

# CAPÍTULO 17

## **Las salvaguardias para el ejercicio de capacidad jurídica de personas con discapacidad como una forma de paternalismo justificado**

---

Renato Antonio Constantino Caycho\*

Renata Anahí Bregaglio Lazarte\*\*

\* Docente a tiempo completo del Departamento de Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú —PUCP—. Miembro del Grupo Interdisciplinario de Investigación en Discapacidad de la PUCP —GRIDIS—.

\*\* Docente Asociada del Departamento de Académico de Derecho de la PUCP. Coordinadora del GRIDIS.

SUMARIO: I. Resumen; II. Introducción; III. Punto de partida: la discapacidad como vulnerabilidad; IV. Las salvaguardias en conjugación con la vulnerabilidad de la persona con discapacidad; V. Conclusión: las salvaguardias, una forma de paternalismo justificado.

## **I. Resumen**

La confusa redacción del artículo 12.4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha generado dificultades en la plena comprensión de cómo debe operar en el ejercicio de capacidad jurídica. Si bien la convención plantea que la autonomía es uno de sus principios fundamentales, el artículo 12.4 postula a las salvaguardias como medidas para proteger "derechos, voluntad y preferencias". En el presente artículo se analiza la figura de la salvaguardia y se la postula como una medida paternalista que restringe de manera justificada y proporcional la capacidad para la toma de decisiones.

## **II. Introducción**

El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —CDPD— revolucionó el entendimiento de la capacidad

para celebrar negocios jurídicos<sup>1</sup> de las personas con discapacidad, en particular las personas con discapacidad intelectual y psicosocial.<sup>2</sup> Ya no se parte desde la incapacidad civil de estas personas, sino que la premisa es que las personas con discapacidad gozan de capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de las personas. La literatura sobre el tema se ha enfocado en esa igual capacidad jurídica y el papel de los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica. Sin embargo, pocos los trabajos analizan el alcance del artículo 12.4.

Uno de los argumentos más utilizados durante mucho tiempo para denegar la capacidad jurídica a las personas con discapacidad fue que estas no estaban en capacidad de tomar decisiones relevantes y, por tanto, no debían asumir las consecuencias negativas de sus actos. Por ello, resultaba mejor que otra persona tomara decisiones en su nombre, sin pedir su opinión. En ese sentido, una de las demandas más claras durante la negociación de la CDPD fue la reivindicación de la capacidad de cometer errores y asumir riesgos con las decisiones, entendiendo que ello tenía una intrínseca relación con la dignidad humana.<sup>3</sup>

De esa manera, el que las personas con discapacidad puedan decidir, evidentemente, implica aceptar que habrá ocasiones en que tomen decisiones consideradas poco provechosas, arriesgadas o hasta peligrosas.

---

<sup>1</sup> Se utiliza la voz *negocio jurídico* para respetar el origen alemán de *Rechtsgeschäft*, entendido como una declaración de voluntad destinada a la conformación o extinción de relaciones jurídicas. No obstante, se reconoce que en buena parte de América Latina la voz que más se usa es *acto jurídico*. V. León, L., *El sentido de la codificación civil: estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código civil peruano*, Palestra Editores, Lima, 2004.

<sup>2</sup> Con *personas con discapacidad intelectual* nos referimos a aquellas que se encuentran en situación de discapacidad originada en una deficiencia temporal o permanente que genere limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual o en el comportamiento adaptativo, como una persona con síndrome de Down. Con *personas con discapacidad psicosocial* nos referimos a quienes tienen una deficiencia temporal o permanente en su forma de pensar, relacionarse o interactuar, como una persona con esquizofrenia, una persona con trastorno bipolar o una persona con síndrome de Asperger. El término *deficiencia* puede ser estigmatizante, aunque es el vocablo utilizado por la CDPD.

<sup>3</sup> Gooding, P., "Supported Decision-Making: A Rights-Based Disability Concept and its Implications for Mental Health Law", en *Psychiatry, Psychology and Law*, vol. 20, núm. 3, 2013, pp. 431-451.

No obstante, esta "libertad de tomar las propias decisiones"<sup>4</sup> puede entenderse como una invitación para aprovechar una situación de vulnerabilidad. Si acaso eso fuese así, no se estaría cumpliendo con respetar "la dignidad inherente"<sup>5</sup> de la persona con discapacidad. Por ello, el artículo 12.4 de la CDPD regula las salvaguardas, instrumentos diseñados principalmente para evitar que el ejercicio de libertad se convierta en una posibilidad de abuso y daño a la dignidad.

El que las salvaguardas hayan sido poco desarrolladas por la doctrina y por el propio Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —Comité CDPD— podría deberse a la dificultad de construir un argumento que, bajo el presupuesto de la vulnerabilidad, articule la noción de autonomía con la necesidad de medidas de protección. Asumiendo este reto, en el presente artículo se intentará dar un análisis detallado sobre las salvaguardas y su configuración.

### **III. Punto de partida: la discapacidad como vulnerabilidad**

La CDPD establece que la discapacidad no es una condición intrínseca de la persona, sino que surge de la interacción de una deficiencia biológica con una barrera social. No obstante, en una sociedad donde la discapacidad es motivo de discriminación, las personas con discapacidad se encuentran en una situación de desventaja en diversos ámbitos de la vida social. Dichas desventajas, sin embargo, no podrían llevar a la negación absoluta de derechos ni limitar plenamente la libertad de contratar.

De manera general, el derecho ha establecido algunas protecciones frente a desigualdades materiales. Así, el derecho laboral entiende que la parte empleadora y la parte trabajadora no están en igualdad de condiciones, por lo que establece limitaciones a la libertad contractual como el sueldo mínimo. En el derecho civil, de manera similar, se han establecido

---

<sup>4</sup> CDPD, art. 3.a.

<sup>5</sup> *Id.*

figuras como "la excesiva onerosidad sobrevenida, [el] abuso de derecho o la sanción de cláusulas abusivas".<sup>6</sup> De acuerdo con León, la base de figuras similares tiene que ver con un principio general de la contratación privada que rechaza el abuso de una situación vulnerable en la voluntad ajena y prohíbe obtener ventaja de la desigualdad real entre los contratantes.<sup>7</sup>

A partir de lo anterior, consideramos que la discapacidad es una forma de vulnerabilidad frente a cualquier negocio jurídico y que, además, será una forma de desigualdad real en cualquier ejercicio de libertad contractual bilateral o multilateral. Ello no implica imponer restricciones absolutas al ejercicio a esta libertad, pero sí justifica las medidas de salvaguardias que plantea el artículo 12.4, con el objeto de evitar un daño no deseado por la persona con discapacidad.

En nuestra opinión, la vulnerabilidad de la persona con discapacidad tiene dos tipos de consecuencias: una interna y otra relacional. La primera tiene que ver con las dificultades para comprender el negocio jurídico, y está fuertemente vinculada al modelo de restricción funcional de la capacidad jurídica. En su Observación General Núm. 1, el Comité CDPD señaló que existen en el derecho comparado tres modelos para restricción de la capacidad jurídica a personas con discapacidad: estatus, resultado y funcionalidad. La restricción por estatus se produce cuando la restricción está basada en un diagnóstico de discapacidad. La restricción por resultado, por su parte, restringe la capacidad jurídica a partir de la decisión que toma la persona frente a una situación concreta por considerarse que no resulta adecuada a sus intereses. En ambos casos, el Comité CDPD concluyó que no resultaban compatibles con el artículo 12.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Momberg, R., "Contra la igualdad en el derecho de contratos", en F Muñoz (ed.), *Igualdad, inclusión y derecho: lo político, lo social y lo jurídico en clave igualitaria*, LOM Ediciones, Santiago, 2013.

<sup>7</sup> Cf. León, L., *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019, p. 109.

<sup>8</sup> Cf. Comité CDPD, Observación General Núm. 1, Artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 2014, párr. 15.

Finalmente, el tercer modelo es el de la restricción por funcionalidad o competencia. Este busca realizar una evaluación del entendimiento, para determinar si la persona con discapacidad comprende las implicancias y efectos del negocio jurídico por realizar. En el borrador de la Observación General Núm. 1, el Comité CDPD no rechazó este modelo. Solo lo rechazó en tanto fuera discriminatorio o "si afectan en mayor medida al derecho a la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad".<sup>9</sup> Sin embargo, en su versión final, el modelo funcional también fue señalado como incompatible con el artículo 12 por ser "aplicado de manera discriminatoria a personas con discapacidad".<sup>10</sup>

Pese a lo anterior, consideramos que no es tan fácil desdeñar la aproximación funcional como un criterio para determinar quién puede y quién no puede celebrar negocios jurídicos. Contrariamente a lo señalado por el Comité CDPD, creemos que el modelo funcional no será aplicable para determinar quién tiene capacidad jurídica de manera general, sino para determinar quién puede emitir una voluntad válida respecto de un negocio jurídico específico. Esta dificultad para emitir una voluntad válida, y los riesgos que podrían generarse de validar una decisión tomada sin una adecuada comprensión de las consecuencias,<sup>11</sup> es justamente lo que buscan proteger las medidas de salvaguardias.

La segunda consecuencia de la vulnerabilidad, que denominamos *relacional*, está vinculada con la posibilidad de que las personas con discapacidad sean manipuladas en el marco de la relación de apoyos. Es decir, en estos casos, no es relevante si la persona comprende o no el acto jurídico. Lo realmente relevante es si la declaración que realiza responde a su verdadera voluntad o si está viciada por influencia de una persona que

---

<sup>9</sup> Comité CDPD, Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. Proyecto preparado por el Comité, CRPD/C/11/4, 2013, párr. 21.

<sup>10</sup> Comité CDPD, Observación General Núm. 1... *cit.*, párr. 15.

<sup>11</sup> De acuerdo con Catalina Devandas, una de las funciones de los apoyos es "evaluar las posibles alternativas a una decisión y sus consecuencias" —V. Devandas, C., Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, A/HRC/37/56, 2017, párr. 41.

ejerce apoyo o por la contraparte en un negocio jurídico. Aceptamos que la diferenciación entre ambas consecuencias es principalmente teórica y que lo más probable es que en la vida real ambas situaciones se presenten de manera adyacente.

Resulta necesario también precisar que el análisis de vulnerabilidad frente a la toma de decisiones, que en este artículo analizamos respecto de la discapacidad, viene planteándose también en otros escenarios. Así, en relación con las situaciones de explotación laboral o sexual, surgen voces que reivindican la necesidad de analizar la situación de vulnerabilidad de la persona que consiente. También podríamos plantear si es que condiciones como el analfabetismo pondrían a una persona en situación de vulnerabilidad frente a la necesidad de emitir una voluntad con contenido jurídico. En ese sentido, consideramos que la funcionalidad y los condicionantes que podrían constreñir una voluntad, antes que entenderse como exclusivamente referidos a las personas con discapacidad —y, por tanto, discriminatorios—, plantean el reto de empezar a debatir si acaso no pueden ser también aplicados en otros casos y, por tanto, requerir también medidas de salvaguardas complementarias para que actúen en el derecho.

## **1. La vulnerabilidad interna y su relación con la funcionalidad como criterio de determinación de validez de la voluntad**

En los debates sobre la capacidad jurídica y el enfoque funcional, un sector de la doctrina defiende el enfoque funcional por considerar que sus evaluaciones son neutrales y permiten valorar adecuadamente si la persona puede tomar una decisión específica.<sup>12</sup> Por tanto, cumplirían

---

<sup>12</sup> Cf. Series, L. y Nilsson, A., "Article 12 CRPD. Equal recognition before the law", en I. Bantekas, M. A. Stein y D. Anastasiou (eds.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, a commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 353.

los lineamientos del Comité CDPD.<sup>13</sup> Si bien, como plantea Series, estas evaluaciones pueden ser utilizadas de forma discriminatoria, no son "inevitablemente discriminatorias o desproporcionadas en todas las circunstancias".<sup>14</sup>

Otro sector de la doctrina ha cuestionado esta valoración positiva de la funcionalidad por considerar que no satisface la neutralidad.<sup>15</sup> Así, Minkowitz<sup>16</sup> y Devandas<sup>17</sup> plantean que no es posible restringir la capacidad jurídica en base a la discapacidad. El problema de esta postura, sin embargo, es que no resulta claro ni asible qué entender por "sobre la base de la discapacidad", ni se propone un modelo verdaderamente neutro a la discapacidad. Si bien se han desarrollado esfuerzos por construir estos modelos,<sup>18</sup> pareciera inevitable que, al final del día, los destinatarios de dichas medidas de restricción sean principalmente —o sean también— personas con discapacidad.

Sin embargo, en nuestra mirada esto no se traduciría en un acto de discriminación hacia el colectivo. Por ejemplo, negar una licencia de conducir a una persona ciega no es un acto de discriminación, a pesar de que, si todas las personas ciegas solicitaran una, la tasa de denegación tendría una importante incidencia en este grupo poblacional. En esa medida, las razones para restringir el ejercicio de un derecho por una categoría

---

<sup>13</sup> Martin, W., Michalowski, S., Jütten, T. et al., *Achieving CRPD Compliance: Is the Mental Capacity Act of England and Wales compatible with the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities? If not, what next?*, Essex Autonomy Project, 2014.

<sup>14</sup> Series, L., *Comments on Draft General Comment on Article 12 - the right to equal recognition before the law*, 2014 —énfasis añadido—.

<sup>15</sup> Series, L., "Relationships, autonomy and legal capacity: Mental capacity and support paradigms", en *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 40, 2015.

<sup>16</sup> V. Minkowitz, T., "CRPD Article 12 and the Alternative to Functional Capacity: Preliminary Thoughts Towards Transformation", en *SSRN Electronic Journal*, 2013.

<sup>17</sup> V. Devandas, C., *op. cit.*, párr. 26.

<sup>18</sup> V. Flynn, E. y Arstein-Kerslake, A., "State intervention in the lives of people with disabilities: the case for a disability-neutral framework", en *International Journal of Law in Context*, vol. 13, 2017, pp. 39-57; y Bach, M. y Kerzner, L., *A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity*, The Law Commission of Ontario, Toronto, 2010, p. 133.

prohibida o sospechosa deben pasar por un análisis de *razonabilidad*.<sup>19</sup> En el ejemplo, parece bastante razonable que una persona ciega no pueda conducir un vehículo, pues no podría saber por qué ruta debe dirigirse. El que una medida impacte con mayor incidencia en un grupo en situación de vulnerabilidad, aunque constituya un indicio de discriminación, no necesariamente lo será.

Pero hay algo más. El análisis descrito para determinar la razonabilidad de la denegatoria de la licencia se basa en la funcionalidad o competencia visual. Se debe acreditar que la persona ve con una suficiencia tal que pueda no solo conducir por un camino, sino advertir los posibles peligros que podrían presentarse. Esto para proteger tanto a la propia persona al volante como a terceros. Por lo tanto, debemos aceptar que en otros ámbitos de determinación de derechos sí se acepta un enfoque funcional para restringir el acceso a derechos de personas con discapacidad sin que sea considerado, *per se*, discriminatorio.

Trasladando lo anterior al ámbito de la capacidad jurídica, parece adecuado postular que para emitir una voluntad válida en el derecho se requiere, en buena parte de ellas, un entendimiento mínimo, es decir, se deben comprender los alcances de un negocio jurídico y las consecuencias de este. Sin embargo, consideramos que esta funcionalidad no puede ser analizada para atribuir o restringir la capacidad jurídica de manera general. Tal como el propio Comité CDPD señala, "la aptitud de una persona para adoptar decisiones, [...] naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales".<sup>20</sup> A esta afirmación nosotros añadiríamos que esa aptitud no solo varía de persona en persona, sino que también puede variar de negocio jurídico en negocio

---

<sup>19</sup> Sobre las diferencias en las concepciones de discriminación de los órganos de Naciones Unidas, V. GURBAI, S., "Beyond the Pragmatic Definition? The Right to Non-discrimination of Persons with Disabilities in the Context of Coercive Interventions", en *Health and Human Rights Journal*, vol. 22, 2020, pp. 279-292.

<sup>20</sup> Comité CDPD, Observación General Núm. 1... *cit.*, párr. 13.

jurídico. Por ello, como plantea Dawson, en el propio derecho parece necesario un cierto nivel de funcionalidad para la realización de negocios jurídicos o la corroboración de la existencia de una voluntad. Figuras como el dolo o la intención, en el derecho penal, o el consentimiento médico informado, en la bioética, cumplirían esta función.<sup>21</sup> Además, como señalamos líneas arriba, esta funcionalidad podría verse alterada no solo por una deficiencia, sino por otro tipo de situaciones: analfabetismo, estrés, miedo insuperable o dolor extremo.

Pero, si nos adentramos al campo de la discapacidad, pareciera que la complejidad del negocio jurídico y los posibles límites para la comprensión de este —más allá de la provisión de medidas de accesibilidad en la comunicación— podrían llevar a que sea razonable limitar la capacidad para realizar un determinado negocio jurídico. Así, no es lo mismo comprar un televisor que donar un órgano. Una persona con discapacidad intelectual podría ejercer su derecho al voto —con apoyos o sin ellos—, podría decidir vender una propiedad inmueble —con apoyos o sin ellos—, pero podría no estar en condiciones de adquirir acciones y negociar con ellas en bolsa ni estar en la posibilidad de comprender los alcances de un ensayo clínico y someterse a él —incluso si utiliza un apoyo—.<sup>22</sup> Por ello, en estos dos últimos casos, desde una mirada funcional, consideramos que sería válido restringir su actuación si es que no puede emitir una voluntad sobre la base de la comprensión del acto que debe aceptar.

Las consecuencias —positivas y negativas— de cada negocio son diferentes, y algunas personas podrían no comprenderlas. No se trata entonces de esperar un determinado proceso de razonamiento que lleve a una determinada decisión —pues ello se acercaría al enfoque de la

---

<sup>21</sup> Cf. Dawson, J., "A realistic approach to assessing mental health laws' compliance with the UNCRPD", en *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 40, 2015, pp. 70-79."plainCitation": "J. Dawson, 'A realistic approach to assessing mental health laws' compliance with the UNCRPD' (2015

<sup>22</sup> V. Bregaglio, R. y Constantino, R., "Consentimiento médico informado de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial en el Perú", en *Revista Brasileira de Direito Civil*, vol. 26, 2020, pp. 155-180.

restricción por el resultado. Se trata, más bien, de poder comprender las consecuencias y valorarlas libremente a partir de sus preferencias, experiencia de vida, emociones y sentimientos. Si esa valoración no ocurre porque no se tiene lo suficientemente claras las consecuencias, no se podría verificar si acaso una declaración de voluntad es la voluntad verdadera o auténtica. Así, por ejemplo, podríamos tener el caso de una persona adulta mayor con Alzheimer. Ella podría querer vender una casa, pero al momento de acercarse a un notario, podría estar confundida, no recordar que quiere vender la casa y sentir que la están atacando o estafando. En dichas situaciones, una evaluación funcional permitiría determinar adecuadamente cuál es la verdadera voluntad de la persona. El debate sobre qué declaración debe ser asumida como la verdadera voluntad es particularmente complejo y ha sido objeto de un mayor análisis en el ámbito de las directivas avanzadas.<sup>23</sup>

Esta interpretación, en nuestra opinión, estaría fundamentada también en las funciones de los apoyos. Según la ex-Relatora de Naciones Unidas para los derechos de personas con discapacidad, Catalina Devandas, los apoyos deben ayudar a la persona con discapacidad a "obtener y entender información".<sup>24</sup> Si se plantea que el apoyo ayude a la comprensión de la información es porque esta es necesaria para celebrar un negocio jurídico.

Por ello, no consideramos que limitar a una persona la posibilidad de decidir frente a un negocio jurídico en particular implique negar su capacidad jurídica. Implicará una restricción válida, concreta y proporcional justificada en que la persona está frente a un negocio específico cuyas implicaciones no puede comprender. *Comprender* es un verbo complejo. Construyendo sobre legislaciones que utilizan la noción de capacidad mental,<sup>25</sup> podría-

---

<sup>23</sup> V. Owen, G., Gergel, T., Stephenson, L. A. *et al.*, "Advance decision-making in mental health – Suggestions for legal reform in England and Wales", en *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 64, 2019, pp. 162-177.

<sup>24</sup> Devandas, C., *op. cit.*, párr. 41.

<sup>25</sup> La Mental Capacity Act —MCA— del Reino Unido define la capacidad mental como "(a) comprender la información relevante para la decisión, (b) retener esa información, (c) utilizar o sopesar

mos pensar que la comprensión tiene que ver con el entendimiento de la información relevante, la retención de dicha información y su ponderación en un proceso de toma de decisiones. Esta información, por supuesto, no tendrá que ser exhaustiva, pero sí deberá reunir características mínimas que permitan tener una noción general sobre el alcance del negocio jurídico y las consecuencias que generaría en la vida de la persona.

Con ello en mente, consideramos que el modelo funcional no resulta en sí mismo discriminatorio hacia las personas con discapacidad. Más bien, creemos que el derecho civil debe dejar de plantear la capacidad jurídica en términos binarios —capaz/incapaz— y reconocer un amplio espectro de capacidades y competencias que no estarían determinadas por la situación de discapacidad entendida de manera genérica, sino por la competencia o funcionalidad específica de la persona en relación con un acto específico.

A partir de este acercamiento a la capacidad jurídica, queda claro que no cualquier declaración puede ser considerada una voluntad auténtica destinada a crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Por ello, corresponde que el derecho establezca mecanismos para garantizar que lo que se expresa sea realmente la voluntad de la persona.

## **2. La vulnerabilidad relacional y su relación con la influencia indebida, el conflicto de intereses y el abuso**

La vulnerabilidad de la persona también genera que, en la interacción con otras personas, incluyendo aquellas que tengan deberes de apoyo, se puedan presentar situaciones de abuso. Esto se puede configurar de varias maneras. Siguiendo con la idea de voluntad auténtica, podría suceder que esta voluntad no llegue a expresarse por acción de terceros, por ejemplo, por coacción o amenaza. También podría suceder que dicha

---

esa información como parte del proceso de toma de decisiones, o (d) comunicar su decisión (ya sea hablando, en lenguaje de señas o por cualquier otro medio)".

voluntad sea doblegada por una acción deliberada de terceros, como la utilización de la influencia indebida. Las situaciones relacionadas con influencia indebida o conflictos de interés son los ejemplos más claros de esto. Por ejemplo: sería un aprovechamiento relacional de la vulnerabilidad de la persona con discapacidad el hecho de que su apoyo —con quien innegablemente se entablará una relación de confianza, pero también de dependencia— la inste constantemente a vender su propiedad a la familia política del apoyo. En dicha situación se combinaría un conflicto de intereses y una influencia indebida derivada de dicho conflicto. Lo mismo ocurriría, por ejemplo, si el apoyo solicitara de manera recurrente a la persona con discapacidad donar un órgano para sí o para su familiar.

En estos casos, la desigualdad que genera la discapacidad podría dar pie a situaciones no deseadas por la persona con discapacidad que perjudiquen sus derechos e intereses. Por esto se necesitan salvaguardias. Si bien existen ciertas figuras jurídicas que buscan evitar abusos en las relaciones jurídicas —como el delito de estafa, en el que se sanciona a quien se aprovecha de una entrega de dinero obtenida mediante engaños—, en tanto la configuración de los apoyos es una situación nueva en el mundo del derecho, corresponde que las figuras para evitar abusos también sean nuevas: las salvaguardias.

Frente a lo dicho se podría argumentar que pueden darse casos en los que, incluso con influencia de terceras personas, la decisión sea tomada de manera auténticamente libre. No obstante, creemos que las dificultades y los costos emocionales de probarlo —hacerlo implicaría romper la relación de confianza entre la persona con discapacidad y su apoyo— justifican que se identifiquen de manera general ciertos riesgos de ejercicio indebido del apoyo y, en función de ellos, se prohíba cierto tipo de actos.

Así, como regla general los apoyos —y sus familiares directos— no podrían beneficiarse indebidamente de las decisiones que tome la persona con discapacidad. Esta regla, por supuesto, podrá tener excepciones,

pues en algunos casos será inevitable que los intereses del apoyo entren en conflicto con los de la persona con discapacidad. Sin embargo, la salvaguarda habrá permitido identificar el conflicto y resolverlo.

#### **IV. Las salvaguardias en conjugación con la vulnerabilidad de la persona con discapacidad**

En un entendimiento universalista,<sup>26</sup> las salvaguardias no serían necesarias y bastaría el funcionamiento de los apoyos para que la persona con discapacidad pudiera ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones. Sin embargo, en nuestra opinión, el artículo 12 de la CDPD no puede entenderse únicamente como un reconocimiento de capacidad jurídica plena para que toda persona pueda realizar negocios jurídicos. Este reconocimiento debe ir acompañado de un sistema de apoyos, pero también —a pesar de su poco desarrollo teórico— de salvaguardias, tal como prescribe el artículo 12.4.

Así, las salvaguardias responden a una preocupación de los Estados al momento de la negociación del tratado sobre medidas que eviten abusos y la posible asunción de riesgos particularmente peligrosos por parte de las personas con discapacidad.<sup>27</sup> La redacción del párrafo 12.4 parece buscar una postura media entre la postura universalista y otras que buscaban mantener la posibilidad de la restricción de la capacidad jurídica de manera general a través de la incapacitación.<sup>28</sup> Para entender el artículo 12.4, proponemos un análisis de tres categorías: sus fines, su alcance y sus características

##### **1. Fines de las salvaguardias**

Para Martin y otros, las salvaguardias se pueden dividir en tres categorías: (i) aquellas relacionadas con los derechos, la voluntad y las preferencias de

---

<sup>26</sup> Definición tomada de Series, L. y Nilsson, A., *op. cit.*, p. 365.

<sup>27</sup> *V. ibid.*, p. 346.

<sup>28</sup> *V. ibid.*, p. 368.

la persona; (ii) las relacionadas con la influencia indebida; y (iii) las que conciernen a los conflictos de interés.<sup>29</sup>

### A. Respetar derechos, voluntad y preferencias

El artículo 12.4 de la CDPD establece que "las salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona". La primera cuestión que se desprende de esta frase es que una decisión jurídica podría estar motivada por la voluntad de la persona o por sus preferencias, que son categorías diferentes.

En este punto, siguiendo a Szmukler, es importante precisar que *voluntad* y *preferencias* son elementos distintos.<sup>30</sup> La voluntad sería una reflexión sobre los valores y lo que es mejor hacer, mientras que las preferencias son deseos o inclinaciones.<sup>31</sup> Así, la voluntad podría ser adquirir un inmueble y la preferencia, vivir en una calle no transitada. Sin embargo, la voluntad y la preferencia no siempre estarán alineadas. Por ejemplo, la voluntad de una persona puede ser bajar de peso haciendo dieta y ejercicio; pero su preferencia, comer comida grasosa. No obstante, el hecho de que un negocio jurídico se base en una preferencia no implica que sea nulo. Constantemente, personas con y sin discapacidad toman decisiones con distintos niveles de relevancia jurídica basados en sus preferencias.

Una segunda cuestión derivada del artículo 12.4 es que no se trata solo de respetar la voluntad y preferencia de la persona con discapacidad — con las dificultades que ello pueda generar—, sino también de respetar

<sup>29</sup> Cf. Martin, W., Michalowski, S., Stavert, J. *et al.*, *Three jurisdictions report. Towards Compliance with CRPD Art. 12 in Capacity/Incapacity Legislation across the UK*, Essex Autonomy Project, 2016, p. 38.

<sup>30</sup> V. Szmukler, G., "The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: 'Rights, will and preferences' in relation to mental health disabilities", en *International Journal of Law and Psychiatry*, vol. 54, 2017, pp. 90-97; y SZMUKLER, G., "'Capacity', 'best interests', 'will and preferences' and the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities", en *World Psychiatry*, vol. 18, 2019, pp. 34-41.

<sup>31</sup> Cf. Szmukler, "The UN Convention on the Rights... *cit.*", p. 93.

sus derechos. Esto es importante porque el Comité CDPD, en ocasiones, ha cortado la frase planteando que se debe respetar la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad,<sup>32</sup> dejando de lado la finalidad tuitiva. Y, así como voluntad y preferencias pueden no estar alineadas, el respeto por los derechos también podría estar en conflicto con su voluntad o preferencias, o con ambas, y habría que determinar qué debe prevalecer.<sup>33</sup> Con ello en mente, Szmukler plantea cuatro preguntas relevantes:

¿cómo determinar o interpretar la voluntad y preferencias de una persona?, ¿cómo lidiar con el hecho de que la voluntad de una persona puede variar profundamente?, ¿podrían ocurrir situaciones donde se deba hacer prevalecer las preferencias por sobre la voluntad, aunque dichas preferencias sean inconsistentes con esa voluntad?, y ¿qué hacer en situaciones en las que no podemos determinar la voluntad de una persona porque esta no puede expresarla o porque las circunstancias nos impiden conocerla?<sup>34</sup>

De acuerdo con el derecho civil, la voluntad y su exteriorización "deben ser concordantes".<sup>35</sup> La teoría de la voluntad de Savigny reside en la intención del declarante.<sup>36</sup> Por tanto, si la declaración no se condice con la intención, sea por el motivo que sea, no sería vinculante. Si la persona firma un contrato a la fuerza, allí no hay una voluntad. Lo mismo si declara una voluntad sin ánimo real de generar un negocio jurídico.<sup>37</sup> Siguiendo con la teoría general del negocio jurídico, la voluntad tampoco podría estar viciada por un error, engaño o aprovechamiento de la situación de necesidad para que sea válida. Al contrario, una voluntad válida debe estar suficientemente informada, ser seria, libre de engaño u otras influencias que la vicien y reflejar lo que verdaderamente quiere la persona.

<sup>32</sup> Cf. Comité CDPD, Observación General Núm. 1... *cit.*, párrs. 17, 21, 26 y 27.

<sup>33</sup> Cf. Szmukler, "The UN Convention on the Rights... *cit.*", p. 95.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>35</sup> León, L., *Derecho privado...* *cit.*, p. 53.

<sup>36</sup> Cf. Schmidt, J. P. "Juridical Act" en J. Basedow (ed.), *The Max Planck encyclopedia of European private law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 1017.

<sup>37</sup> Cf. León, L., *Derecho privado...* *cit.*, p. 61.

Con todo esto en mente, creemos que los notarios o quienes verifican la voluntad frente a un negocio jurídico asumen un papel fundamental, pues tendrán que evaluar adecuadamente si se cumplen todos estos elementos. Para garantizar la consistencia de la voluntad, podrían tener que requerir más de una sesión en la que la persona acuda a manifestar su voluntad y verificar que es una voluntad auténtica o seria.<sup>38</sup> También tendría que verificar que la persona acude a manifestar su voluntad sin ninguna coacción o influencia indebida. Para ello, podría sostener una o más entrevistas previas con la persona con discapacidad.

## **B. Evitar conflicto de intereses**

Un conflicto de intereses ocurre cuando el interés de una persona puede interferir con sus deberes.<sup>39</sup> Por lo general, quienes ejercen el derecho se ven tentados a resolver conflictos de intereses eliminándolos o revelándolos. Sin embargo, para cumplir el estándar del artículo 12.4, en ocasiones el conflicto con el apoyo debe ser gestionado y no evitado.<sup>40</sup> Esto porque ¿cómo se podría garantizar que los apoyos estén "libres de conflicto de intereses", cuando por lo general son cercanos a la persona con discapacidad? Pensemos el caso de una persona con discapacidad intelectual leve que nombra a su madre como apoyo para un catálogo amplio de negocios jurídicos y no se designa ninguna salvaguarda. Esta persona no tiene hermanos y es huérfana de padre desde hace 15 años. Un día, decide abrir una cuenta bancaria y el banco le ofrece la posibilidad de firmar un contrato de seguro en favor de una tercera persona. Cuando ella pregunta qué significa exactamente, el banco le explica que esto le dará dinero a una persona de su elección si ella muere. Al no entender completamente la figura, decide detener el proceso e ir a buscar a su madre para preguntarle sobre el caso. ¿Podría la madre apoyar esta

---

<sup>38</sup> Cf. Bregaglio, R. y Constantino, R., "Un modelo para armar: la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384", en *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, vol. 4, 2020, p. 54.

<sup>39</sup> Cf. Martin, W., Michalowski, S., Stavert, J. et al., *op. cit.*, p. 49.

<sup>40</sup> *Id.*

decisión en la que es altamente probable que ella termine siendo beneficiaria de dicho contrato?

Frente a esto, una posibilidad podría ser exigir al banco —o a cualquier tercero— que actúe en cualquier situación en la que surja un conflicto de intereses. Sin embargo, esto podría llevar a que las personas con discapacidad no puedan contratar casi nunca, puesto que los apoyos suelen ser parientes o amigos cercanos con quien será frecuente tener conflictos de interés. Otra posibilidad podría ser construir un doble estándar: una tercera persona debe evitar el acto jurídico cuando el apoyo de la persona con discapacidad tiene un conflicto de intereses y la decisión pareciese crear una ventaja injusta para el apoyo afectando gravemente derechos de la persona con discapacidad. Si se siguiese esta solución, en el ejemplo anterior el conflicto de intereses sería irrelevante, ya que el contrato de seguro no afecta gravemente los derechos de la persona.

### C. Evitar influencia indebida

El término *influencia indebida* no es propio del derecho civil continental, sino que proviene del *common law*. Según este, la influencia indebida es el uso de cualquier acto de persuasión para superar el libre albedrío y el juicio de otra persona.<sup>41</sup>

Supongamos que una joven con discapacidad intelectual acaba de cumplir 18 años. Su padre la abandonó cuando tenía tres, y han mantenido una relación muy irregular: casi nunca la visitaba, hubo varios cumpleaños sin regalo y algunas Navidades sin llamadas telefónicas. Su madre le ha dicho que sería conveniente que inicie un proceso de alimentos por lo que no percibió durante su infancia. La joven inicia el juicio y obtiene una sentencia que ordena un pago de seis mil dólares. Sin embargo, luego de la sentencia, el padre la llama, le pide una reunión y a partir de

<sup>41</sup> V. Lehman, J. y Phelps, S. (eds.), *West's encyclopedia of American law*, 2ª ed., Thomson/Gale, Detroit, 2005.

entonces inician una relación más cercana. Dos meses después, el abogado del padre ingresa un documento firmado por la joven condonando mil dólares de la deuda. ¿Podría la madre solicitar la nulidad de esa condonación argumentando que el padre ejerció influencia indebida?

Son varios los asuntos por tratar en este caso. El primero de ellos tiene que ver con el alcance de las salvaguardias: ¿quiénes están obligados a no ejercer influencia indebida? ¿Es una obligación general para quienes interactúan con personas con discapacidad? O ¿Solamente le corresponde a quienes son designados como apoyos? Como plantearemos más adelante, consideramos que debería buscarse una interpretación extensiva.

En segundo lugar, hay que identificar qué situaciones configurarían influencia indebida y cuándo esta sería causal de anulación o nulidad del acto jurídico. Al respecto, la ley de California establece cuatro elementos que deben considerarse con respecto a la influencia indebida: (i) vulnerabilidad de la víctima, (ii) la autoridad aparente del autor, (iii) las acciones o tácticas utilizadas por el autor y (iv) la equidad del resultado.<sup>42</sup>

A partir de lo anterior, consideramos que para que proceda la nulidad por influencia indebida deberían concurrir dos elementos: debe haber una influencia indebida y tal influencia indebida debe dañar gravemente los derechos de la persona.<sup>43</sup> Para el primer elemento es oportuno utilizar lo que George Szmukler llamó el "espectro de presiones de tratamiento".<sup>44</sup> A pesar de que fueron diseñados originalmente para el tratamiento médico, son bastante útiles para estas situaciones. El espectro incluye cinco tipos de acciones: persuasión, influencia interpersonal, incentivo, amenazas y coacción. La coacción y las amenazas justificarían la anulación

---

<sup>42</sup> Cf. Código de Bienestar e Instituciones de California, s. 15610.70.

<sup>43</sup> Idea surgida en conversación entre Renato Constantino y Robert Dinerstein.

<sup>44</sup> Szmukler, G., *Men in white coats: treatment under coercion*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 151.

del acto jurídico por sí mismas, por lo que no es necesario abordarlas. Sin embargo, los tres conceptos restantes deben ser analizados cuidadosamente.

La persuasión va más allá de la información e intenta "apelar a la razón (y en cierta medida a las emociones)".<sup>45</sup> Sin embargo, también es parte de las relaciones humanas comunes. Por lo general, queremos convencer a los demás de que lo que creemos es correcto y deben seguir nuestros consejos. La influencia interpersonal, por su parte, significa usar una relación como fuente de presión.<sup>46</sup> Comentarios como "si no haces esto, estaré muy triste" y acciones que reflejan la misma intención equivaldrían a una influencia interpersonal. Por último, los incentivos —ofrecimientos a cambio de una acción— generarían que el acto realizado no refleje la verdadera voluntad de la persona. No obstante, esto no lo convierte inmediatamente en una influencia indebida: las personas sin discapacidad también cambian sus opiniones todo el tiempo y los incentivos son parte de la vida diaria —como en las ofertas comerciales—.

En los tres casos, podríamos decir que, *prima facie*, por sí solos y en un momento determinado no equivalen a influencia indebida. Sin embargo, si se conciben como parte de una estrategia diseñada para quebrar la voluntad de la persona con discapacidad, con mala fe, de manera constante y consistente, buscando un beneficio indebido o aprovechando posiciones de poder, sí serían situaciones de influencia indebida. Cada caso tendrá que ser evaluado y podría llevar a una mejor identificación de los elementos clave. La constatación de una situación de influencia indebida y de daños graves a los derechos de la persona con discapacidad tendría como efecto la anulación del negocio jurídico en cuestión. En el derecho civil continental, la base tendría que ver con la existencia de una voluntad viciada.

---

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 154.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 155.

## 2. Alcance de las salvaguardias

Un aspecto relevante sobre las salvaguardias tiene que ver con quiénes están vinculados por ella. El artículo 12.4 indica que se deben aplicar en "todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica". Ello parecería indicar que su ámbito de acción son las relaciones con apoyos y, por tanto, cuando se establezcan apoyos, correspondería también que se indiquen las salvaguardias. No obstante, dado que las salvaguardias buscan evitar abusos hacia las personas con discapacidad en su actuación en el derecho, consideramos que su ámbito de exigencia va más allá de los apoyos.

A la fecha, Perú<sup>47</sup> y Colombia<sup>48</sup> son los países con reformas en capacidad jurídica más ambiciosas del mundo. Sin embargo, en nuestra opinión, ambas reformas fallan al momento de regular las salvaguardias. En el caso colombiano, por su parte, la norma solo enuncia los fines de las salvaguardias, sin establecer ninguna regulación específica para estas.<sup>49</sup>

En el caso peruano, el artículo 659-G del Código Civil y 21 del Reglamento de la Reforma<sup>50</sup> regulan tres tipos de salvaguardias: (i) revisión de apoyos, a cargo de la autoridad judicial; (ii) las que la persona con discapacidad pueda designar —y que podrían comprender la rendición de cuentas, la presentación de documentos que acrediten la administración de los bienes, auditorías, supervisión periódica inopinada, visitas domiciliarias inopinadas, realización de entrevistas con la persona designada como apoyo y personas cercanas a la persona con discapacidad o el requerimiento de información a instituciones públicas o privadas—; (iii) otras que el juez decida solo en el caso de apoyos excepcionales.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> En el Perú se reformó el Código Civil mediante el Decreto Legislativo 1384, publicado en el Diario Oficial el 4 de septiembre de 2018.

<sup>48</sup> En Colombia se publicó la Ley 1996 de 2019 el 26 de agosto de 2019.

<sup>49</sup> Artículo 5 de la Ley 1996 de 2019, y artículos 396 y 586 del Código General del Proceso.

<sup>50</sup> Decreto Supremo 016-2019, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de agosto de 2019.

<sup>51</sup> Regulados en el artículo 659-E del Código Civil.

La norma peruana tiene varios problemas. En primer lugar, tanto la medida de control periódico judicial como las medidas que podría solicitar la persona con discapacidad son medidas de control posterior que no prevendrían los conflictos de interés de manera oportuna<sup>52</sup> ni permitirían asegurar que la voluntad y preferencias de la persona se han respetado. Si una persona con discapacidad dona a su apoyo el inmueble en el que reside, estaríamos ante un claro supuesto de conflicto de interés que se debió identificar en la designación para restringir la posibilidad de que este negocio jurídico ocurriera —o dotarlo de ciertas garantías—. En segundo lugar, el juez solo puede designar salvaguardias de oficio en los casos de apoyos excepcionales. En los demás, se le traslada a la persona con discapacidad las difíciles, pesadas y a veces imposibles cargas de anticipar los casos de posible influencia indebida, abuso de derecho o conflicto de intereses, y de diseñar medidas que permitan garantizar que siempre se respetará su voluntad. Esto nunca ha ocurrido en Perú.<sup>53</sup> En tercer lugar, la obligación de adoptar salvaguardias solo opera en las designaciones hechas por autoridad judicial. Si la designación se hiciera en notaría, solo se activarían las salvaguardias que solicitara la persona con discapacidad.

Ahora bien, más allá de estos puntos débiles, las reformas peruana y colombiana plantean modelos similares en relación con el ejercicio de capacidad jurídica y la designación de apoyos. Así, si la persona puede manifestar voluntad, pueden darse dos posibilidades: que actúe sola o con apoyos.<sup>54</sup> Y dentro de la actuación con apoyos puede tratarse de apoyos

<sup>52</sup> Cf. Martínez-Pujalte, A., "Legal Capacity and Supported Decision-Making: Lessons from Some Recent Legal Reforms", en *Laws*, vol. 8, núm. 4, 2019, p. 18. "plainCitation": "A. Martínez-Pujalte, 'Legal Capacity and Supported Decision-Making: Lessons from Some Recent Legal Reforms' (2019

<sup>53</sup> Esto se menciona con base en una investigación que los autores estamos realizando a partir del análisis de 50 decisiones judiciales de determinación de apoyos y salvaguardas en el Perú. Bregaglio, R. y Constantino, R., "¿Qué dicen los/as jueces/zas sobre capacidad jurídica en el Perú? Un análisis cualitativo de las decisiones de restitución de capacidad jurídica y designaciones de apoyo en el marco del Decreto Legislativo 1384" —en elaboración—.

<sup>54</sup> Artículo 45 del Código Civil peruano: "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". Artículo 9 de la Ley 1996 de 2019 de Colombia: "Mecanismos para establecer

elegidos por la propia persona que manifiesta voluntad o de apoyos impuestos a una persona que no la manifiesta.

Desde un correcto entendimiento de las salvaguardias consideramos que, si la persona con discapacidad actúa sola, la salvaguardia idónea requeriría que se verificara la voluntad de la persona. Es decir, que se corroborara que esta cuenta con la competencia necesaria para la realización del negocio jurídico y si la declaración coincide con su voluntad. Así, por ejemplo, un médico debería verificar si la persona con discapacidad intelectual realmente entiende los riesgos de no realizarse una quimioterapia y un notario tendría el deber de verificar si la declaración de la persona con Alzheimer de vender su casa es su verdadera voluntad.

En este escenario, entonces, el alcance de la salvaguardia va más allá del apoyo y llega a terceras personas. Estas terceras personas serían los notarios, que, en las jurisdicciones de derecho civil continental, tienen la obligación de determinar si quienes van a realizar un negocio jurídico no caen en causales de nulidad. Así, el notario debe verificar que la persona con discapacidad entiende al menos mínimamente el negocio jurídico que va a celebrar y que su voluntad realmente es seguir adelante con su realización. Este papel se extendería, por ejemplo, a otras personas encargadas de verificar la voluntad en negocios jurídicos, como funcionarios públicos que celebran matrimonios o profesionales de salud que gestionan consentimientos informados.

Por el contrario, si la persona actúa con apoyos manifestando voluntad, son dos los espacios para la aplicación de la salvaguardia. Por un lado, quien haga la designación de apoyos —en Colombia y Perú puede hacerse en vía judicial, pero también notarial— deberá advertir los posibles riesgos de conflicto de interés y diseñar medidas preventivas y de supervisión.

---

apoyos para la realización de actos jurídicos. Todas las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con apoyos para la realización de los mismos".

Por el otro, cuando la persona celebre negocios jurídicos, los notarios, profesionales de la salud y funcionarios a cargo de celebrar negocios jurídicos deben verificar si, al momento de ayudar a la persona a formar su voluntad, el apoyo no ejerció influencia indebida ni sacó provecho propio de una decisión en la que sus intereses personales entraron en conflicto con los de la persona con discapacidad.

Por otro lado, si la persona no manifiesta voluntad, ambas normas plantean un apoyo excepcional o intenso<sup>55</sup> para evitar que la falta de manifestación de voluntad le impida ejercer un derecho. En este escenario, el papel de las salvaguardias sería garantizar tres cosas. En primer lugar, la autoridad judicial que designa el apoyo debe velar por que este —que en la práctica será quien emita la voluntad en un acto jurídico— actúe según la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad. Para esto resulta fundamental que en el proceso de designación de apoyos se discuta si acaso existe voluntad o preferencias previamente manifestadas por la persona en relación con los actos jurídicos para los que se va a designar el apoyo. Si fuera el caso, esta voluntad y preferencias deben quedar explicitadas en la sentencia.

Además, la autoridad judicial debe limitar los posibles casos de conflicto de intereses en que podría entrar al momento de tener que decidir, sobre todo si no hay una voluntad clara acerca de cómo proceder frente a un escenario concreto. En estos casos las autoridades deberían pensar en los

---

<sup>55</sup> 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".

Artículo 32 de la Ley 1996 de 2019 de Colombia: "Adjudicación judicial de apoyos para la realización de actos jurídicos. Es el proceso judicial por medio del cual se designan apoyos formales a una persona con discapacidad, mayor de edad, para el ejercicio de su capacidad legal frente a uno o varios actos jurídicos concretos. [...] Excepcionalmente, la adjudicación judicial de apoyos se tramitará por medio de un proceso verbal sumario cuando sea promovido por persona distinta al titular del acto jurídico, conforme a los requisitos señalados en el artículo 38 de la presente ley".

derechos de la persona o en una voluntad presunta. Por ejemplo: si una mujer con discapacidad intelectual severa es violada y no puede emitir ninguna voluntad, correspondería que se presuma que su voluntad sería no mantener el embarazo y, por tanto —en aquellas jurisdicciones donde proceda el aborto por violación—, practicar la intervención. Si bien es probable que la mujer nunca se haya puesto en el supuesto, sea por su protección o por una presunción, debería optarse por el aborto. Finalmente, los notarios, profesionales de la salud y funcionarios a cargo de celebrar negocios jurídicos deben verificar que el apoyo está actuando de conformidad con la voluntad y preferencias de la persona cristalizadas en la sentencia de designación.



Elaboración propia

### 3. Características de las salvaguardias

Según Martin y otros, las salvaguardias: (i) tienen como finalidad prevenir el abuso; (ii) deben tener el plazo más corto posible, (iii) ser revisadas

periódicamente y (iv) ser proporcionales, (v) efectivas y (vi) plurales.<sup>56</sup> El análisis de estas categorías nos puede permitir visualizar mejor cómo se deben entender las salvaguardias.

Prevenir el abuso puede ser una de las características más complejas de las salvaguardias. Dado que no necesariamente se está respondiendo a un hecho cierto sino a una posibilidad —futura e incierta—, el juez debería ser particularmente cuidadoso en su establecimiento. Pensando en la necesidad de hacer un test de proporcionalidad para determinar la validez de una salvaguarda, consideramos que será clave determinar si la medida que se impone sirve o no para evitar un abuso. Para ello, analizaremos una de las salvaguardias que establece el Código Civil peruano, aunque no la nombre así.

El artículo 659-E del Código Civil peruano establece que "No pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual". ¿Esta salvaguarda cumple con la finalidad de evitar un abuso en el marco del ejercicio de capacidad jurídica? En principio, pareciera que no tendría que haber relación entre la comisión de esos delitos y la posibilidad de proveer apoyo en el ámbito patrimonial. Si bien las personas condenadas por estos hechos suelen haber incurrido en dinámicas de abuso y manipulación, la necesidad de asumir un rol precautorio y evitar que estas personas sean apoyos debiera responder a un análisis de cada caso concreto —por ejemplo, se podría limitar que una persona condenada por estafa pueda ser apoyo para decisiones patrimoniales—. Aunque la finalidad de evitar abusos obliga a que las medidas de salvaguarda sean justamente idóneas para el cumplimiento de dicha meta con base en los principios de proporcionalidad y precaución, no puede ignorarse que muchas veces ese familiar con antecedentes penales es el único que puede ser apoyo de la persona con discapacidad.

---

<sup>56</sup> Cf. Martin, W., Michalowski, S., Stavert, J. *et al.*, *op. cit.*, p. 38.

Otro elemento es la temporalidad de las medidas. El artículo 12.4 plantea que las medidas relacionadas con el ejercicio de la capacidad jurídica deben tener el plazo más corto posible. Esto debe entenderse como una obligación de los operadores jurídicos de verificar la real necesidad de un apoyo. Así, la persona con discapacidad no está ligada permanentemente a un apoyo que, de ser innecesario, se podría volver una intromisión indeseada en su vida privada.

La tercera característica es la revisión periódica. Esta parece ser un principio de las salvaguardias y una salvaguardia en sí misma. La revisión periódica del funcionamiento de los apoyos permite determinar mejoras en el establecimiento de las salvaguardias. Adicionalmente, la revisión es una salvaguardia que puede funcionar para evitar abusos.

La proporcionalidad, en cuarto lugar, es una de las características más interesantes. De acuerdo con Martin y otros, esto significa que la autonomía podría no ser siempre el valor o derecho prevalente.<sup>57</sup> Por tanto, es deber del juez ponderar adecuadamente los derechos, la voluntad y las preferencias en los casos en los que no concurren. Si bien en casi todos los casos la voluntad de la persona debe ser lo que prevalezca, identificamos tres supuestos para que el juez pueda intervenir en este ámbito. En primer lugar, en los casos de voluntades concurrentes, como cuando una persona con discapacidad quiere curarse de una enfermedad, pero no desea someterse a la única operación que puede conseguir dicha finalidad. En segundo lugar, cuando la voluntad se base en un hecho falso —por ejemplo, negarse a firmar un consentimiento médico por creer que un tumor se curará solo—. En tercer lugar, en ausencia de voluntad previamente manifestada y cuando ya no sea posible obtenerla —el caso del aborto por violación que señalamos anteriormente—. Es en estos casos en los que se vuelve relevante el enfoque funcional planteado en la primera sección de este capítulo.

---

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 39.

Finalmente, las salvaguardias deberán ser efectivas y plurales. La salvaguardia debe servir. Así, por ejemplo, de nada sirve establecer un régimen de revisión de la actuación de los apoyos si es que ya hubo un acto irreversible, como un consentimiento médico. Y es por la misma noción de efectividad que deben ser plurales: no es posible que solamente con una salvaguardia se pueda proteger a la persona con discapacidad.

## **V. Conclusión: las salvaguardias, una forma de paternalismo justificado**

Los Estados deben tomar medidas —no especificadas— para evitar abusos y lograr que se respeten "los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona". Ante la posibilidad de que el apoyo pueda actuar mal, es necesario que el Estado le plantee límites. En este contexto, es relevante la pregunta de si estas restricciones pueden ir incluso en contra de lo que la propia persona desea. Frente al riesgo, en el balance entre paternalismo<sup>58</sup> y autonomía, ¿qué es lo que corresponde exactamente al Estado en el caso de personas con discapacidad? Si corresponde intervenir, ¿qué criterios se deben tomar en cuenta?

Se entiende por *paternalismo* la intervención en la libertad de una persona, sin su consentimiento, sobre la premisa de que dicha acción —u omisión— promoverá el bien o los valores de la persona.<sup>59</sup> Dworkin distingue diversos tipos de paternalismo. En relación con los sistemas de apoyo, es útil la distinción entre paternalismo débil y paternalismo fuerte. El *paternalismo débil* entiende como legítimas aquellas intervenciones en los medios de un agente cuando estos serían contraproducentes. El *paternalismo fuerte*, en cambio, entiende como legítimas aquellas intervenciones sobre resultados que quien aplica la medida considera errados o irracionales.

<sup>58</sup> Sobre el tema, V. Camps, V., "Paternalismo y bien común", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, pp. 195-202; Garzón, E., "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, pp. 155-173.

<sup>59</sup> Cf. Dworkin, G., "Paternalism", en E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2019.

En palabras del autor, "podemos interferir con errores sobre hechos, pero no con errores sobre valores. Si una persona intenta saltar de una ventana pensando que flotará suavemente al suelo, podemos impedirselo. Si salta porque cree que es importante ser espontáneo, no podremos impedirselo".<sup>60</sup>

En este sentido, las salvaguardias serían una forma de paternalismo débil en tanto se interfiere en lo que decide o quisiera decidir la persona con discapacidad para evitar que las mentiras o la falta de comprensión se conviertan en algo que (i) contravenga su voluntad o preferencias previamente manifestadas o (ii) resulte contraproducente para ella cuando no haya voluntad manifestada.

Así, adecuadamente limitadas, las salvaguardias deben evitar una decisión en la que exista conflicto de intereses, revertir un contrato en el que haya habido influencia indebida o tomar una decisión frente a voluntades confrontadas o viciadas o frente a decisiones basadas en información falsa. Esto con la finalidad de proteger la autonomía, al darle un valor especial a la voluntad auténtica. Sin embargo, es importante tener presente que no siempre será posible encontrar dicha voluntad, y allí habrá que tomar otros elementos, como los derechos o las preferencias, o incluso las presunciones a favor de ciertos valores.

A partir de la vigencia de la CDPD ha habido muchas voces críticas a la restricción del ejercicio de contratar, con el argumento de que ello implicaría negar la capacidad jurídica. En nuestra mirada, estas restricciones son necesarias. Las salvaguardias se privarían de contenido si no significaran nada más allá de avalar todo lo que la persona con discapacidad comunica. Su imposición obliga, en cambio, a reconocer la voluntad de la persona y también una situación de vulnerabilidad que puede hacerla objeto de abusos. Las salvaguardias, por tanto, son la defensa de una voluntad que, aunque callada, oculta o subyugada, no deja de ser real.

---

<sup>60</sup> *Id.*