persona que se encuentra privada de discernimiento en forma parcial, se encuentra prevista bajo los alcances del artículo 1976-A. Por ejemplo, tenemos el caso de una persona que sufre un ataque de epilepsia al estar manejando un auto, y atropella a otra persona, causándole una serie de lesiones. Dicha persona carecía de discernimiento al momento de generar el daño, pero dicha situación era solo temporal, mas no permanente.

Por tanto, dicha persona se encuentra en la capacidad de tomar decisiones en forma autónoma. En consecuencia, si es que ha decidido contar con un Apoyo, la persona que sufrió el ataque de epilepsia se encontrará facultada para repetir contra dicho asistente. En vista de que, como señalamos anteriormente, se trata de una persona que puede expresar su voluntad de manera indubitable.

Asimismo, consideramos que debe quedar al criterio del juez evaluar cada situación en particular, en vista de que es imposible establecer una cláusula que englobe todos los supuestos de privación total o parcial de discernimiento.

En consecuencia, la falta de discernimiento, por ejemplo, causada por una alteración mental, influye de manera distinta en el comportamiento y en el estilo de vida de cada persona, en vista de que cada organismo reacciona diferente ante una alteración determinada: una persona que sufre de ataques de epilepsia poco frecuentes no demandará el mismo cuidado que una persona que padece de Alzheimer. Por lo que es necesario remitirnos, nuevamente, a Fernández Sessarego (2002), quien advierte lo siguiente:

Más que referirse genéricamente a “incapaces” ... lo técnicamente aconsejable era *aludir a diversos casos en los cuales la capacidad de ejercicio de una persona debía restringirse, en alguna medida, atendiendo a su salud o a su edad.* Ciertamente que esta restricción debería adecuarse, como está dicho, al caso

específico de cada persona en la medida en que requiera de la asistencia de un tercero. *Lo que varía es el grado e intensidad de asistencia que la persona exige de acuerdo a la magnitud de los trastornos que padece ...*” (p. 195). [cursivas añadidas]

Por lo que la salud, la edad, el nivel de ayuda que demanda la persona sin discernimiento; remitiéndonos a nuestra propuesta, son criterios que deben ser tomados en cuenta por el Juez al momento de fijar el monto resarcitorio. No estamos de acuerdo en exonerar de responsabilidad a la persona mayor de edad sin discernimiento que ocasiona un daño, pero tampoco estamos de acuerdo en poner al mismo nivel a una persona que no distingue lo bueno de lo malo, y a otra que se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales. Así, es necesario llegar a un punto medio, en el que la persona incapaz de discernir se vea obligada a responder civilmente, pero no en el mismo nivel que una persona que no adolece de ningún tipo de discapacidad, sino más bien, bajo una responsabilidad “atenuada”.

3. La responsabilidad civil del mayor de edad sin discernimiento que no cuenta con Apoyo

En primer lugar, debemos precisar que, en el presente supuesto de responsabilidad directa de las personas mayores de edad sin discernimiento, contemplamos únicamente a aquellas que han sufrido una pérdida de discernimiento en forma parcial, es decir, que no les ha imposibilitado de expresar su voluntad de manera indubitable. Ello se debe a una sencilla razón: en caso de que no puedan manifestar su voluntad, correspondería la designación de Apoyo por parte de un juez, de manera obligatoria.

En consecuencia, bajo el enfoque de nuestra propuesta, ya no se trataría de una responsabilidad directa, sino de una responsabilidad solidaria respecto del Apoyo y la persona asistida o; siendo aún más severos, la responsabilidad sería atribuida únicamente al Apoyo, bajo un factor de atribución subjetivo. Una vez realizadas dichas precisiones, proponemos la instauración de un nuevo artículo 1975 en nuestro CC, cuya reacción sea la siguiente:

Art. 1975.-

La persona mayor de edad carente de discernimiento, que no cuenta con Apoyo, queda obligada por el daño que ocasione. Corresponde al Juez la fijación del monto resarcitorio, considerando como atenuante el nivel de discernimiento de quien ocasiona el daño.

Por tanto, consideramos prudente otorgarle al Juez la facultad de decidir el grado de afectación sobre el patrimonio del mayor de edad sin discernimiento, derivado de la imposición del deber de reparar el daño. Como puede advertirse, nuestra propuesta consiste en que el mayor de edad con discernimiento parcial responda civilmente, pero el nivel de discernimiento que haya tenido al momento de la generación del daño, debe ser tomado en cuenta por el juez, al momento de realizar el juicio de responsabilidad civil. A su vez, debemos señalar que nuestra propuesta no propone en forma alguna una exoneración de responsabilidad respecto de la persona con discernimiento parcial o, por el contrario, privada de discernimiento en forma absoluta; toda vez que debemos tener en cuenta que el D.L. N° 1384 le ha otorgado a la personas sin discernimiento una plena capacidad de ejercicio, lo cual implica que también cuenten con imputabilidad, es decir, que se encuentren en la aptitud de responder civilmente por el daño que ocasionen.

Por el contrario, nuestra propuesta consiste en establecer una atenuante en favor de la persona mayor de edad sin discernimiento, toda vez que su capacidad de entender las consecuencias de sus actos es ostensiblemente distinta, respecto de otra que está en pleno uso de sus facultades mentales.. Así, en el caso de que la persona con discernimiento parcial ocasione un daño a otra, deben ser analizados los siguientes factores, al momento de determinar el monto resarcitorio: 1) si al causar dicho daño también se dañó a sí misma, por lo que dicho detrimento también deberá ser reparado por cuenta de la persona con discernimiento parcial, por lo que dicho factor deberá ser considerado como una atenuante por parte del juez; 2) la aptitud de la persona con discernimiento parcial de prever la eventual generación de un daño a otra persona y, en consecuencia, la posibilidad que tenía de tener un comportamiento distinto. Por tanto, si tales factores se ven afectados por un detrimento en las facultades cognitivas del agente dañante, dicha situación deberá ser considerada por el juez como una atenuante. Corresponde al presente trabajo brindarle una respuesta a la siguiente interrogante: ¿Es necesario el establecimiento de la obligatoriedad del apoyo con la finalidad de

salvaguardar los intereses de la persona con discapacidad mayor de edad carente de discernimiento?

Al respecto, corresponde señalar que no consideramos necesario establecer la obligatoriedad del Apoyo respecto de las personas mayores de edad sin discernimiento, en vista que las personas sin discernimiento cuentan con una capacidad de ejercicio plena, que se evidencia en el reconocimiento de su autonomía.

Por ende, parte dicha independencia consiste en la capacidad de tomar de decisiones por cuenta propia, únicamente en caso la persona mayor de edad sin discernimiento pueda manifestar su voluntad. Entonces, dicha capacidad debe implicar necesariamente la posibilidad de elegir si es que desea contar o no con un Apoyo, en atención al respecto irrestricto de la voluntad y preferencias de la persona mayor de edad con discernimiento parcial. Por otro lado, en caso la persona mayor de edad presente una falta de discernimiento total, es decir, que le impida manifestar su voluntad, corresponderá al juez designar un Apoyo en forma obligatoria, de conformidad al artículo 659-E²³³ de nuestro CC. En atención a ello, consideramos acertado dicho criterio, toda vez que ante dicha situación, es deber del juez recabar toda la información que sea necesaria para designar un Apoyo en favor de la persona mayor de edad sin discernimiento, de tal forma que dicho nombramiento se realice de la forma más cercana posible a la voluntad y preferencias de la persona asistida. Así, el referido supuesto se encontrará comprendido en el nuevo artículo 1976-A, que forma parte de nuestra propuesta legislativa, el cual se encuentra analizado en el siguiente capítulo.

²³³ Artículo 659-E del Código Civil peruano:

“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”.

4. La responsabilidad solidaria del Apoyo y del mayor de edad sin discernimiento por los daños causados

De conformidad con nuestra propuesta legislativa, la regla general consiste en que el mayor de edad sin discernimiento, responda en forma solidaria junto con su Apoyo, siempre que haya decidido contar con dicha forma de asistencia. Sin perjuicio de ello, consideramos necesario establecer una posibilidad exoneración de responsabilidad en favor del Apoyo. Así, nuestra propuesta consiste en realizar una modificación respecto del actual artículo 1976-A, quedando redactado de la siguiente manera:

La persona mayor edad sin discernimiento que cuenta con Apoyo, y se encuentra bajo su cuidado, queda obligada por el daño que ocasione. El Apoyo es solidariamente responsable, a menos que demuestre que no pudo impedir el hecho.

El designado como Apoyo será responsable por los daños que ocasione la persona mayor de edad sin discernimiento, si hubiera actuado bajo una influencia indebida.

Entonces, encontramos dos supuestos: el de responsabilidad solidaria respecto del Apoyo del apoyado y, en segundo lugar, el de responsabilidad individual del Apoyo y la consiguiente exoneración de responsabilidad de la persona mayor de edad sin discernimiento. Al respecto, debemos señalar que corresponde al presente trabajo brindarle un respuesta a la siguiente interrogante: ¿En qué medida la intervención del apoyo en la realización de las labores cotidianas del mayor de edad sin discernimiento, exonera a este último de la obligación resarcitoria, en caso pueda atribuirse culpa a la persona que lo asiste?.

Cabe advertirse que, en atención al primer párrafo de nuestro nuevo artículo 1976-A, para establecer la responsabilidad del Apoyo, consideramos necesarios la co-existencia de dos requisitos. En primer lugar, que el mayor de edad sin discernimiento se encuentre bajo el cuidado del Apoyo, es decir, que este último se encuentre presente al momento de la generación del daño por parte del apoyado. Ello en vista de que, en nuestra opinión, es prácticamente imposible ejercer una vigilancia permanente sobre la persona apoyada. Estamos ante el caso, de una responsabilidad por hecho ajeno, respecto del Apoyo. A su vez, hemos considerado prudente establecer una responsabilidad solidaria

respecto de ambas personas, con la finalidad de brindarle a la víctima la posibilidad de ser resarcida íntegramente.

Sin embargo, bajo este contexto, el Apoyo tendría el derecho de repetir contra el apoyado, respecto del monto pagado. Siguiendo a Bardales Sigvas (2018), bajo el criterio del derogado artículo 1975²³⁴: “el representante podía recuperar del incapaz, como consecuencia de la solidaridad, el monto pagado a la víctima por los daños generados por el representado, cuestión que ahora el apoyo no puede hacer”. En efecto, bajo la redacción del actual artículo 1976-A, el Apoyo no puede recuperar lo pagado, en vista de que el derecho de repetición corresponde exclusivamente a la persona asistida. Por el contrario, bajo de la propuesta de nuestro nuevo artículo 1976-A, sí le brinda al Apoyo dicha posibilidad.

En segundo lugar, encontramos el requisito de que el Apoyo haya tenido la posibilidad de impedir el hecho, y a pesar de ello, no lo hizo. En este caso, hablamos de un factor de atribución subjetivo, que le permite al Apoyo exonerarse de responsabilidad si es que demuestra haber ejercido una actuación diligente al momento de la generación del evento dañoso. Por tanto, bajo el referido factor de atribución, será sujeto a análisis la conducta del Apoyo, es decir, importa determinar si cumplió con su deber de vigilancia respecto del comportamiento de la persona asistida.

Sin embargo, hablamos de un deber de vigilancia debidamente delimitado a un supuesto de hecho en concreto, en el cual el apoyado se encuentre bajo el cuidado del Apoyo. Al respecto, el actualmente derogado artículo 1976²³⁵, referente a la responsabilidad civil del representante por el hecho dañoso de la persona sin discernimiento, es decir, de su representado; abarcaba un universo bastante amplio, toda vez que bajo cualquier supuesto, inclusive en aquellos en los que la persona mayor de

²³⁴ Artículo 1975 del Código Civil peruano.-

La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable.(*)

(*) Artículo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

²³⁵ Artículo 1976 del Código Civil peruano.- No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal. (*)

(*) Artículo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018.

edad sin discernimiento no se encuentre bajo el cuidado de su representante legal, concluía ineludiblemente en el deber de este último de reparar el daño.

En atención a nuestra propuesta legislativa de instauración del nuevo artículo 1976-A, cabe señalar que, además de restringir la responsabilidad del Apoyo en forma solidaria con el apoyado al incumplimiento del deber de vigilancia del primero de estos, resultar ser aún menos severa, al darle una posibilidad al Apoyo de exonerarse de responsabilidad, aun cuando la persona asistida se encuentre bajo su cuidado. Por tanto, el factor de atribución subjetivo, evaluará la conducta del Apoyo, en atención a la posibilidad que tenía de impedir la generación del evento dañoso. Así, se trata de un hecho que no pudo haber sido previsto en forma alguna por parte del Apoyo.

En consecuencia, si el referido hecho no puede ser previsto, mucho menos va a poder ser evitado. Ante tal situación, correspondería exonerar al Apoyo del deber de reparar el daño y, por tanto, la persona mayor de edad sin discernimiento respondería civilmente en forma individual, teniendo en cuenta su situación como una atenuante al momento de fijar el monto resarcitorio.

A manera de ejemplo, una persona que sufre esquizofrenia y es mayor de edad, ha designado a un pariente suyo como su Apoyo. A su vez, la persona asistida decide celebrar un contrato de compra venta con otra persona, quien se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales. Durante dicho acto, el Apoyo de la persona con esquizofrenia se encuentra presente durante la celebración del contrato, con la finalidad de ayudarle a comprender al apoyado los alcances del contrato que se está celebrando, así como sus respectivas consecuencias. Así, antes de producirse la firma del contrato, la persona asistida sufre una crisis de esquizofrenia y le lanza un lapicero a la otra persona con la que celebraba el contrato, el cual termina dañando su ojo en forma irremediable.

En el presente caso, es evidente que el Apoyo no pudo impedir el hecho y que, a su vez, actuó con la diligencia debida. Un lapicero no puede ser considera como un instrumento potencialmente generador de daños a terceros. Si bien es cierto que en el referido ejemplo la persona asistida se encontraba bajo el cuidado de su Apoyo, este último no debería encontrarse obligado a reparar un daño en cuya producción no tuvo nada que ver.

En conclusión, únicamente en el supuesto de que pueda atribuírsele culpa al Apoyo, derivada de la omisión de su deber vigilancia respecto de la persona mayor de edad sin discernimiento que se encuentra bajo su cuidado, bajo el criterio de nuestra propuesta legislativa, se establecerá una responsabilidad civil solidaria respecto del Apoyo y del apoyado. En caso contrario, es decir, que el Apoyo cumpla con dicho deber, corresponderá a la persona mayor edad sin discernimiento responder civilmente, en forma atenuada, conforme se expuso anteriormente. Por tanto, bajo el criterio de nuestro nuevo artículo 1976-A, no es viable de modo alguno establecer una exoneración de responsabilidad respecto de la asistida.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, consideramos acertado establecer un supuesto excepcional, en el que la persona mayor de edad sin discernimiento se encuentre exonerada de la obligación de reparar el daño, correspondiendo dicho deber únicamente al Apoyo. Así, el referido supuesto será desarrollado en el presente apartado.

5. La influencia indebida como elemento generador de responsabilidad del Apoyo

Como se advirtió anteriormente, consideramos necesario incluir un supuesto excepcional en nuestra propuesta legislativa, de incorporación del nuevo artículo 1976-A, en el que se exonere de responsabilidad a la persona mayor de edad sin discernimiento. Sin embargo, tal exoneración no se realiza en virtud de tal condición, sino que se produce por la desleal actuación del Apoyo, cuya conducta busca generar daños a terceros, valiéndose de la persona apoyada para tal finalidad. Cabe remitirnos al segundo párrafo del nuevo artículo 1976-A, que forma parte de nuestra propuesta legislativa. La redacción del referido apartado es la siguiente: "... El designado como Apoyo será responsable por los daños que ocasione la persona mayor de edad sin discernimiento, si hubiera actuado bajo una influencia indebida". En este contexto, somos de la opinión de que en caso el Apoyo emplee una actuación que se muestre alejada de sus deberes, respecto de su apoyado; le corresponderá el deber de reparar el daño. Por tanto, el único presupuesto para se dé dicha situación es la denominada "influencia indebida", cuya definición, como se advirtió anteriormente, se encuentra prevista en el inciso 2 del artículo 4 del Decreto Supremo N° 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, cuya redacción es la siguiente:

Artículo 2.-

Para la aplicación de las disposiciones del Código Civil en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad y el presente Reglamento, se establecen las siguientes definiciones:

... 4. Influencia indebida. - Situación en que la persona designada como apoyo modifica, conforme a sus intereses, la manifestación de la voluntad de la persona que cuenta con apoyo, aprovechando su posición de poder y ejerciendo presión, amenaza, manipulación o agresión.

Los Apoyos son formas de asistencia, cuya función es facilitar la manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad, mas no sustituirla. Por ende, en caso de que el Apoyo modifique conforme a sus intereses, la manifestación de voluntad del mayor de edad sin discernimiento, estará excediendo las facultades conferidas para el ejercicio de sus funciones, las cuales consisten principalmente, en asistir a la persona. Es por ello, que bajo este supuesto consideramos pertinente exonerar de responsabilidad al mayor de edad sin discernimiento. En efecto, la función del Apoyo no debe consistir en actuar para beneficio propio, sino más bien, en beneficio de la persona asistida. En el artículo bajo comentario, es el caso que la persona designada como Apoyo se aprovecha de la falta de discernimiento que presenta su apoyado, para persuadirlo a generar daños a terceros.

Así, la voluntad de la persona mayor de edad sin discernimiento es modificada, debido a la reprochable actuación del Apoyo. Dicha voluntad es exteriorizada, mediante el comportamiento de la asistida, por lo que su conducta tiene como finalidad la generación de un daño. Consideramos acertado el exonerar de responsabilidad al apoyado, de manera excepcional, en caso el Apoyo se haya aprovechado de su función para persuadir al apoyado a dañar a otros.

A su vez, queda evidenciado que el presente apartado es de aplicación únicamente a las personas mayores de edad sin discernimiento que pueden manifestar su voluntad, es decir, que cuentan con discernimiento parcial. Así, dicha acción se materializa mediante el comportamiento de la persona asistida. Por ende, quedan excluidas del presente apartado las personas mayores de edad privadas de discernimiento en forma absoluta, que

les impide manifestar su voluntad, y las personas en estado de coma. Por otro lado, es necesario señalar que el factor de atribución respecto del Apoyo es subjetivo, por lo que se analizará si su actuación ha sido dolosa, es decir, dirigida a la generación del daño por parte del Apoyo, en perjuicio de terceros. Por último, cabe precisar que la carga de prueba la tiene el Apoyo. En efecto, este último tendrá el deber de demostrar que no persuadió a la persona asistida a generar un daño.



CONCLUSIONES

1. No es necesario el establecimiento de la obligatoriedad del Apoyo en nuestro Código Civil, toda vez que debe primar el respeto por la voluntad y las preferencias de la persona mayor de edad sin discernimiento, en atención al modelo social de discapacidad.
2. En caso la persona mayor de edad sin discernimiento cause un daño a otro, y no cuente con Apoyo, resulta favorable a sus intereses, que el Juez considere su nivel de falta de discernimiento, como una causal de disminución del monto resarcitorio.
3. El factor de atribución respecto de la persona mayor de edad sin discernimiento, puede ser tanto subjetivo como objetivo, dependiendo del caso en particular, en vista de que se encuentra en la aptitud de responder civilmente por el daño que ocasione.
4. El establecimiento de una responsabilidad solidaria de la persona mayor de edad sin discernimiento y el Apoyo, empleando un factor de atribución subjetivo, basado en el dolo y culpa, respecto de este último, le brindaría la posibilidad de exonerarse de responsabilidad, si es que demuestra haber actuado diligentemente, cumpliendo con su deber de cuidado respecto de la persona asistida.
5. Aunque la persona mayor de edad sin discernimiento cuente con Apoyos y Salvaguardias, siempre va a existir la posibilidad de que cause daños a terceras personas. Por ende, al establecer una responsabilidad solidaria respecto del Apoyo y la persona asistida, se aseguraría el cumplimiento de la obligación resarcitoria.
6. Establecer la obligatoriedad del Apoyo en nuestro Código Civil, aun en contra de la voluntad de la persona mayor de edad sin discernimiento, conllevaría al surgimiento de una serie de procesos judiciales innecesarios, aumentando la carga procesal. Por lo que no corresponde realizar dicha modificación.
7. La designación obligatoria del Apoyo en favor de la persona mayor de edad sin discernimiento solo corresponde en caso de que esta última no pueda manifestar su voluntad. Así, dicha labor corresponderá al juez.
8. La designación voluntaria del Apoyo en favor de la persona mayor de edad sin discernimiento, favorece el reconocimiento de su autonomía en la toma de decisiones,

correspondiendo a este último la posibilidad de revocar dicha designación, en caso lo considere pertinente.

9. El Apoyo solo debe responder civilmente por el daño causado por la persona mayor de edad sin discernimiento, en caso esta última se haya encontrado bajo su cuidado al momento de cometer dicho daño. En efecto, no se le puede exigir al Apoyo un deber de vigilancia permanente respecto de la persona a quien asiste.

10. La responsabilidad civil solidaria entre el Apoyo y la persona mayor edad sin discernimiento le permite al primero de estos recuperar el monto pagado, repitiendo contra la persona asistida.



REFERENCIAS

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

1. Alcalá, H. N. (2006). El Derecho a la igualdad ante la Ley, no discriminación y acciones positivas. U. Católica del Norte. *Revista de Derecho*. Año 13. No. 2.
2. Alpa, G. (2016). *La responsabilidad civil. Parte General* (1° ed., Vols. I,II). Lima: Ediciones Legales.
3. Alventosa Del Río, J. (2014). La Incapacitación en España. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, 17, 252-275.
<http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n17/n17a13.pdf>
4. Acuña Pereda, E.; Bregaglio Lazarte, R.; Olivera, J. F. (2012). *Los derechos de las personas con discapacidad mental. Manual para aplicar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en los centros de salud mental del Perú*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos. Pontificia Universidad Católica del Perú.
5. Aguilar Llanos, B. (2008). *La Familia en el Código Civil Peruano*. 1° ed. Lima: Ediciones Legales.
6. Aguilar Llanos, B. (2019). La capacidad jurídica de los discapaces y los sistemas de apoyo: ajustes razonables al Decreto Legislativo N° 1384 sobre personas con discapacidad. *Actualidad Civil*, 56.
7. Baena Aramburo, F. (2010). *Objetivación de la Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia: Tendencias, influencias y panorama – Monografía presenta para optar al título de Abogada*. Medellín: Universidad Eafit.
8. Barbero, Doménico (1967). *Sistema del derecho privado*. t. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
9. Bardales Siguan, L.R. (2018). La derogación del régimen de responsabilidad civil del incapaz y los limitados alcances del nuevo artículo 1976-A. Una lectura asistida desde la experiencia jurídico francesa e italiana. *Actualidad Civil*, 52.

10. Barreto Souza, R. (2015). "Capacidad jurídica: un nuevo paradigma desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad." *American University International Law Review*, 30 (2), 177-212.
11. Berenguer Albaladejo, C. (2017). *Responsabilidad civil de la persona mayor con discapacidad y de sus guardadores por daños causados a terceros*. Madrid: Reus S.A.
12. Bolaños Salazar, E.R (2018). *La reforma del régimen peruano de interdicción de personas con discapacidad mental y psicosocial desde la perspectiva de los Derechos Humanos*- Tesis para optar por el título profesional de abogado. Lima: Universidad de San Martín de Porres.
13. Bregaglio Lazarte, R. (Noviembre de 2018). *Adiós a la incapacidad civil de las personas con discapacidad mental*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
<https://puntoedu.pucp.edu.pe/voces-pucp/adios-a-la-incapacidad-civil-de-las-personas-con-discapacidad-mental/>
15. Caicay Peralta; M.D. (2020). *Apoyos y Salvaguardias como formas de asistencia y medidas de control garantistas del respeto de los derechos y voluntades de las personas con discapacidad*-Tesis para optar por el título profesional de abogado. Piura: Universidad de Piura.
16. Carbonnier, J. (1971). *Situaciones extracontractuales y dinámica de las obligaciones, t. ii, vol. iii, en Derecho civil. Estudio introductorio* (trad. de la 1.a ed. francesa con adiciones de conversión al derecho español por Manuel M. Zorrilla Ruiz). Barcelona: Bosch.
17. Cárdenas Krenz, R. y Della Rossa Leciñana, A. (2018). *Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil materia de capacidad*. Lima: Gaceta Civil & Procesal Civil, (65).
18. Cárdenas Quirós, C. (1989). Apuntes sobre el denominado Daño a la Persona en el Código Civil de Perú de 1984. *Aequitas, Revista de Derecho y Ciencia Política*, 1.
19. Céspedes, G.M. (2005). La nueva cultura de la discapacidad y los modelos de rehabilitación. *Revista Aquichan*, 5(1), 108-113.
<http://www.scielo.org.co/pdf/aqui/v5n1/v5n1a11.pdf>

20. Cieza Mora, J. N. (2015). *Un juez y la ¿extinción de la interdicción y la curatela?. Comentarios a una valiente y polémica decisión*. Lima: Gaceta Civil & Procesal Civil.
21. Cieza Mora, J.N.; Olavarría Parra, M.J. (2018). *Nosotros, los normales. Errores y acierto de la reciente legislación acerca de la discapacidad en el Perú*. Lima: Gaceta Civil & Procesal Civil.
22. Corral Talciani, H. (2011). Interdicción de personas que sufren trastorno de dependencia a la cocaína. *Revista de derecho (Valdivia)*, 24(2), 31-64.
<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502011000200002>
23. Cuenca Gómez, P. (2011). *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas; Dykinson.
24. Cuenca Gómez. 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 Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*.
25. De Amunátegui Rodríguez, C. (2019). *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su capacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*. Madrid: Reus.
26. De Cupis, A. (1975). *El daño (Traducción española de la 2º edición italiana por Ángel Martínez Sarrión)*. Barcelona: Bosch Casa Editorial.
27. Díaz Díaz, M.V.; Fonseca Triviño, J.D. (2020). *Nexo causal en la responsabilidad civil: hacia una modificación de la teoría de la causalidad adecuada. Tesis de grado para optar por el título de abogado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
28. De Trazegnies Granda, F. (1988). *La Responsabilidad Extracontractual*, t. I. Lima: PUCP.
29. De Trazegnies Granda, Fernando (2001). *La responsabilidad extracontractual*, t. II, 7.a ed., Lima: PUCP.

30. De Trazegnies Granda, Fernando (2016). *La Responsabilidad Extracontractual*. t.2. 8° ed. Lima: ARA Editores E.I.R.L.
31. Díez-Picazo, Luis (2000). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.
32. Echeandía Cevallos, J. (2010). *Comentario del artículo 610. del Código Civil*. En Gutierrez, C. W., Muro, R. M.; Vidal, R. F. *Código civil comentado: Comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil* (3° ed.). Gaceta Jurídica.
33. Elorriaga De Bonis, F. (2002). “*Daño físico y lucro cesante*”, en AA. VV, *Derecho de daños*. Santiago de Chile: Lexis Nexis.
34. Espinoza Espinoza, J. (2010). *Comentario del artículo 45 del Código Civil*. En Gutierrez, C. W., Muro, R. M.; Vidal, R. F. *Código civil comentado: Comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil* (3° ed.). Gaceta Jurídica.
35. Espinoza Espinoza, J. (2018). *Las nuevas coordenadas impuestas en el Código Civil en materia de capacidad (... o el problema de la “falta de discernimiento” en una reforma legislativa inconsulta y apresurada)*. Lima: Gaceta Civil & Procesal Civil.
36. Espinoza Espinoza, J. (2019). *Derecho de las personas. Concebido-Personas Naturales*. t.2. (8° edic.). Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
37. Espinoza Espinoza, J. (2016). *Derecho de la Responsabilidad Civil* . 8° ed. Lima: Instituto Pacífico S.A.C.
38. Fernández, Silvia E. (2015). Comentario al artículo 32 del Código Civil y Comercial de la Nación argentino. En Caramelo, G.; Herrera, M.; Picasso, S. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (2° ed.). Infojus.
39. Fernández Sessarego, C. (2003). Deslinde Conceptual entre “Daño a la Persona”, “Daño al Proyecto de Vida” y “Daño Moral”. *Foro Jurídico*, (02), 15-51.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18280/18525>
40. Fernández Muñoz, M.L. (2003). La culpa en el régimen de responsabilidad por el hecho ajeno. *Estudios Socio-Jurídicos*, 5(1), 230-249.
<http://www.scielo.org.co/pdf/esju/v5n1/v5n1a07.pdf>
41. Fernández Sessarego, C. (1996). Daño al proyecto de vida. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, 50.

42. Fernández Sessarego, C. (2002). *El Derecho de las Personas (en el umbral del Siglo XXI)*. Lima: Ediciones Jurídicas.
43. Fernández Sessarego, C. (2009). *Derecho de las Personas*. 13° ed. Lima: Grijley.
44. García Huayama, J. (2019). *Configuración, prueba y cuantificación del lucro cesante*. Piura: Derecho y Cambio Social.
45. Godenzi Montañez, J. (2010). *Comentario del artículo 581 del Código Civil*. En Gutierrez, C. W., Muro, R. M.; Vidal, R. F. *Código civil comentado: Comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil (3° ed.)*. Gaceta Jurídica.
46. Gómez-Jarabo García, G.; Esbec Rodríguez, E. & Olavarrieta Bernardino, S. (2004). Valoración de la capacidad de obrar: el control de los impulsos. *Investigación en Salud*, VI (1),35-42
<https://www.redalyc.org/pdf/142/14260107.pdf>
47. Guilarte Martín-Calero. C (1997). *La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España.
48. Hernández Ríos, M. I. (2015). El concepto de discapacidad: de la enfermedad al enfoque de derechos. *Revista CES Derecho*, 6(2), 46-59.
<http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v6n2/v6n2a04.pdf>
49. Huerta Guerrero, L. A. (2005). *El derecho a la igualdad*. Lima: Pensamiento Constitucional, (n° 11)
50. Joseph, S. M.; Siddiqui, W. (2020). *Delusional Disorder*. StatPearls Publishing.
51. León Barandiarán, J. (2015). *Responsabilidad extracontractual*. En Arias-Schreiber Pezet, M.; De la Puente y Lavalle, M.; Vidal Ramírez, F.; Muñiz Ziches, J.; Cárdenas Quirós, C.; Revoredo Marsano, D.; León Barandiarán, J.; Vidal Ramírez, F.; Orihuela Iberico, J.; Ortiz Pasco, J. y Lanatta Guilhem, R. E. *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Thomson Reuters.
52. León Hilario, L. (2004). *Funcionalidad del 'daño moral' e inutilidad del 'daño a la persona' en el derecho civil peruano*". Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
53. León Hilario, L. (2017). *Responsabilidad civil extracontractual (3° ed.)*. Lima: Instituto Pacífico.

54. Lima, I., Peckham, A. D., & Johnson, S. L. (2018). Cognitive deficits in bipolar disorders: Implications for emotion. *Clinical psychology review*, 59, 126–136. <https://doi.org/10.1016/j.cpr.2017.11.006>
55. López Mesa, M.; Trigo Represas, F.; (2004). *Tratado de responsabilidad civil, t. I*. Buenos Aires: La Ley.
56. Lorenzetti, R.L. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación. t.1*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
57. Lubomira Kubica, M. (2015). *El riesgo y la responsabilidad objetiva* – Tesis doctoral. Girona: Universidad de Girona.
58. Madrid-Malo, M. (1992). *El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica*. Bogotá:ESAP.
59. Marmolejo Cervantes, M.A. (2019). De la teoría del riesgo creado a la teoría del riesgo regulado en materia de hidrocarburos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 52(154), 107-145. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2019.154.14139>
60. Medina Crespo, M., “El resarcimiento del lucro cesante causado por la muerte”. *Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguro*. <http://www.asociacionabogadosrcs.org/congreso/5congreso/ponencias/marianoMedinaLucroCesante.pdf>
61. Meza Flores, J. (2018). *Hacia una teoría de la prueba del daño moral en Perú*. Arequipa: Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.
62. Miret, S., Fatjó-Vilas, M., Peralta, V., & Fañanás, L. (2016). Síntomas básicos en la esquizofrenia, su estudio clínico y relevancia en investigación [Basic symptoms in schizophrenia, their clinical study and relevance in research]. *Revista de psiquiatría y salud mental*, 9(2), 111–122. <https://doi.org/10.1016/j.rpsm.2015.10.007>
63. Naveira Zarra, M.M. (2004). *El resarcimiento del daño en la responsabilidad civil extracontractual*. La Coruña: Universidad de La Coruña. Departamento de Derecho Privado. Facultad de Derecho.

64. Nogueira Alcalá, H. (2006). *El Derecho a la Igualdad ante la Ley, No Discriminación y Acciones Positivas*. Santiago: U. Católica del Norte. Revista de Derecho. Año 13. No. 2.

65. Observación General N° 1. “Artículo 12: Igual reconocimiento ante la ley, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad”. 11° período de sesiones (30 de marzo a 11 de abril de 2014). Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

66. Olmo, J. P. y Martínez Alcorta, J.A. (2011). Art. 12 CDPD: Medidas de Apoyo y de Salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino. Derecho de Familia. *Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, 49.

<http://www.articulo12.org.ar/2010/documentos/trabajos/comision%20II/2-olmo.pdf>

67. Orueta Sánchez, R. (2019). Los medicamentos para la enfermedad de Alzheimer a debate. El papel del médico de familia. *Revista Clínica de Medicina de Familia*, 12(3), 113-114.

<https://scielo.isciii.es/pdf/albacete/v12n3/1699-695X-albacete-12-03-113.pdf>

68. Osterling, F.; Cárdenas Quirós, C. (1985). *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones)*. En Delia Revoredo de Debakey (Compiladora). Código Civil, VI. *Exposición de Motivos y Comentarios, Comisión encargada del Estudio y Revisión del Código Civil*. t.V. Industria Avanzada.

69. Osterling Parodi, F.; Rebaza González, A. (2016). «La equidad y su función cuantificadora de los daños de imposible probanza, a propósito del artículo 1332° del Código Civil peruano». En *Incumplimiento Contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*. Lima: Jurivec.

70. Osterling Parodi, F. (2015). «Artículo 1322°. Indemnización por daño moral». Vol. I *Responsabilidad Contractual, de Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual. Comentarios a las normas del Código Civil*. Lima: Instituto Pacífico.

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

72. Palacios, A. (2015). *Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

En Salmón, E.; Palacios, A., Salas, D.; Del Águila, L.M.; Bregaglio, R.; De Asis, R.; Tovar, T.; Vásquez, A.; Astorga, L.F. *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

73. Papayannis, D.M.. (2012). Teorías sustantivas de la responsabilidad extracontractual y la relevancia de la metodología. *Isonomía*, 37, 61-97.

<http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n37/n37a4.pdf>

74. Parra Quijano, J. (2006). *Manual de derecho probatorio* (15° ed.). Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.

75. Peirano Facio, J. (2004). *Responsabilidad Extracontractual*. Bogotá: Themis.

76. Picasso, S. y Sáenz, L. (2015). Comentario a los artículos 1742, 1749 y 1750 del Código Civil y Comercial de la Nación argentino. En Caramelo, G.; Herrera, M.; Picasso, S. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (2° ed.). Infojus.

77. Pizarro, R. D. (2006). *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa contractual y extracontractual*. t.I. Buenos Aires: La Ley.

78. Plácido Vilcachagua, A. (2019). Discapacidad y capacidad jurídica. *Actualidad Civil* (56).

79. Plácido Vilcachagua, A. (2010). *Comentario de los artículos 502 y 565 del Código Civil*. En Gutierrez, C. W., Muro, R. M.; Vidal, R. F. *Código Civil comentado: Comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil* (3° ed). Gaceta Jurídica.

80. Prevot, J.M. (2010). El problema de la relación de causalidad en el Derecho de la Responsabilidad civil. *Revista chilena de derecho privado*, (15), 143-178.

<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722010000200005>

81. Quigley J. (2017). Juvenile Huntington's Disease: Diagnostic and Treatment Considerations for the Psychiatrist. *Current psychiatry reports*, 19(2), 9. <https://doi.org/10.1007/s11920-017-0759-9>

82. Ramos, S. E. (2020). Capacidad en situación de discapacidad: Análisis de la Ley 1996 de 2019. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 4.

83. Retamozo Escobar, J. (2015). Daño a la persona y daño moral: un paso adelante [...]. Lima: *Actualidad civil*, N° 11.
84. Rubio Correa, M. (1992). *El ser humano como persona natural*. Lima: PUCP.
85. Rueda Fonseca, M.S. (2007). Las vertientes doctrinarias del daño moral o pretium doloris. Santa Cruz: *Revista Boliviana de Derecho*, N° 4.
86. Varsi Rospigliosi, E. (2014). *Tratado de derecho de las personas* (1° ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
87. Sánchez Hernández, L.C. (2016). De la culpa de la lex Aquilia del derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el derecho civil colombiano. *Revista de Derecho Privado*, (30), 287-335.
<https://dx.doi.org/10.18601/01234366.n30.10>
88. Sánchez Vera, W. (2010). *Comentario del artículo 571 del Código Civil*. En Gutierrez, C. W., Muro, R. M.; Vidal, R. F. *Código Civil comentado: Comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil* (3° ed.). Gaceta Jurídica.
89. Santos Briz, J. (1978). *Derecho Civil. Teoría y Práctica. Introducción y Doctrinas Generales, t.I*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
90. San Martín Neira, L. C. (2018). La imputabilidad o capacidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual. Un debate pendiente en la doctrina chilena. *Revista Ius et Praxis*, 24 (1).
91. Seoane Rodríguez, J.A y Álvarez Lata, N. (2010). El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad: una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Derecho privado y Constitución*, 4.
92. Seuba Torreblanca, J.; Fernández Crende. A; Farnós-Amorós, E (2004). Daños causados por personas con trastornos mentales. Indret: *Revista para el Análisis del Derecho*, 2.
93. Silva, M. A., & Restrepo, D. (2019). Functional Recovery in Schizophrenia. Recuperación funcional en la esquizofrenia. *Revista colombiana de psiquiatría*, 48(4), 252–260.

<https://doi.org/10.1016/j.rcp.2017.08.004>

94. Young, I.M.. (2000). *La justicia y la política de la diferencia*. Trad. De Silvana Álvarez. Universidad de Valencia. Madrid: Cátedra.

95. Taboada Córdova, L. (2003). *Elementos de la responsabilidad civil. Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil a Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual* (2° ed.). Lima : Grijley.

96. Taboada Córdova, L. (2001). *Elementos de la responsabilidad civil*. Lima: Grijley.

97. Tamayo Jaramillo, J. (2015). Responsabilidad civil por el hecho ajeno. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 0(53), 121 – 149.

<https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5421>

98. Tamayo Lomaba, A. (2009). *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual* (3° ed.). Bogotá: Ediciones doctrina y Ley Ltda.

99. Torres Vásquez, A. (2011). *Código Civil* (7° ed.). Lima: Moreno.

100. Torres Vásquez, A. (2016). *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia, Concordancias, Antecedentes, Sumillas Legislación Complementaria* (8° ed). t.1. Lima: Moreno S.A.

101. Torres Vásquez, A. (2019). Capacidad de ejercicio. A propósito de la publicación de los decretos legislativos N° 1377 y N° 1384. *Actualidad civil*,56.

102. Trazegnies Granda, F.(2001). *La responsabilidad extracontractual. Vol. IV. t.II*. Lima: PUCP. Fondo Editorial.

103. Vallejo Jiménez, G.A., Hernández Ríos, M.i., & Posso Ramírez, A.E. (2017). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos. *Revista CES Derecho*, 8(1), 3-21.

104. Varsi Rospigliosi.E (2010). *Comentario del artículo 423 del Código Civil*. En Gutierrez, C. W., Muro, R. M.; Vidal, R. F. (2010). *Código civil comentado: Comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil* (3° ed). Gaceta Jurídica.

105. Varsi-Rospigliosi, E.; Torres-Maldonado, M.A. (2019). El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código Civil peruano. *Acta bioethica*, 25(2), 199-213.

<https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2019000200199>

106. Velarde Lizama, V. (2012). Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico. *Revista Empresa y Humanismo*, XV(1).

107. Victoria Maldonado, J. A. (2013). El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 46(138), 1093-1109.

<http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v46n138/v46n138a8.pdf>

108. Vivas-Tesón, I. (2010). Libertad y protección de la persona vulnerable en los ordenamientos jurídicos europeos: hacia la despatrimonialización de la discapacidad. *Revista de derecho UNED*, 7, 561-595.

109. Weidenslaufer, C.; Trufello, P. (2019). *Derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de la capacidad jurídica. Derecho internacional y comparado*. Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Asesoría Técnica Parlamentaria.

110. Yáñez Vivero, F. (2009). Culpa Civil y Daño Extracontractual Originado por Persona Incapaz. Un Análisis en el Marco del Derecho Europeo de Daños. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*.

111. Yzquierdo Tolsada, M. (2015). *Responsabilidad civil extracontractual*, 2ª. ed. Madrid: Dykinson.

112. Zavala de González, M. (1991). *Resarcimiento de daños, Vol. 2a (Daños a las personas)[Integridad sicofísica]*, (28ª ed.). Buenos Aires: Hammurabi.

LEGISLACIÓN:

1. Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano.
2. Código Civil alemán.
3. Código Civil argentino.
4. Código Civil colombiano.
5. Código Civil español.
6. Código Civil italiano.
7. Código Civil peruano.

8. Constitución de la Nación Argentina
9. Constitución Política de Colombia
10. Constitución Política de Nicaragua
11. Constitución Política del Perú
12. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969
13. Convención sobre de los Derechos de las Personas con Discapacidad
14. Decreto Legislativo N° 1417
15. Decreto Legislativo N° 1310
16. Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP
17. Ley N° 26.579-2009 de Argentina
18. Ley N° 27-1977 de Colombia
19. Ley de 1996 de 2019 de Colombia
20. Ley N° 2007-308 de Francia
21. Ley N° 30311-2015
22. Ley General de la Persona con Discapacidad.
23. Ley de Integración social de los Minusválidos de 1982 (LISMI) de España
24. Ley N° 6, del 9 de enero de 2004 de Italia
25. Real Decreto Ley N° 33/1978 de España
26. España: LISMI (Ley de Integración social de los Minusválidos de 1982).
27. Ley General de la Persona con Discapacidad.
28. Real Decreto Ley 33/1978. España

SENTENCIAS:

PERÚ

1. Casación Civil N° 1318-2016

2. Casación Civil N° 4664-2010

3. Sentencia N° 163-2009-11JEC, del Décimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Arequipa.

4. Sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, de fecha 23.08.2010. (Resolución N° 68 (SIETE-1SC), 2010).

ITALIA

1. Sentencia de la Corte de Casación italiana, emitida por la Cámara del Consejo de la Tercera Sección Civil, de fecha 8 de octubre de 2019 (No. de Recurso 5020)

2. Sentencia de la Corte de Casación italiana, emitida por la Tercera Sección Civil, de fecha 8 de marzo de 2019 (No. Recurso 14377)

FRANCIA

1. Sentencia de la Corte de Casación francesa, de fecha 25 de marzo de 1991.

2. Sentencia de la Corte de Casación francesa, de la Sala Penal, de fecha 27 de mayo del 2014 (No. De Recurso 13-83.020)

3. Sentencia de la Corte de Casación francesa, de la Segunda Sala Civil, de fecha 18 de diciembre de 1964 (Publicado en el Boletín: Publicación N° 836).

4. Sentencia del Tribunal de Apelaciones de Burdeos, Quinta Sala Civil, de 4 de marzo de 2015 (No. de Registro 13/01062).

5. Sentencia de la Sala Civil de la Corte de Casación francesa, de fecha 4 de febrero de 1981.

ESPAÑA

1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 22 de diciembre de 2020 (No. Recurso 16/2019)

2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 07 de setiembre de 2020 (No de Recurso: 315/2019).

RESOLUCIONES Y ACUERDOS PLENARIOS:

1. Resolución Administrativa N° 272-2014-P-PJ, de la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 04 de Setiembre de 2014
2. Acuerdo Plenario 2-2008/CJ-116
3. Tercer Pleno Casatorio Civil (CAS. N° 4664-2010 Puno)
4. Resolución Ministerial N° 0300-016-JUS
5. Resolución Administrativa N° 046-2019-CE-PJ, de fecha 23 de enero de 2019.



ANEXOS

Proyecto de Ley que modifica el artículo 1976-A del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295) e incorpora el artículo 1975.

Artículo 1.- Incorpórese el artículo 1975 en el Código Civil (Decreto Legislativo N° 295), el cual queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 1975.-

La persona mayor de edad carente de discernimiento, que no cuenta con Apoyo, queda obligada por el daño que ocasione. Corresponde al Juez la fijación del monto resarcitorio, considerando como atenuante el nivel de discernimiento de quien ocasiona el daño.

Artículo 2.- Modifíquese el artículo 1976-A del Código Civil (Decreto Legislativo N° 295), el cual queda redactado de la siguiente manera:

Artículo 1976-A.-

La persona mayor edad sin discernimiento que cuenta con Apoyo, y se encuentra bajo su cuidado, queda obligada por el daño que ocasione. El Apoyo es solidariamente responsable, a menos que demuestre que no pudo impedir el hecho.

El designado como Apoyo será responsable por los daños que ocasione la persona mayor de edad sin discernimiento, si hubiera actuado bajo una influencia indebida.

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente proyecto de ley ha sido elaborado con la finalidad de actualizar y flexibilizar el Código Civil (Decreto Legislativo N° 295), el régimen de responsabilidad civil extracontractual, aplicado a las personas mayores de edad sin discernimiento que causan daño a otros, así como a las personas naturales o jurídicas, que sean designadas como su Apoyo.

En primer lugar, respecto a la propuesta de inclusión del nuevo artículo 1975 en el Código Civil, corresponde señalar que darle la potestad al juez de evaluar el nivel de falta de discernimiento de la persona mayor edad, es un criterio acorde a la realidad, en

vista de la imposibilidad de que en un artículo puedan estar previstos todos los niveles de falta de discernimiento que una persona puede experimentar. Por tanto, será el juez, en función a cada caso en particular, quien determinará dicho nivel, con la atenuante correspondiente en función a tal situación. Así, el referido artículo será de aplicación a las personas mayores de edad sin discernimiento que, en forma voluntaria, hayan decidido prescindir del Apoyo, en atención al respeto de su voluntad y preferencias. En efecto, desde la entrada en vigencia del Código Civil, en 1984, no ha existido una reforma que considere el nivel de discernimiento del agente dañante. La propuesta novedosa de este Proyecto, consiste en adoptar el nivel de discernimiento de la persona que causa el daño, como un criterio a tener en cuenta en la determinación del monto resarcitorio.

En su redacción original, el Código Civil consideraba a aquella persona sin discernimiento que cause un daño como inimputable²³⁶, por lo que se le exoneraba del deber de resarcir a la víctima, correspondiendo a su representante legal, el deber de reparar el daño. Por el contrario, tras la reforma del Decreto Legislativo N° 1384, se optó por abolir la referida exoneración²³⁷, por lo que la persona mayor de edad sin discernimiento, se encuentra obligada a responder civilmente por el daño que ocasione, de manera individual y sin que medie alguna atenuante de por medio, en atención a su situación personal.

En consecuencia, resulta necesario establecer un punto medio respecto de los dos criterios señalados anteriormente, en vista de que la falta de discernimiento en la persona mayor de edad que ocasiona un daño, influye considerablemente en la posibilidad que pueda tener de prevenir las consecuencias de su actuar. Debido a la numerosa diversidad de supuestos que pueden dar a la responsabilidad civil extracontractual, el presente

²³⁶ Artículo 1975 del Código Civil peruano.-

La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable. (*)

(*) Artículo derogado por el Literal b) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384, publicado el 04 septiembre 2018

²³⁷ Artículo 1976-A del Código Civil peruano.-

La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo, teniendo derecho a repetir contra él. Las personas comprendidas en el artículo 44 numeral 9 no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa.

Proyecto establece como regla general el establecimiento de una atenuante respecto de la fijación del monto resarcitorio, la cual deberá ser de aplicación por parte del juez en cada supuesto de hecho en particular.

En segundo lugar, nuestro Código Civil le atribuye a la persona mayor de edad sin discernimiento, la obligación de responder civilmente por el daño que ocasione, de manera individual, aun cuando cuente con un Apoyo. No obstante, le brinda la posibilidad de repetir contra este último, por lo que dicho criterio resulta desincentivador para la asunción de la función de Apoyo, en vista de que, de manera indirecta, termina siendo quien asume los costos de reparación del daño, ocasionado por la persona mayor de edad sin discernimiento. Entonces, se justifica la necesidad de una reforma que, por el contrario, incentive la constitución en Apoyo de la persona mayor de edad sin discernimiento.

Por ende, el Presente proyecto propone establecer una delimitación del deber de cuidado correspondiente al Apoyo, mediante la modificación del artículo 1976-A del Código Civil. A su vez, solo mediante la omisión de dicho deber, el Apoyo será encontrado responsable por el daño causado por la persona mayor de edad sin discernimiento, que se encontraba bajo su cuidado. Al respecto, los parámetros del referido deber tienen que ser acordes a la realidad, con la finalidad de evitar incurrir en el error de exigirle al Apoyo una vigilancia permanente sobre la persona a quien asiste. En consecuencia, el deber de cuidado del Apoyo se limitará respecto de aquellos supuestos en los que la persona mayor de edad sin discernimiento se encuentre bajo su cuidado, es decir, que el Apoyo se encuentre, de manera presencial, acompañando a la persona asistida. En efecto, incurriríamos en un absurdo si es que establecemos una responsabilidad solidaria del Apoyo y la persona asistida, que no admita excepciones.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, la delimitación del deber de cuidado debe ser aún menos rigurosa. En atención a ello, cabe señalar que nunca se ha empleado una reforma en el Código Civil en los supuestos de responsabilidad por hecho ajeno, que instaure un factor de atribución subjetivo, toda vez que el factor de atribución objetivo

ha tenido preeminencia. Por ejemplo, en el caso de la responsabilidad vicaria (artículo 1981²³⁸ del Código Civil).

Entonces, es necesario establecer una reforma en el Código Civil, que incentive la constitución en Apoyo, mediante un factor de atribución subjetivo, basado en la culpa, que permita una exoneración de responsabilidad su favor, es decir, que en caso el Apoyo demuestre haber actuado diligentemente, en el momento en que se produjo el daño por parte de la persona mayor de edad sin discernimiento que se encontraba bajo su cuidado, se produzca la exoneración de responsabilidad en favor del primero de estos. Así, la carga de la prueba, establecida en favor de la víctima, le corresponderá al Apoyo, quien deberá acreditar que su actuación incurrió en culpa, toda vez que no se encontraba en la posibilidad de impedir el evento dañoso.

En tercer lugar, nuestro Código Civil no contempla supuesto alguno, en el que el Apoyo haya influido en la voluntad de la persona mayor de edad sin discernimiento, a tal nivel de persuadir a esta última a generar un daño a un tercero. En consecuencia, se justifica la necesidad de inclusión de un nuevo supuesto: aquel en el que el Apoyo deba responder civilmente y de manera individual, ante la víctima del daño. Por tanto, la persona mayor de edad sin discernimiento, quedaría exonerada de responsabilidad, de manera excepcional. Por tanto, se justifica la modificación del artículo 1976-A de nuestro Código Civil, con la finalidad evitar que la persona mayor edad de sin discernimiento termine reparando un daño que, de no haber mediado la intervención del Apoyo, nunca se hubiese producido. A su vez, en vista de que constituye un supuesto de naturaleza excepcional, encuentra su fundamento en una influencia indebida por parte del Apoyo, es decir, que este último haya actuado con la intención de modificar la manifestación de la voluntad de la persona a quien asiste, aprovechando su posición de poder y, ejerciendo presión, amenaza, manipulación o agresión.

²³⁸ Artículo 1981 del Código Civil peruano.-

Aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo.

Por último, la carga de la prueba, evidentemente, recaerá en el Apoyo, quien deberá demostrar una actuación conforme a su deber de cuidado respecto de la persona asistida, si es que pretende eximirse de responsabilidad. En consecuencia, la inclusión en nuestro Código Civil, de la responsabilidad del Apoyo, por influir indebidamente en la manifestación de la voluntad de la persona mayor de edad sin discernimiento, desincentivará la adopción de conductas indebidas por parte del Apoyo, que busquen su beneficio propio.

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO:

El establecimiento de una atenuante en función del nivel de falta de discernimiento, en favor de la persona mayor de edad, se evitará que asuma los costos de reparación del daño en forma absoluta. En efecto, reparar el daño implica trasladarlo a otra persona. Por lo que dicho traslado se realizará una forma menos rigurosa, en comparación a una persona mayor de edad que se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales, a quien corresponderá asumir los costos del daño en su integridad.

Por el contrario, la persona mayor de edad sin discernimiento tendrá una atenuante en su favor, en función a la valoración de su situación personal. Como señala Bullard (2019): “La pérdida ocasionada por un accidente nunca es reparada realmente en términos sociales. Solo es trasladada a otro, y al hacerlo se está ocasionando un nuevo daño. Entonces el daño causado no se crea ni se destruye, solo se traslada, es decir, se desviste un santo para desvestir a otro” (p. 140). Por tanto, es necesaria una reforma en nuestro Código Civil, que establezca que el nuevo daño, causado a la persona mayor de edad sin discernimiento, se produzca en forma atenuada.

En la actualidad, en función del artículo 1976-A, encontramos que se produce un desincentivo para la asunción de la función del Apoyo, en vista de que la persona que cuenta con Apoyo puede repetir contra este, por lo que es el Apoyo quien, en caso la persona asistida ejerza esta facultad, termine ejerciendo de manera indirecta los costos del daño.

Si se establece una responsabilidad solidaria, que es la propuesta del presente Proyecto, se le brinda la posibilidad al Apoyo, en contraste con lo expuesto

anteriormente, de recuperar lo pagado respecto de la persona asistida. Entonces, en atención a su situación personal, el Apoyo está en mejor posición de prevenir los daños, toda vez que, además de tener una plena capacidad de ejercicio, se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales, a diferencia de la persona mayor de edad sin discernimiento. Nuestro sistema de responsabilidad civil extracontractual emplea la teoría de la causalidad adecuada. Siguiendo a Bullard (2019):

La causalidad adecuada busca que se identifique como causa de un daño aquella que normalmente hubiera ocasionado ese tipo de daños en particular. Se busca identificar comportamientos que incrementen las posibilidades de un tipo de accidente, y ello para desincentivar las conductas que generan cierto tipo de daños.

Esto tiene que ver con previsibilidad, y la previsibilidad no se relaciona con la compensación, sino con poder reducir la cantidad de accidentes. Por eso, nuestro sistema de responsabilidad hacer que se pague cuando el daño es previsible. Bajo esa esfera, nuestro sistema es básicamente un sistema de prevención de accidentes. (p. 147)

Entonces, al tener el Apoyo mayor capacidad de prever los daños, se encuentra en una mejor posición para realizar acciones dirigidas a evitar que estos últimos se produzcan. En consecuencia, en función a tal situación, es necesaria una reforma en nuestro Código Civil, que mida la conducta del Apoyo sobre un factor de atribución subjetivo, basado en la culpa, que establezca un estándar de comportamiento. Por tanto, procederá la exoneración de responsabilidad, cuando demuestre haber empleado una conducta diligente, respeto del deber de cuidado de la persona mayor de edad sin discernimiento. Por último, el establecimiento de la responsabilidad solidaria entre el Apoyo y la persona mayor de edad sin discernimiento, generará una distribución de los costos del daño entre ambos. En consecuencia, se evitará que una persona que la persona mayor de edad sin discernimiento, responda de la misma forma que otra que se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales.

A su vez, en nuestro Código Civil, no existe un artículo en el que se establezca una responsabilidad individual del Apoyo por el hecho de la persona mayor de edad sin discernimiento, que se encuentra bajo su cuidado. En efecto, puede darse el caso de que

el Apoyo actúe bajo una influencia indebida, modificando la manifestación de voluntad de la persona asistida, con la finalidad de lograr que esta última cause un daño a terceros. Por ende, la inclusión de un artículo que tenga prevista esta situación, encuentra su respaldo en la necesidad de evitar que la persona mayor de edad sin discernimiento, asuma los costos de reparación de un daño que, de no haber mediado la intervención de su Apoyo en forma dolosa, nunca se hubiera producido. Corresponde entonces, trasladar los costos de reparación del daño al Apoyo, por la malintencionada actuación de este último.

III. IMPACTO DE LA NORMA SOBRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Se modifica el artículo 1976-A Código Civil (Decreto Legislativo N° 295), y se incluye el artículo 1975. No se produce más variaciones en el ordenamiento jurídico nacional.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bullard, A. (2019) *Análisis económico del Derecho* (1° ed). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo editorial.