

MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL DECRETO LEGISLATIVO 1384 AL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984: ESPECIAL REFERENCIA EN MATERIA DE DERECHO DE LAS PERSONAS, NEGOCIO JURÍDICO, DERECHO DE FAMILIA Y DERECHO DE SUCESIONES

Modifications introduced by Legislative Decree 1384 of the Peruvian Civil Code of 1984: special reference in matters of People's Right, Legal Business, Family Law and Successions Law

Dr. Arturo Saúl Grau Castillo

Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Profesor Adjunto de Cátedra
Pontificia Universidad Católica, Perú
<https://orcid.org/0000-0001-5854-9088>
arturograu7@hotmail.com

Resumen

En el presente texto, el autor analiza el Decreto Legislativo N° 1384 del año 2018 y los cambios que ha introducido en el Código civil peruano de 1984 y otras leyes, con la finalidad de adaptación de la normativa interna peruana al modelo social garantizado y regulado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, al reconocerles capacidad jurídica en igualdad de condiciones. Para ello se pone especial referencia a los preceptos de Derecho de las personas, Negocio jurídico, Derecho de familia y Derecho de sucesiones. Del mismo modo, el autor subraya que –sin perjuicio de poder afinar los cambios introducidos– ha sido muy importante la reforma a través de este Decreto-Ley, ya que con ella se promueve la inclusión de las personas con discapacidad en todas las esferas de la sociedad.

Palabras clave: capacidad jurídica; capacidad de ejercicio plena; apoyos y salvaguardas; manifestación de voluntad; capacidad de testar y suceder.

Abstract

In this text, the author analyzes Legislative Decree No. 1384 of 2018 and the changes it has introduced in the Peruvian Civil Code of 1984 and other laws,

with the purpose of adapting the peruvian internal regulations to the social model guaranteed and regulated in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, by recognizing them legal capacity under equal conditions. For this, a special reference is made to the precepts of People's Right, Legal Business, Family Law and Succession Law. In the same way, the author emphasizes that –without prejudice to being able to refine the changes introduced– the reform through this decree-law has been very important, since it promotes the inclusion of people with disabilities in all spheres of education society.

Keywords: legal capacity; full exercise capacity; supports and safeguards, manifestation of will; ability to test and succeed.

Sumario

1. Introducción 2. Modificaciones realizadas en materia de Derecho de las personas. 3. Modificaciones al Libro de Negocio jurídico. 4. Modificaciones realizadas en Derecho de familia. 5. Derecho de sucesiones y las modificaciones introducidas. 6. Otros textos modificados.

Referencias bibliográficas.

1. INTRODUCCIÓN

Las personas con discapacidad han enfrentado históricamente problemas como la marginación, estigmatización y exclusión por parte de la sociedad. Han sido denominados minusválidos, discapacitados, locos, enfermos u otras expresiones peyorativas, lo que únicamente refleja que estamos ante una sociedad prejuiciosa y no inclusiva, que aún tiene una mirada paternalista sobre las personas con discapacidad.

En vista a ello, un cambio de gran relevancia ha sido el modelo social¹ introducido a través de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD) y, con ello, lo referente al reconocimiento de la capacidad jurídica² de estas personas. Al ser una revolución en el tratamien-

¹ El modelo social no solo busca cambiar la visión tradicional sobre la discapacidad en la que se la concibe como una carencia de la persona, sino que ahora pasa a ver las deficiencias como un constructo social, como resultado de la interacción entre el individuo y el entorno no adecuado. *Vid.* VELARDE LIZAMA, Valentina, "Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico", *Empresa y Humanismo*, vol. XV, No. 1, 2012, p. 128 (pp. 115-136).

² El reconocimiento de la capacidad jurídica es una condición esencial para que las personas con discapacidad puedan ser titulares y ejercer derechos y obligaciones en todos los aspectos de sus vidas y, por tanto, es la puerta de acceso a todos los demás derechos. *Vid.* BARRANCO,

to de la persona con discapacidad, los países que han ratificado la CDPD debieron adecuar sus normas internas, dado que una obligación de este tratado consiste en que, en virtud del artículo 4 literal A, los Estados Partes debían adoptar toda clases de medidas legislativas que coadyuven al respeto de los derechos reconocidos en la presente CDPD.

En el Perú, pese a haberse ratificado la CDPD el 30 de noviembre de 2007, ha sido recién hasta el año 2018 que mediante el Decreto Legislativo 1384 (en adelante DL 1384) se ha generado un cambio oportuno e importante con el fin de incluir a las personas con discapacidad y reconocer sus derechos en igualdad de condiciones. Cabe acotar que antes de la promulgación de este Decreto-Ley, en el año 2012 se emitió la Ley General de las Personas con Discapacidad (Ley No. 29973), que reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en su art. 9.1³ y que derogó a la antigua Ley No. 27050 del año 1999, la cual no reconocía la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Sin embargo, si bien en 2012 se ha emitido la Ley No. 29973, esta no generó mayor revolución en el ordenamiento interno peruano, porque el Código Civil vigente de 1984 (en adelante CC) no había contemplado modificación alguna en lo que respecta a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y otros derechos concatenados. Por tal motivo, es que recién mediante el DL 1384 se genera la mayor reforma al CC en los últimos tiempos –por no decir en su historia–, pues al regular y reconocer la capacidad de las personas con discapacidad se genera un revuelo en los demás preceptos del CC.

En vista de ello resulta significativo poder estudiar los libros del CC con mayores cambios, como lo han sido el de Derecho de las personas, lo relativo a Negocio jurídico, Derecho de familia y Derecho de sucesiones. Pero esta revolución no solo ha abarcado al CC, sino también otras normas como el Código Procesal Civil (en adelante CPC) y la Ley de Notariado, sobre las cuales también se hará una referencia en el presente trabajo.

P., *et al.*, "Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad", *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, V, p. 57 (pp. 53-80).

³ El art. 9.1 de la Ley No. 29973 expresa 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".

2. MODIFICACIONES REALIZADAS EN MATERIA DE DERECHOS DE LAS PERSONAS

Comenzando a analizar el régimen del Libro I del CC, relativo a Derechos de las personas, es dable señalar que existe actualmente una variación contundente respecto a la normativa referente a la capacidad de las personas. Ello en vista de que se trató de acoplar la normativa interna con los tratados ratificados por el Perú, siendo este primer precepto un eje fundamental debido a su repercusión en las posteriores categorías a desarrollar en los capítulos siguientes de este trabajo.

La CDPD, como ya lo habíamos expresado, en su art. 12.2 reconoce la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, sobre lo cual debe subrayarse que es un concepto que presupone tanto la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones como la capacidad de ejercer dichos derechos y el contraer obligaciones por sí mismos.⁴ Por ello, es que no debemos entender a la capacidad jurídica solo como un concepto estático, como es el de tener derechos, sino que también debe comprender a la aptitud de adoptar decisiones jurídicas válidas, poder relacionarse y celebrar contratos, es decir, poder ejercer esos derechos y poder contraer obligaciones a través de su actuar.

Ahora bien, con respecto a la capacidad jurídica, el CC antes de ser modificado por el DL 1384 expresaba en su art. 42 que *“Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43º y 44º”*; resultando que el art. 43 señalaba que:

“Son absolutamente incapaces:

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

6. **Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento** [las negritas son nuestras].”

Y el art. 44 expresa que son relativamente incapaces:

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

2. Los retardados mentales [las negritas son nuestras].

⁴ PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, p. 442.

3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad [las negritas son nuestras].

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”.*

La incapacidad en Perú se ha dividido en incapacidad absoluta e incapacidad relativa y sobre ello se ha manifestado que la primera conlleva a una incapacidad total, que priva a los sujetos de la posibilidad de ejercer actos por sí mismos, debido a que carecen de edad o de discernimiento, proveniente de la imposibilidad de manifestar su voluntad y tiene como característica el ser permanente cuando versa sobre personas sin discernimiento, y temporal cuando se refiere a menores de 16 años. Diferente es la incapacidad relativa, la cual se relaciona a personas que no tienen una carencia total de juicio, pero que sí necesitan de una buena administración.⁵

Es así que en estos artículos mencionados del CC se presume la incapacidad de las personas con discapacidad mental e intelectual, contradiciendo de este modo el primer párrafo del art. 9 de la Ley No. 29973⁶ y el art. 12.2 de la CDPD. Sobre este punto se ha expresado que el CC tutela a los sujetos débiles y, por ende, lo que debería presumirse del art. 42 es que las personas naturales tienen plena capacidad de ejercicio y solo como excepción se da la incapacidad.⁷ Lo que se busca expresar es que “estos sujetos débiles” son incapaces y excepción a la regla general, pues carecen de capacidad de ejercicio.

⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de Derecho de las Personas*, pp. 849- 855.

⁶ Art. 9 de la Ley No. 29973: “9. Igual reconocimiento como persona ante la ley. 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”.

⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Comentarios al artículo 42 del CC”, en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. I, p. 223.

Se ha sostenido que la capacidad genérica o de goce se adquiere desde el momento de la concepción y se extingue cuando la persona fallece; en cambio, la capacidad de ejercicio –diferente– consiste en la idoneidad del sujeto para desplegar su libre elección o autonomía negocial; razón por la cual solo esta última puede ser limitada o restringida por ley.⁸ Desde esta perspectiva, dado que la capacidad de goce es inherente al ser humano no puede restringirse, pero en caso de capacidad de ejercicio, sí cabría restringir a aquellas personas denominadas como “incapaces”. Esta forma de entender la capacidad va muy acorde con lo regulado en el art. 3 del CC, previo a su modificación, pues el texto antiguo decía expresamente: “*Toda persona tiene goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley*”.

Con respecto al art. 43.2 referente a los “incapaces absolutos por encontrarse privados de discernimiento”, se ha manifestado que la voluntad se encuentra conformada por dos elementos: el primero es el del discernimiento –posibilidad de hacer distinción entre lo que se quiere o no y entre lo bueno y malo– y el segundo elemento se conforma de la volición y su materialización. En vista de ello, resulta relevante el discernimiento en los sujetos de derechos, pero las enfermedades mentales no coinciden necesariamente con falta de discernimiento, dado que puede encontrarse personas con disturbio psíquico que pueden y saben cuidar de sus intereses.⁹

Ante lo expresado, es dable mencionar que si bien se detallaba que la “enfermedad mental” no conllevaba necesariamente a una incapacidad de entender y querer, se concluía en que solo mediante análisis médico podía resolverse esta incógnita. Se observa pues que se tenía una mirada paternalista sobre las personas con discapacidad, al permitir que se pueda restringir su capacidad si es que, mediante diagnóstico médico, se presencian alteraciones o disturbios psíquicos. Corresponde destacar además que, en la práctica, a las personas que tuviesen alguna deficiencia mental o intelectual se los consideraba *ex ante* como incapaces.

Por su lado, se ha manifestado que en lo referente los “incapaces relativos por ser retardados mentales o por padecer de deterioro mental que les impida manifestar su voluntad”, recogidos respectivamente en los arts. 44.2 y 44.3 del CC, se ha dicho que el primer numeral se refiere a aquellos que sufren una perturbación

⁸ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, “La capacidad de goce: ¿es posible su restricción legal?”, *Cátedra, Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Año III, No. 5, 1999, p. 21.

⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Comentarios al artículo 43 del CC”, en *Código Civil Comentado...*, t. I, *cit.*, pp. 225-226.

psicológica o lesión a células cerebrales y que por ello se halla perturbada su capacidad de juicio o formación de voluntad; y en el caso segundo de deterioro mental, este conlleva a un daño progresivo, como de personas que llegan a la vejez o aquellos que tuvieron trastornos patológicos, tales como parálisis general, arterioesclerosis, enfermedades de larga duración.¹⁰

Antes de detallar el cambio introducido por el DL 1384, es necesario destacar que han existido intentos de modificación total del CC y el último ha sido el establecido en el Anteproyecto de Reforma del CC del año 2016 (en adelante el Anteproyecto), mediante el cual se intentó introducir –sin resultado favorable– los artículos siguientes:

“Artículo 43.- Capacidad de ejercicio restringida

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”.*

Del mismo modo, se intentó modificar el artículo 44 bajo la directriz siguiente:

“Artículo 44.- Régimen de asistencia

Corresponderá un régimen de asistencia para:

1. Las personas con capacidad de ejercicio restringida comprendidos en el numeral 2 del artículo 43.
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 temporal, de cuidar de sí mismas o de su patrimonio.
3. *Los condenados con pena que incluye la inhabilitación”.*

¹⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, “Comentarios al artículo 44 del CC”, en *Código Civil Comentado...*, t. I, cit., pp. 228-229.

En la Exposición de Motivos de este Anteproyecto se ha manifestado que se buscó eliminar la expresión “incapacidad jurídica”, pues se consideró que era una terminología transgresora de la CDPD y reconoce que la capacidad jurídica se refiere tanto a capacidad de goce como de ejercicio. Además, se detalla que el nuevo art. 43 se refiere a personas que son menores de 18 años y a aquellas mayores de edad, pero que sufren de un trastorno mental o que no pueden manifestar su voluntad indubitablemente. Por su parte, en los motivos del Anteproyecto sobre el art. 44, se ha comentado que se han suprimido las clasificaciones discriminatorias y la figura del representante.¹¹

Sobre este Anteproyecto puede destacarse su intención de acercarse a lo reafirmado en la CDPD; sin embargo, aún se utilizan términos peyorativos como “discapacitados” o “personas con trastornos mentales”, donde debe decir personas con discapacidad mental e intelectual. A ello hay que sumar que se deja abierta una posibilidad de restricción de la capacidad jurídica al considerar que las personas con discapacidad mental e intelectual carecen de discernimiento ya que, pese a que se haya cambiado la terminología, se mantiene la causal para restringir la capacidad.

Posteriormente, el 4 de septiembre de 2018 se publicó en el diario oficial *El Peruano* el DL 1384, el cual –consideramos– sí es un gran avance en cuanto a regulación sobre las personas con discapacidad, dado el reconocimiento de la capacidad jurídica y que, por ende, tuvo como consecuencia una consustancial modificación del CC vigente.

En materia de Derecho de las personas, hay que resaltar que el DL 1384 marca claramente un antes y después de la regulación sobre la capacidad de las personas con discapacidad mental e intelectual, y este cambio comienza con la modificación del antiguo art. 3 del CC y la introducción del texto siguiente: *“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”*.

Pese a que existen autores que consideran que resulta más recomendable realizar una traducción literal de la versión inglesa de la CDPD, por medio de la cual se habla de capacidad legal y no de capacidad jurídica, a fin de evitarse los

¹¹ Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil de 1984, creado mediante Resolución Ministerial No. 0300-2016-JUS.

problemas de traducción o terminología;¹² consideramos que esta forma de abordar la capacidad jurídica bajo una concepción dual –embarcante de capacidad de goce y ejercicio– resulta ser muy novedosa y un importante avance al no ser ya un término restringido, pues ahora se encuentra regulado de forma expresa no solo la capacidad de goce, sino también la capacidad de ejercicio plena de las personas con discapacidad.

Pero el reconocimiento de la capacidad jurídica en el art. 3 del CC no fue el único cambio significativo, hay que sumarle lo planteado en el nuevo texto del art. 42 bajo la tendencia siguiente:

“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”.

Este nuevo texto del art. 42 del CC ratifica la idea base de la CDPD, en la cual se busca equiparar de forma expresa a las personas con discapacidad con las demás personas que no tengan discapacidad; sin embargo, hay autores que consideran que este cambio es perjudicial porque –afirman– se intentaría cambiar la realidad al declarar capaz a un “discapacitado” que tenga poco o nada de discernimiento.¹³

Esto último resulta ser un error, pues el aporte sustancial de esta nueva versión del art. 42 es la plenitud del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad y una horizontalidad en el tratamiento de la capacidad, debido a que la discriminación no colaboraba con su desarrollo ni inclusión a la sociedad.¹⁴ Debe sumarse además que discapacidad no es sinónimo de incapacidad ni

¹² DE SALAS MURILLO, Sofía, “Significado jurídico de ‘apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica’ de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, No. 5, 2018, p. 4.

¹³ CASTILLO FREYRE, Mario y Jhoel CHIPANA CATALÁN, “La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, No. 65, 2018, p. 49.

¹⁴ BALAREZO REYES, Emilio José, “La nueva redimensión de la capacidad jurídica con motivo del Decreto Legislativo No. 1384”, *Actualidad Civil*, No. 52, 2018, pp. 88-89.

falta de discernimiento; este es el mayor error en la percepción que condujo a una regulación más convencional e inclusiva. En esta línea se encuentra la nueva exégesis del art. 43 del CC:

“Son absolutamente incapaces:

- 1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.*
- 2. Derogado.*
- 3. Derogado”.*

Del mismo modo, debe de resaltarse las modificaciones al art. 44:

“Tienen capacidad de ejercicio restringida.

- 1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.*
- 2. Derogado.*
- 3. Derogado.*
- 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”.*

Apreciamos que se han derogado supuestos de incapacidad que fueron relacionados en la historia con la discapacidad mental e intelectual, tales como “sujetos que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” (art. 43.2, derogado), “retardados mentales” (art. 44.2, derogado) y “los que

adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad” (art. 44.3, derogado); se ha añadido, por su parte, a las personas en estado de coma como un supuesto de capacidad restringida. Pareciese así que ya no existe incapacidad absoluta y que el CC es estricto en cuanto a capacidad, pero ello no es cierto pues el CC adopta un régimen mixto al no eliminar la incapacidad, sino solo reducirla, y ello se observa al mantener la incapacidad absoluta para menores de 16 años.¹⁵

El DL 1384 no solo modificó y derogó, sino que también incorporó nuevas normas en el CC. De este modo, se estableció en el nuevo art. 45 vigente del CC que *“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”*. A diferencia de ello, el antiguo texto normativo del art. 45 del CC detallaba que eran los representantes legales de los “incapaces” quienes ejercían los derechos de estos, de acuerdo con las normas de patria potestad, tutela y curatela.

Este cambio resulta muy novedoso. Cabe destacar además la incorporación de los artículos siguientes:

“Artículo 45- A.- Representantes Legales

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”.

“Artículo 45-B.- Designación de apoyos y salvaguardias

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.*

¹⁵ VARSÍ ROSPLIGIOSI, Enrique y Marco Andrei TORRES MALDONADO, “El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código Civil peruano”, *Acta Bioethica* 2019; 25 (2), pp. 207-208.

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-E del presente Código.*

En este nuevo art. 45 del CC podemos apreciar una concordancia con la CDPD, que en su art. 12.3 señala: *“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”*. Ello es la directriz que toman las posteriores incorporaciones como la del art. 45-A, dado que no se regula más la figura del representante legal en casos de discapacidad, sino solamente para los demás supuestos del art. 44 del CC, tales como los mayores de 16 pero menores de 18 años, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, toxicómanos, los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. Así, la figura del apoyo solo resulta para personas con discapacidad y para personas que antes de caer en coma decidan designarlas.

En concreto, ya sobre la figura del apoyo, el art. 45-B del CC clasifica las formas de designar al apoyo dependiendo de la posibilidad de expresión de voluntad. Para ello, se ha regulado que es la misma persona con discapacidad la que puede designar a su apoyo vía notarial o judicial cuando pueda manifestar su voluntad, y en los casos de excepción en los que no pueda expresar su voluntad, el apoyo será designado por un juez. Es válido destacar que, a fin de poder expresar voluntad, resultan ser oportunos los ajustes razonables¹⁶ ya mencionados en el art. 45.

Existen aún autores con posturas contrarias a esta regulación, quienes afirman que la no incapacidad resulta adecuada para personas con discapacidad sensorial o física, pero que en casos de personas con discapacidad mental e intelectual no sería acertada, pues no existiría regulación para personas con una discapacidad en grado alto.¹⁷ Esta afirmación no resulta correcta, porque es el mismo CC el que introduce –pese a no centrarse en el diagnóstico– que cuando una persona con discapacidad no pueda expresar su voluntad, el apoyo

¹⁶ La CDPD, en su art. 2, ha recalcado que: *“Por ‘ajustes razonables’ se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”*.

¹⁷ SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina, *“Comentarios al artículo 45-B del Código Civil”*, en *Código Civil Comentado...*, t. I, cit., pp. 286-287.

será designado de forma judicial, con el único fin de ayudarla en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Puede concluirse que con las nuevas coordenadas existen 4 situaciones respecto a la regulación de la capacidad en el Perú:

- a. Las personas menores de 16 años son consideradas como absolutamente incapaces y sus representantes legales serán aquellos que ejerzan patria potestad o su tutela;
- b. las personas mayores de 16 pero menores de 18 años se encuentran bajo el régimen de capacidad restringida, por ende, sus representantes legales son quienes ejercerán su patria potestad o tutela;
- c. aquellas personas mayores de 18 años, pero que incurran en alguno de los supuestos contemplados del numerales 4 al 8 del art. 44 del CC, se encuentran bajo un régimen de capacidad restringida y sus representantes legales serán los curadores; y
- d. las personas mayores de 18 años pero que tengan alguna discapacidad mental o intelectual y aquellas que se encuentren en estado de coma (art. 44.9 del CC) no se encuentran sujetas al normbramiento de un representante legal, sino de un apoyo voluntario o excepcional, según corresponda el caso.

Por último, esta nueva regulación llega a ser oportuna y muy novedosa en el tratamiento de la persona con discapacidad, siempre respetando su capacidad jurídica y en la búsqueda de una inclusión en todas las esferas de la sociedad, lo que ha conllevado que no solo refleje variaciones en este Libro I sobre Derecho de las personas, sino que haya también un cambio en los demás libros que serán tratados a continuación.

3. MODIFICACIONES AL LIBRO DE NEGOCIO JURÍDICO

En lo que respecta a este segundo libro debemos partir de la antigua regulación a la vigente post modificación introducida por el DL 1384. En vista a ello, el primer artículo del Libro II referente a negocio jurídico es el siguiente:

“Artículo 140.- *El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:*

1.- *Agente capaz.*

2.- *Objeto física y jurídicamente posible.*

3.- *Fin lícito.*

4.- *Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad”.*

Se aprecia que el requisito de validez sobre el que se ha generado mayor crítica es el referente al agente capaz, entendido como una obligación de que los sujetos que intervengan sean personas que gocen de lucidez, que les permita discernir sobre todos aquellos alcances de los actos que realicen.¹⁸ En este primer requisito de validez se observa que en la jurisprudencia peruana ha sido abordado como la no falta de discernimiento y de lucidez, lo cual suele ser relacionado con las personas con discapacidad mental e intelectual, tal como ya se detalló en el capítulo anterior.

En doctrina peruana se ha considerado que, en este primer requisito, la manifestación de voluntad provenga de agente capaz, es decir, de sujeto tanto persona natural como persona jurídica con la capacidad necesaria. Al tratarse de persona natural, la capacidad de goce le es inherente desde su concepción, pero en casos de realización de negocios jurídicos se requiere de capacidad de ejercicio, y en caso de tratarse de menores o interdictos –incapaces–, la capacidad puede ser suplida por su representante legal (padre, tutor o curador).¹⁹

De este modo, en la regulación anterior puede concluirse que no resultaban válidos los negocios jurídicos celebrados por las personas incapaces, dentro de las cuales se encontraban las personas con discapacidad, en tanto no podían celebrar negocios jurídicos si es que no contaban con la participación de sus representantes legales. Por esta razón, una persona que recaiga dentro de la incapacidad absoluta (ex art. 43 del CC) o incapacidad relativa (ex art. 44) celebraría un negocio inválido si es que su representante no ha actuado en su lugar y a nombre de él.

Se ha concluido así que según esta antigua regulación, son necesarias tanto la capacidad de goce, que ha sido considerada como propia del ser humano al

¹⁸ Vid. Expediente No. 2352-92-Lima.

¹⁹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando, “Comentarios al artículo 140 del Código Civil”, en *Código Civil Comentado...*, t. I, cit., p. 465.

ser apto para ser titular de situaciones jurídicas subjetivas (no solo limitándola a derechos y obligaciones), como la capacidad de ejercicio, entendida esta como aptitud para ejercitar esas situaciones jurídicas y, por tanto, en caso de incapacidad relativa o absoluta, estas conllevarían a que el negocio sufra de ineficacia funcional y, con ello, la invalidez del negocio.²⁰

Un tema relevante en esta antigua regulación es sin duda el aspecto de la manifestación de voluntad, la cual fue regulada en el art. 141 del CC con el texto siguiente:

“La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario”.

Este artículo no se basa en cómo se forma la voluntad, sino en la exteriorización de esta, la cual puede ser expresa, mediante medios directos como el lenguaje escrito, oral, a través de mímicas o incluso utilizando medios que representen y de los cuales se pueda visualizar una voluntad. Por su parte, cuando hace referencia a manifestación tácita, se remite al uso de medios indirectos como los comportamientos concluyentes y sobre los cuales puede inferirse voluntad, siempre que la ley no solicite que se realice mediante una forma expresa.

Dirigiéndonos a los artículos más significativos de esta antigua regulación del Libro II, los que también fueron objeto de modificación, puede destacarse el artículo referente a la nulidad y anulabilidad de los negocios jurídicos, con los textos siguientes:

“Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:

1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.

2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.

²⁰ BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto y Héctor Augusto CAMPOS GARCÍA, “Breves apuntes sobre los presupuestos y elementos del Negocio Jurídico”, *Revista de la Asociación Civil Derecho & Sociedad*, No. 32, 2009, pp. 201-202.

- 3.- *Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.*
- 4.- *Cuando su fin sea ilícito.*
- 5.- *Cuando adolezca de simulación absoluta.*
- 6.- *Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*
- 7.- *Cuando la ley lo declara nulo.*
- 8.- *En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa”.*

“Artículo 221.- El acto jurídico es anulable:

- 1.- *Por incapacidad relativa del agente.*
- 2.- *Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.*
- 3.- *Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.*
- 4.- *Cuando la ley lo declara anulable”.*

Con respecto al art. 219 del CC, previa modificación, hay que resaltar que la nulidad ha sido considerada como la forma más grave de invalidez, pues esta determina que el negocio no produzca los efectos negociales esperados por una o ambas de las partes que lo celebran.²¹ En vista a ello, y considerando lo dispuesto en este art. 219.3, el negocio jurídico sería nulo cuando sea practicado por persona “absolutamente incapaz”, entre los que se podía encontrar a “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento” (ex art. 43.2, derogado), salvo lo que dispone el art. 1358 del CC, consistente en que si hubiera “incapaces no privados de discernimiento”, estos podrían celebrar contratos relacionados con las necesidades básicas de su vida diaria.

De forma similar, el antiguo art. 221.1 del CC declara como actos anulables los que sean realizados por personas “relativamente incapaces”. La anulabilidad se consideró como una forma menos grave de invalidez, porque no determina

²¹ ESCOBAR ROSA, Freddy, “Comentarios al artículo 219 del Código Civil”, en *Código Civil Comentado...*, t. I, cit., pp. 676-677.

que el negocio no produzca los efectos a los cuales está dirigido, sino que dichas consecuencias puedan ser, en un lapso, destruidas.²² Es pues que sobre la base del numeral 1 del art. 221, el acto celebrado por los relativamente incapaces, entre ellos los “retardados mentales” y los “que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad” pueden verse anulados.

Ahora bien, como ya habíamos desarrollado, se intentó modificar al CC, y uno de estos intentos fue el Anteproyecto del año 2016, el cual en esta materia de negocio jurídico pretendió regular –sin resultado positivo– un art. 140 muy similar al que se procuró modificar, manteniendo como requisito de su validez al agente capaz. Por otro lado, un cambio que se trató de implementar y que sí nos parece muy significativo es la forma introducida para poder manifestar la voluntad regulada en el sugerido art. 141:

“1. La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo, incluyendo el uso de los apoyos requeridos por la persona de acuerdo a sus necesidades.

2. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario”.

Lo relevante de esta propuesta de modificación del Anteproyecto sobre el art. 141 del CC es, sin duda alguna, la idea de incluir como una forma de manifestar voluntad de forma expresa, el uso de ajustes razonables o mediante los apoyos requeridos por las personas con discapacidad. Sobre este punto en la Exposición de Motivos del Anteproyecto se ha denotado que conforme a la CDPD, una forma de expresar voluntad es la que realizan las personas con discapacidad utilizando ajustes razonables o apoyos para los actos que se requieran.²³

En relación con la propuesta sobre el art. 219 del CC, se han formulado como causales de nulidad del acto jurídico las siguientes: “1. Cuando falta la manifestación de voluntad del sujeto que celebró el acto. 2. Cuando se haya practicado por personas menores de dieciocho años o por personas mayores de dieciocho

²² *Ibidem*, pp. 693-694.

²³ *Idem*, pp. 53-54.

años que no cuenten con un régimen de asistencia, salvo disposición legal diversa. 3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable. 4. Cuando su causa sea ilícita. 5. Cuando adolezca de simulación absoluta. 6. Cuando no revista la forma prescrita de forma imperativa o bajo sanción de nulidad. 7. Cuando la ley lo declara nulo. 8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa". Con respecto a las causales de anulabilidad del art. 221, el Anteproyecto de CC planteó: "El acto jurídico es anulable: 1. Por vicio resultante de error, dolo o intimidación. 2. Cuando la ley lo declara anulable".

Respecto de este régimen, en la Exposición de Motivos se concluyó que para intentar instaurar esta nueva propuesta sobre los arts. 219 y 221 del CC, se ha tomado en cuenta la regulación sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.²⁴ Apreciamos una clara intención de eliminar cualquier tipo de invalidez del negocio jurídico por causales de agentes que tengan discapacidad.

Actualmente, el DL 1384 ha introducido diversas modificaciones realizadas al CC y en lo consignado sobre el Libro II se ha incoado con un art. 140 que regula una variación casi total al requisito primero para la validez del negocio jurídico:

"El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1. Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.*
- 2. Objeto física y jurídicamente posible.*
- 3. Fin lícito*
- 4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad".*

El DL 1384 ha implementado el requisito de validez consistente en la "plena capacidad de ejercicio", en vez de lo regulado anteriormente en el CC como "agente capaz". Sobre este cambio se ha expresado –creemos que de forma errada– que esta variación afecta una codificación ya arraigada y proveniente del CC de 1936, aplicada tanto a personas naturales como jurídicas, refiriendo que "agente capaz" consiste en la capacidad de goce más la de ejercicio.

²⁴ *Idem*, p. 72.

Por ello se ha dicho, que esta modificación ha soslayado la capacidad de goce al solo tomar en cuenta a la capacidad de ejercicio.²⁵

Consideramos que ello resulta ser un error, dado que el requisito “plena capacidad de ejercicio” hace referencia a que pueden celebrar actos jurídicos por cuenta propia, aquellas personas que no sean consideradas como “incapaces absolutos” ni personas con “capacidad restringida”, salvo los casos en que sea la propia ley la que lo permita. Tal y como ocurre con el nuevo art. 1358, el cual permite que personas con capacidad restringida puedan celebrar contratos relacionados con necesidades básicas de su vida.

En vista de ello, y considerando que la capacidad de goce al ser inherente al ser humano se adquiere desde la concepción, es necesaria entonces la capacidad de ejercicio para poder celebrar negocios jurídicos, pues personas con capacidad de ejercicio restringida e incapaces absolutos necesitarán de sus representantes para poder actuar. De este modo, por ejemplo, un toxicómano o ebrio habitual tiene capacidad de goce al ser persona, pero no capacidad de ejercicio para realizar actos por cuenta propia, por lo que es necesario que el acto se celebre con y a través de su representante legal.

Por tanto, solicitar solo capacidad de ejercicio no soslaya a la capacidad de goce, ni es un retroceso en la regulación; al contrario, se detalla una nueva forma de entender la capacidad en el Perú, en la cual las personas con discapacidad puedan ejercer y celebrar negocios jurídicos al poseer no solo capacidad de goce, sino también de ejercicio. Por otro lado, hay que agregar un punto muy significativo regulado en el nuevo art. 141 del CC, que expone lo siguiente:

“La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona.

“Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revela su existencia.

“No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.”

²⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando, “Comentarios al artículo 140 del Código Civil”, *cit.*, pp. 557-558.

En el art. 141 del actual CC, modificado por el DL 1384, se ha podido vislumbrar una forma muy novedosa pero acorde con los artículos antes planteados en torno a la forma de manifestar voluntad. Se ha agregado que en el caso de personas con discapacidad, estas pueden manifestar su voluntad por medio de los ajustes razonables o a través de sus apoyos. Sobre este nuevo texto se ha expresado, de forma muy superficial y errónea, que resulta innecesario y hasta redundante, porque lo agregado ya se encontraría inmerso en la manifestación de voluntad expresa.²⁶ A nuestro parecer, creemos que citar en este primer párrafo del art. 141 del CC lo referente a la forma de expresión de voluntad de las personas con discapacidad mental e intelectual utilizando para ello los ajustes razonables o la figura del apoyo, hace que se visibilice el problema y conlleva a que el texto se encuentre más acorde con la CDPD, dado que a veces lo que se considera como obvio no resulta serlo para la sociedad y peor aún, respecto de personas que han sido marginadas a lo largo de la historia.

Por otro lado, el DL 1384 también ha conllevado a que se deroguen diversos aspectos que resultaban ser discriminatorios, siendo el primero de ellos lo regulado en el art. 219 del CC: El acto jurídico es nulo:

- “1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.*
- 2. Derogado.*
- 3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.*
- 4. Cuando su fin sea ilícito.*
- 5. Cuando adolezca de simulación absoluta.*
- 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*
- 7. Cuando la ley lo declara nulo.*
- 8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa”.*

²⁶ CÁRDENAS KRENZ, Ronald y Alessandra DELLA ROSA LECIÑANA, “Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil en materia de capacidad”, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, No. 65, 2018, p. 110.

En esa misma idea, el art. 221 del CC, modificado por el DL 1384, expresa: El acto jurídico es anulable:

- “1. Por capacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44.
2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
4. Cuando la ley lo declara anulable”.

Acerca de esta modificación realizada al art. 219 del CC, se ha dicho que ha generado una problemática, pues derogar el numeral 2 de este artículo, donde se preceptuaba que era nulo el negocio celebrado por persona “absolutamente incapaz”, conlleva a que actualmente exista un vacío sobre los negocios celebrados por “incapaces absolutos menores de 16 años”.²⁷ Sobre la misma, es cierto que no ha quedado claro qué sucede con los negocios celebrados por “incapaces absolutos”. Respecto de esta modificación en doctrina se expresa, en la misma línea, que no se debería considerar a los negocios jurídicos celebrados por menores de 16 años –incapaces absolutos– como válidos, porque ello sería contravenir la intención del legislador de seguir considerándolos como “absolutamente incapaces”, y ante esta derogación de nulidad, deberá aplicarse en su solución el numeral 8 del art. 2019 del CC, referente a vulneración de norma de orden público, porque se contravendría la necesidad de plena capacidad de ejercicio (art. 140.1 del CC).²⁸

Sin embargo, en nuestra opinión, se debió mantener la nulidad de los negocios jurídicos celebrados por “incapaces absolutos” y la regulación *ex art.* 1358 del CC, pero con una terminología distinta, pues antes de la modificación de este artículo se permitía que tanto los “incapaces absolutos e “incapaces relativos” pudieran celebrar negocios sobre las necesidades básicas. Para ello, es oportuno que se haya eliminado la terminología “privados de discernimiento”, pero creemos que en este nuevo art. 1358 no solo debe permitirse a las personas

²⁷ NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort, “Comentarios al artículo 219 del Código Civil”, en *Código Civil Comentado...*, t. I, *cit.*, pp. 808-809.

²⁸ CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto, “Apuntes sobre la capacidad jurídica y la validez de los negocios jurídicos en el Código Civil peruano”, *Actualidad Civil*, No. 2, 2018, pp. 75-76.

“con capacidad restringida” celebrar negocios sobre necesidades ordinarias de su vida, sino también a las personas menores de 16 años, considerados como “incapaces absolutos”.

En relación con la nueva versión del art. 221 del CC, si bien parece ser claro que serán anulables los negocios jurídicos celebrados por personas con “capacidad restringida”, salvo disposición legal distinta, como es lo consignado en el art. 1358 –ya detallado– referente a necesidades básicas; existen opiniones que consideran que esta regulación no es favorable para las personas con discapacidad, ya que la anulabilidad no era un desdén, sino un mecanismo para protegerlas. Se suele poner como ejemplo los casos de personas con discapacidad sin apoyos y que otras personas se pueden “aprovechar de su condición” por encontrarse solos.²⁹

La opinión antes citada demuestra una visión claramente paternalista sobre las personas con discapacidad mental e intelectual, dado que estas poseen capacidad jurídica (goce y ejercicio), donde los apoyos son las figuras que podrían ayudarlas a manifestar su voluntad y conocer a fondo los actos que quieran celebrar, pero debe dejarse en claro que los apoyos son elegidos solo por voluntad de la persona con discapacidad, salvo en casos graves donde no se pueda expresar siquiera voluntad (art. 659-E del CC).³⁰ En vista de ello, es que las personas con discapacidad deben actuar según su voluntad, pero es necesario destacar que pueden aplicarse, como en cualquier otro caso, los vicios de voluntad, si es que se ha recaído en error o se ha sufrido dolo e intimidación para expresar su voluntad.

Por otro lado, no queremos dejar de mencionar en este capítulo que compartimos la idea de que resulta innecesaria y nociva la derogatoria de otras disposiciones relacionadas con la validez del negocio jurídico, pues si se sigue manteniendo en el art. 44 del CC la “capacidad de ejercicio restringida”, ¿por qué se han derogado artículos que aún serían aplicables? Los ex artículos derogados 228³¹ y 229³² del CC no contravienen automáticamente la CDPD, ya que no

²⁹ NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort, “Comentarios al artículo 221 del Código Civil”, en *Código Civil Comentado...*, t. I, cit., pp. 836-837.

³⁰ El art. 659-E del CC peruano, denominado “Excepción a la designación de los apoyos por juez”, regula la situación de apoyo intenso y como excepción, solo cuando la persona con discapacidad no ha podido expresar su voluntad.

³¹ Art. 228, derogado, del CC peruano: “Pago a incapaz: Nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho”.

³² Art. 229, derogado, del CC peruano: “Mala fe: Si el incapaz ha procedido de mala fe ocultando su incapacidad para inducir a la celebración del acto, ni él, ni sus herederos ni cesionarios, pueden alegar la nulidad”.

solo eran aplicables a las personas con discapacidad mental e intelectual, sino a todos los incapaces absolutos y relativos (bajo el orden premodificación), y siguen siendo relevantes actualmente, pues lo que se debió modificar en todo caso es la terminología utilizada.³³

4. MODIFICACIONES REALIZADAS EN DERECHO DE FAMILIA

El Libro III del CC no ha sido ajeno a las modificaciones realizadas por el DL 1384, pero detallaremos primero la principal regulación antes de la modificación. Para ello comenzaremos a analizar el antiguo art. 241 del CC, el cual versaba sobre los impedimentos absolutos para contraer matrimonio: *“1. Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse. 2.- Los que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa y trasmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole. 3.- Los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos. 4.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable. 5.- Los casados”*.

En relación con la regulación plasmada en el CC, previa a la modificación, se ha entendido que los impedimentos absolutos son aquellos que imposibilitan el matrimonio de una persona sobre la que se conoce su incapacidad personal. Sobre una de estas incapacidades fue considerada la “enfermedad mental”, la cual, pese a que en otros ordenamientos como el francés se haya pormenorizado que si la persona se casó durante su intervalo lúcido, debe respetarse su decisión; en la doctrina nacional se ha considerado que esta prohibición deberá persistir no obstante la persona tenga intervalos lúcidos, dado que los hijos pueden sufrir de alguna “tara hereditaria” y esta persona no podrá asumir sus obligaciones.³⁴

En la regulación previa a la modificación se refleja una clara discriminación sobre la persona con discapacidad mental e intelectual, pues se considera que son personas que no deben casarse debido a que en caso tuvieran hijos, estos saldrían con los mismos “defectos o taras”. Se ha considerado además que se impide el matrimonio de un “enfermo mental” porque es reputado como per-

³³ *Idem*, pp. 77-78.

³⁴ MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara, “Comentarios al artículo 241 del Código Civil”, en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. II, pp. 43-45.

sona privada de la razón y porque, pese a intervalos lúcidos o que el “incapaz mental” haya manifestado su voluntad consciente, al estar enfermo no podría cumplir luego con las obligaciones propias del matrimonio.³⁵

Vemos pues que la concepción utilizada resultaba ser una clara discriminación sobre las personas con discapacidad, que debía ser reformada al considerarlos como carentes de voluntad y, en tanto, de asumir obligaciones, siendo todo ello modificado posteriormente con el DL 1384. Sin embargo, esta discriminación previa modificación también puede ser visualizada en el numeral 1 del art. 274: *“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”*.

Sobre el fundamento del art. 274 del CC, previa modificación, se ha manifestado que este busca, en primer lugar, proteger al “enfermo mental” que ha celebrado un negocio jurídico como el matrimonio, al no poseer discernimiento, y en segundo lugar, se basa en la protección de la persona “sana”, porque esta no debe de tener la “carga” de una unión perpetua con un “enfermo”; razón por la cual incluso se admite la vigencia de esta causal de invalidez, aun cuando la “enfermedad mental se manifieste después de celebrado el matrimonio.”³⁶

En este numeral del art. 274 del CC, previa modificación, se puede visualizar una clara marginación contra las personas que tienen alguna discapacidad mental e intelectual, pues en todos los casos dables se da la posibilidad de que el matrimonio sea declarado nulo, si es que uno de los casados tiene discapacidad. En este numeral se regulaba la situación de la persona con discapacidad mental e intelectual, incluso cuando esta discapacidad hubiera ocurrido luego de celebrado el matrimonio. Esta norma no protege a ninguno de los cónyuges, sino –al contrario– margina, llegando a prohibir en la práctica que las personas con discapacidad puedan casarse, dado que su validez podría ser impugnada.

Cabe destacar que en el art. 326 del CC, referente a las uniones de hecho, se expone que esta se da por personas sin impedimento para contraer matri-

³⁵ AGUILAR LLANOS, Benjamín, *Tratado de Derecho de Familia*, p. 85.

³⁶ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex, “Comentarios al artículo 274 del Código Civil”, en *Código Civil Comentado...*, t. II, *cit.*, pp. 123- 124.

monio; sin embargo, como se destacó, la discapacidad mental e intelectual era considerada como un impedimento absoluto, en vista de ello tampoco podría haber uniones de hecho cuando uno de ellos “padezca de enfermedad mental”.

Por otro lado, con respecto al reconocimiento de hijos extramatrimoniales, el antiguo art. 389 del CC –hoy reformado– nos expresaba que los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio podían ser reconocidos por los abuelos o abuelas cuando los padres hubieran fallecido o si –entre otras opciones– el padre o la madre se encontraran sin discernimiento, si sufrieran de retardo mental o deterioro mental. En ese sentido, en esta etapa antes de la reforma, los padres debían reconocer a sus hijos concebidos de forma extramatrimonial; sin embargo, cuando uno o ambos padecieran de discapacidad mental e intelectual o hubieran fallecido, el reconocimiento podía darse por los abuelos. Es decir, que los padres al tener discapacidad mental o intelectual no podían reconocer a sus hijos ni expresar su voluntad, en tanto son considerados como “incapaces”.

Un tema sumamente relevante en este Libro III de Derecho de familia, es el referente a la curatela. El ex art. 564 del CC –previa a la modificación– expresa: *“Están sujetas a curatela las personas a que se refieren los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 al 8”*. En el Perú, antes de la modificación, existían tres figuras que tenían como finalidad, amparar al “incapaz”: 1) la patria potestad, dirigida al cuidado de la persona y patrimonio de un menor de edad y a cargo de sus padres; 2) la tutela, referida al cuidado del menor y recayente en otras personas diferentes a los padres cuando estos no ejercían la patria potestad; y 3) el curador, dirigida al cuidado del mayor de edad incapaz.

Se ha señalado que esta figura de la curatela aparece por primera vez en la Ley de las Doce Tablas y en un principio se instituía solo para personas consideradas como “dementes extremos o furiosos”; pero luego fue ampliada a casos pacíficos, como de “locos, imbéiles, incapacitados retrasados, sordos, mudos”, siendo una figura de protección de bienes y de vigilancia.³⁷ En atención a lo dispuesto en el art. 564, previa modificación del CC, esta figura es aplicada a “los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento”, a “los retardados mentales” y a los que tienen “deterioro mental que impide expresar su voluntad”, y en todos estos casos es un tercero curador quien tome las decisiones por ellos.

³⁷ *Ibidem*, pp. 658-659.

Hay que precisar sobre esta figura, según el art. 588-A del CC, previa reforma, que la misma persona mayor con "capacidad plena de ejercicio" podría nombrar a su curador o curadores mediante escritura pública; sin embargo, las personas con alguna discapacidad mental e intelectual no podrían, porque no se las consideraba como personas con "capacidad plena de ejercicio". Por su lado, el ex art. 569 del CC disponía una prelación dado que, a falta de designación voluntaria, será dispuesto vía judicial en este orden al cónyuge, los padres, descendientes, abuelos, hermanos e incluso directores de asilos (ex art. 570 del CC).

Incluso se puede señalar que en virtud del art. 576 del CC, las atribuciones del curador eran proteger al "incapaz", ayudarlo a un posible reestablecimiento, la posibilidad de colocarlo en un centro de establecimiento o cuidado y representarlo. Respecto a su internamiento, el art. 578 del CC establecía que para poder internar a un "incapaz" se requiere de autorización judicial, previo dictamen de perito. De este modo, pues –con respecto a las personas con discapacidad mental e intelectual–, en el mismo CC se permitía la intervención el curador como un sustituto de voluntad, porque se consideraba que la discapacidad era una enfermedad, por este motivo, existían internamientos involuntarios y no apropiados.

Por último, esta regulación previa a la modificación preceptuaba en su art. 582 del CC que los actos anteriores a la interdicción realizados por los "incapaces" podían ser anulados si la incapacidad existía de forma notoria en la época en que se llevaron a cabo. Sobre este punto se ha enunciado que los actos realizados antes de la interdicción deben ser considerados nulos y anulables, dependiendo de la situación concreta. Además, se manifiesta que esta norma no se pone en el lugar de cuando el acto fue realizado por dos "incapaces", allí no podría ser nulo ni anulable, porque "ninguno se aprovecharía o abusaría del otro", dado que la incapacidad estaría presente en ambos.³⁸

Ahora bien, frente a esta regulación no concordante con las normas internacionales se intentó modificar el CC mediante el Anteproyecto, el cual también abarca temas de este Libro III. Sobre ello, este Anteproyecto no intenta modificar ni deroga los arts. 241 ni 274 del CC, sobre impedimentos absolutos e invalidez de matrimonio por padecer de "enfermedad mental", manteniendo así pues la visión tradicionalista al situar a la discapacidad como enfermedad.

³⁸ GODENZI MONTAÑEZ, Silvia, "Comentarios al artículo 582 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. III, pp. 382-383.

Sin embargo, la figura que se intenta introducir fue la de la asistencia en reemplazo del curador, tal como se puede visualizar:

“Artículo 564.- Personas sujeta a asistencia

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”.

En este apartado se intentó formular una figura de la asistencia mediante la protección sobre las personas con deficiencias, la cual reemplazaría al curador. Sin embargo, se menciona que esta figura se aplicará cuando la persona asistida se encuentre en la “imposibilidad” –incluso temporal– de cuidar sus intereses y su patrimonio. En la misma Exposición de Motivos de este Anteproyecto se expresó que esta figura daría más libertad a la persona que tenga imposibilidad, considerando que es adecuada a la CDPD. No obstante, consideramos que no resulta tan acorde con la normativa internacional porque no primaría la voluntad del asistido, pues parecería ser una figura muy similar al curador.

Sobre este punto, es dable destacar que en este Anteproyecto, la propuesta del art. 565 del CC regula los fines de la figura del asistente, siendo el juez quien debe detallar cuáles vendrían a ser las facultades de este. Por ello, consideramos que no se estaría respetando la voluntad del asistido o beneficiario, lo cual refleja solo un cambio terminológico con buena intención, pero no suficiente para incluir y respetar la voluntad de las personas con discapacidad mental e intelectual.

Ahora bien, el DL 1384 ha tenido una gran influencia en el Libro III al buscar adecuar la normativa nacional peruana, como lo es el CC, a la regulación de la CDPD. Como un primer punto significativo de las variaciones vigentes se encuentra la derogación del numeral 3 del art. 241 del CC, referente a la “enfermedad mental” como causal de impedimento absoluto para contraer matrimonio. Siendo pues una plausible derogación, como ya lo habíamos detallado, resultaba sumamente vejatorio que las personas que tengan alguna discapacidad mental e intelectual no puedan casarse, pudiendo a partir de esta derogación casarse sin mayor inconveniente.

En esa misma línea, el DL 1384 ha derogado el numeral 1 del art. 274 del CC, pues gracias a la promulgación de esta ley es que ya no existe causal de nu-

lidad del matrimonio cuando la persona tenga alguna discapacidad mental e intelectual. En vista de ello, la persona con discapacidad es libre de decidir si casarse o no y una vez que se haya llevado a cabo la unión, esta debe respetarse y no declarar su invalidez, incluso si la incapacidad se ha generado luego del matrimonio.

Si bien el art. 326 del CC –ya mencionado– no se ha modificado ni derogado, este debe ser entendido según los artículos modificados por el DL 1384. Por tal razón, la unión de hecho puede realizarse con una persona que tenga discapacidad mental e intelectual si se mantuvieron al menos por 2 años consecutivos, dado que esta ya no es considerada como causal de impedimento para poder celebrar el matrimonio.

Una modificación significativa es también la introducida sobre el art. 564, el cual expresa: *“Están sujetas a curatela las personas a que se refiere el artículo 44 numerales 4, 5, 6, 7 y 8”*. Según este nuevo texto, las personas con discapacidad ya no se encuentran inmersas o sujetas al régimen de la curatela, porque – como habíamos resaltado – no se busca sustituirlas sino ayudarlas en el ejercicio de su capacidad jurídica. Al resultar ahora la curatela solo aplicable a las personas con capacidad de ejercicio restringida, cabe señalar que para esta figura, en virtud del nuevo art. 565, se necesita necesariamente declaración judicial de interdicción para los casos de los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales y los toxicómanos (numerales 4 al 7 del art. 565 del CC, respectivamente).

Sumado a ello, el DL 1384 ha derogado también diversos artículos del CC, entre ellos el ya mencionado art. 569, referente a la prelación de las personas que podrían ser designadas como curadores; el art. 570, relativo a que los asilos pueden ser curadores legítimos; el art. 571, consistente en la forma de apreciar a los “incapaces” como personas que no pueden dirigir sus negocios y que necesitan cuidados, y el art. 578, referente al internamiento de los denominados incapaces.

Sobre estas derogaciones, quizá no resultaron apropiadas del todo ya que podrían haber sido aplicadas a otras situaciones, como las de ebrios habituales, toxicómanos, malos gestores, etc., pero no por discapacidad mental ni intelectual. Un artículo que también fue derogado y que debió mantenerse para las otras situaciones es el 580, referente a que “el curador del incapaz que tiene hijos menores también será tutor de estos”. Este artículo debió mantenerse, pero no ser aplicado a las personas con discapacidad mental e intelectual, sino a los

otros casos regulados de personas con capacidad restringida, con la finalidad de que los hijos de estas personas puedan ser protegidos hasta que sus padres se rehabiliten, ya sea en casos de ebrios habituales, toxicómanos, etcétera.

Por otro lado, el DL 1384 introdujo a este Libro III dedicado al Derecho de Familia un capítulo relativo a los apoyos y salvaguardias, nuevas figuras introducidas para las personas con discapacidad mayores de edad. El primer artículo en regular esta figura es el art. 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”*. Esta norma implementa una figura regulada en la CDPD, la cual, en su art. 12, numeral 3, obliga a que los Estados Partes adopten las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad, al apoyo que necesiten en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La figura del apoyo ha sido definida en el art. 659-B introducido por el DL 1384, el cual ha establecido lo siguiente:

“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 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”.

En un primer análisis de esta figura puede resaltarse que los apoyos poseen las funciones siguientes: a) facilitar el ejercicio de derechos; b) ayuda en la comprensión de los actos y de sus consecuencias; y c) ayuda en la manifestación e interpretación de la voluntad de la persona con discapacidad. De este modo, el sistema de apoyos se constituye como una garantía para que las personas con discapacidad puedan, en igualdad de condiciones, ejercer su capacidad jurídica.

ca, en contraposición al sistema de sustitución basado en regímenes donde se regula la interdicción y curatela.

Respecto a la determinación de los apoyos, el art. 659-C detalla: *“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”*. Los apoyos serán entonces personas o instituciones que asistan a las personas con discapacidad en la toma de sus decisiones, pues estas personas son autónomas e independientes.

Ahora bien, en relación con la forma de designación de apoyos, el art. 659-D expone que la persona con discapacidad mayor de edad que requiera un apoyo puede designarlo de forma notarial o judicial. Sin embargo, cabe destacar el caso especial regulado en el art. 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”.

Sobre este artículo se ha manifestado que el apoyo designado judicialmente de forma excepcional no es, en ningún sentido, similar al del curador, porque el apoyo excepcional o intenso solo es aplicable en casos de discapacidad mental e intelectual severa, es decir, en casos donde la persona no pueda

manifestar su voluntad. Este será el único caso donde se realice una restricción a la voluntad al elegir un apoyo sin permiso voluntario, pero no se sustituye sino, al contrario, se debe buscar e interpretar cuál sería la voluntad al apoyado;³⁹ además, no existe una prelación como sucedía en la designación de curadores (*ex art. 559 del CC*), sino que ahora esta nueva figura del apoyo deberá ser designada tomando en cuenta factores de convivencia, confianza, cuidado, amistad, etcétera.

Por último, los apoyos pueden ser elegidos también por personas mayores de edad a futuro, según lo refrendado en el art. 659-F, en caso consideren que a *posteriori* puedan tener una discapacidad o en caso de que ya tengan discapacidad, pero consideran que en cierto momento será adecuado tener un apoyo en la toma de decisiones. Es menester mencionar que los derechos de la persona con discapacidad mental e intelectual que cuente con apoyos serán protegidos y garantizados por medio de las salvaguardias establecidas en el art. 559-G del CC, como bien se detalla:

“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”.

Las salvaguardias fueron reconocidas en el art. 12, numeral 4,⁴⁰ de la CDPD, este obliga a los Estados Partes a adoptar las salvaguardias a fin de evitar abu-

³⁹ BREGAGLIO, Renata y Renato CONSTANTINO, “Un modelo para armar: la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384”, *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 4 (1), 2020, pp. 52-53.

⁴⁰ El art. 12, numeral 4, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad ha expuesto sobre las salvaguardias lo siguiente: “4. 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,

sos en el ejercicio de las facultades otorgadas a los apoyos. De este modo, las salvaguardias se proyectan sobre los mecanismos de apoyo, dado que buscan evitar que se configuren abusos. Por lo tanto, de manera general, puede decirse que estas salvaguardias apuntan a: a) que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad apoyadas; b) que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida en el apoyo; c) que los apoyos sean proporcionales y adaptados a las circunstancias particulares; d) que las salvaguardias sean aplicadas en el plazo más corto; e) que los apoyos estén sujetos a exámenes continuos por parte de un órgano competente; y f) que los apoyos sean proporcionales a las necesidades de la persona con discapacidad.

5. DERECHO DE SUCESIONES Y LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS

El DL 1384 ha traído una modificación también influyente en el Libro IV, relativo al Derecho de sucesiones, para lo cual comenzaremos por detallar cómo era la regulación antes de la promulgación de este Decreto-Ley. El primer tema a abordar es el referente a la capacidad para otorgar testamento, regulado en el art. 687 del CC:

“Son incapaces de otorgar testamento:

- 1.- Los menores de edad, salvo el caso previsto en el artículo 46.*
- 2.- Los comprendidos en los artículos 43, inciso 2 y 44, incisos 2, 3, 6 y 7.*
- 3.- Los que carecen, en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesarias para el otorgamiento de este acto”.*

Al respecto se ha considerado que para testar se necesita tener cordura y por ello es que el legislador ha detallado a quienes no tienen tal idoneidad. Por tal razón, “los privados de discernimiento” no tienen capacidad de entender ni querer e incluye todo caso de falta de capacidad de razonamiento disminuída; los “retardados mentales” son numerosos y en varios grados; y los que adolecen de “deterioro mental”, a quienes se les llama mentecatos o con alteraciones

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”.

mentales. Sumado a ello están los que por cualquier causa se encuentren al momento de testar “sin lucidez mental”, entendido como un razonamiento defectuoso que les impida tener conciencia (personas sin discernimiento, embriaguez, hipnotismo, depresión, etc.), además de personas recayentes en vicios de voluntad como por violencia, error e intimidación. Se ha declarado que lo referente en este artículo a la libertad es repetitivo, dado que se encuentra inmerso en los vicios de voluntad.⁴¹

En el texto del art. 687 del CC, anterior a la reforma, se consideraba que las personas con discapacidad mental e intelectual no podían discernir, entender ni decidir libremente y, en tanto, no podían otorgar testamento. Adicionalmente, las personas menores de 18 años, los ebrios habituales y los toxicómanos tampoco podían otorgar testamento. En esta normativa veíamos una clara vulneración al derecho a otorgar testamento y a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, pues al considerarlas como incapaces ya se vulneraba su capacidad de decidir, tomar decisiones y manifestar su voluntad.

En el Perú existen diversas clases de testamentos: el otorgado por escritura pública, el cerrado y el ológrafo, además de los testamentos especiales como el marítimo y militar. Con respecto al testamento por escritura pública, en el art. 696 del CC se regulaba en el numeral 6 que si la persona que testa tiene discapacidad auditiva o de lenguaje, podrá expresar su asentimiento u observaciones a través de un intérprete. En este punto lo que se busca es que se verifique si el contenido del testamento es acorde con lo expresado por la persona con discapacidad auditiva o de lenguaje y ello se podía realizar con ayuda de un intérprete para tomar conocimiento de lo escrito y de su lectura; además, con el fin de poder expresar su asentimiento o no sobre lo expuesto por el notario.⁴²

Se puede destacar que el artículo comentado en líneas anteriores se refiere a cómo se puede ayudar a que las personas con discapacidad auditiva y de lenguaje puedan conocer de la lectura realizada por el notario y brindar su asentimiento a lo plasmado en el testamento por el notario; sin embargo, ello no se aplica a las personas con discapacidad mental e intelectual, que no podían testar, justamente por tener tal discapacidad y verse imposibilitados.

⁴¹ LOBMANN LUCA DE TENA, Guillermo, “Comentarios al artículo 687 del Código Civil”, en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en diversas materias del Derecho Civil*, t. IV, pp. 96-98.

⁴² CASTILLO FREYRE, Mario y Jhoel CHIPANA CATALÁN, “Comentarios al artículo 696”, en *El Código Civil a través de sus modificaciones: Un análisis exhaustivo para su correcta interpretación*, p. 196.

Por su parte, el art. 705 del CC estipulaba quiénes son las personas impedidas para ser testigos testamentarios: *"1.- Los que son incapaces de otorgar testamento. 2.- Derogado. 3.- Los analfabetos. 4.- Los herederos y los legatarios en el testamento en que son instituidos y sus cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos. 5.- Los que tienen con el testador los vínculos de relación familiar indicados en el inciso anterior. 6.- Los acreedores del testador, cuando no pueden justificar su crédito sino con la declaración testamentaria. 7.- El cónyuge y los parientes del notario, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y los dependientes del notario o de otros notarios. 8.- Los cónyuges en un mismo testamento"*.

Sobre este artículo se expone que los testigos son obligatorios para otorgar testamento y estos tienen una doble función, la de ser testigos de conocimiento al identificar al testador y la de testigo instrumental, los cuales son un medio de prueba de la celebración del testamento. Por este motivo, es que se resaltan una serie de impedimentos, entre los que se encuentran los incapaces de otorgar testamento, como son las personas con discapacidad mental e intelectual, además de otros.⁴³ Por ello, las personas con discapacidad mental e intelectual estaban impedidas de ser testigos, debido a la creencia de su falta de capacidad para poder conocer y decidir y, con ello, celebrar negocios jurídicos.

Un artículo relevante en el Libro IV es el art. 808 del CC, el cual disponía: *"Es nulo el testamento otorgado por incapaces menores de edad y por los mayores enfermos mentales cuya interdicción ha sido declarada. Es anulable el de las demás personas incapaces comprendidas en el artículo 687"*. El testamento es un negocio jurídico y como tal deben contemplarse requisitos para su validez, siendo uno de ellos la capacidad de quien la otorgue. Se ha considerado que hay contradicción entre la primera parte del art. 808, al expresar que es nulo el testamento cuando es otorgado por menor de edad y por mayores "enfermos mentales" con interdicción, y lo dispuesto en la idea que sigue, referente a posibilidad de declararlo anulable si otorgan testamento las demás personas comprendidas en el art. 687 del CC, el cual engloba a los mismos menores de edad, a los "privados de discernimiento", a los "enfermos mentales", a las "personas con deterioro mental", etcétera.⁴⁴

⁴³ ALVIS INJOQUE, Sharon, "Comentarios al artículo 705 del Código Civil", en *Código Civil Comentado...*, t. IV, cit., pp. 182-183.

⁴⁴ BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, "Comentarios al artículo 808 del Código Civil", en *Código Civil Comentado...*, t. IV, cit., pp. 392-393.

Sobre este particular consideramos que sí existe una contradicción en lo re-frendado en el art. 808 del CC, pues lo que debió ser implementado es la consideración de los arts. 219 y 221 del CC –referentes a nulidad y anulabilidad–, pero solamente sin considerar que la discapacidad mental e intelectual sea una causal para declarar la invalidez del negocio jurídico, como es el testamento.

Por otro lado, mediante el Anteproyecto de 2016 también se intentó modificar el Libro IV, destinado al Derecho de sucesiones. Este Anteproyecto no tuvo entre sus planes el de modificar el art. 687 del CC, el cual versa sobre la incapacidad para otorgar testamentos a los menores de 18 años, a las personas que por cualquier causa “se encuentren privados de discernimiento”, “los retardados mentales”, “los que adolecen de deterioro mental”, los ebrios habituales, los toxicómanos y los que no poseen “lucidez mental” y libertad al otorgar testamento. Nos resulta extraño que una norma que busca adecuar el derecho interno a la CDPD no haya derogado los numerales correspondientes y vulnerantes de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual.

En ese sentido, tampoco se ha declarado ni la modificación ni la derogación del art. 705 del CC, que establecía como impedimento, en el primer numeral, que los incapaces de otorgar testamento no pueden ser testigos. No obstante, se procuró modificar el art. 808 del CC, alusivo a la nulidad y anulabilidad del testamento por incapacidad, con el texto normativo siguiente:

“Es nulo el testamento otorgado por persona que, al momento de testar, incurre en la causal prevista en el artículo 219 numeral 2”.

En correspondencia con este artículo, en la Exposición de Motivos se manifestó que en el CC se regulaba la nulidad y anulabilidad según el Libro II, pero que esta propuesta dispone que el testamento sea nulo cuando sea ejercitado por persona sin capacidad de discernir, como lo son las personas menores de 18 años y personas mayores sin asistencia cuando así corresponda, salvo disposición legal, que es la realización de contratos sobre necesidades ordinarias de la vida.

Pese a lo planteado, consideramos que se debió mantener ese esquema de la nulidad y anulabilidad, pero con una interpretación adecuada de las causales reguladas en el Libro II sobre Negocio jurídico, eliminando solamente la causal que contravenga la CDPD, referente al reconocimiento de la capacidad jurídica y, por ende, la capacidad de testar de las personas con discapacidad mental e intelectual.

Prosiguiendo en nuestro análisis y en consideración a las modificaciones introducidas por el DL 1384 en la materia de sucesiones, es necesario comenzar con la innovación realizada en el art. 687 del CC:

“Artículo 687.- Imposibilitados para otorgar testamento

No pueden otorgar testamento:

1. *Los menores de edad, salvo el caso previsto en el artículo 46.*
2. *Los comprendidos en el artículo 44 numerales 6, 7 y 9.*
3. *Derogado”.*

Si bien en el numeral 2 del art. 687 –previa modificación– se aludía a los denominados “incapaces absolutos” recogidos en el artículo 43 del CC, abarcando a los que “se encuentren privados de discernimiento”, estos han sido suprimidos. A ello debe agregarse también la derogación de lo establecido en el numeral 3 de este artículo, que alude a los que carecían de “lucidez mental” y de la libertad para otorgar testamento. Sumado a ello, se suprimieron los numerales 2 y 3 del art. 44 del CC, antes con las denominaciones “retardados mentales” y “los que adolecen de deterioro mental”, al ser denominaciones no solo obsoletas por no ser atribuibles a las personas con discapacidad mental e intelectual, sino también transgresoras del derecho a la capacidad jurídica.

Como es posible cercionarnos, se ha agregado en el numeral 2 de este nuevo artículo 687 del CC a los que se encuentran en estado de coma, ello por evidentes razones, pues al ser el otorgamiento de testamento un negocio personalísimo e indelegable, en virtud del art. 690 del CC, se encontrará imposibilitada de testar una persona en estado de coma ya que el apoyo no podrá reemplazarla.⁴⁵ Ello vendría a ser cierto, pero debe subrayarse que si bien el otorgar un testamento es un acto personalísimo y ha sido entendido como una facultad indelegable, pues no se puede dejar su formación en todo o en parte al arbitrio de un tercero, al no poderse otorgar mediante representante o tercero, no debe confundirse que un tercero pueda asistir u orientar al testador. Por este motivo, los apoyos sí podrían coadyuvar a que la persona con discapacidad mental o intelectual pueda comprender, interpretar lo que se realizará, porque su función siempre será la de apoyar, mas no la de sustituir en voluntad.⁴⁶

⁴⁵ TANTALEÁN OÐAR, Reynaldo Mario, “El acto jurídico y el derecho sucesorio: sus cambios a partir del Decreto Legislativo No. 1384”, *Actualidad Civil*, No. 52, 2018, p. 40.

⁴⁶ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?”, *Revista de Derecho Privado*, No. 117, 2020, pp. 1269-1270.

Por su parte, el art. 696, numeral 6, referente a las formalidades para otorgar testamento por vía de escritura pública, también fue modificado por este DL 1384: *“6. Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad, puede expresar su asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos en caso lo requiera”*.

El agregado nos resulta sumamente pertinente y acorde con la CDPD, dado que se ha sustituido al “intérprete” por los ajustes razonables y apoyos, en caso de requerirlos, sobre la persona con discapacidad auditiva, de lenguaje, mental e intelectual, ya que, en virtud de estos cambios, todas las personas con discapacidad pueden otorgar testamentos y –dentro de las formalidades– estos pueden manifestar su asentimiento u observaciones sobre el testamento realizado por el notario, utilizando los ajustes razonables empleados o mediante los apoyos designados para su ayuda.

Cabe añadir que, si bien no ha habido un cambio en el art. 705 del CC, referente a los impedidos para ser testigos, estas restricciones ya no resultan aplicables a las personas con discapacidad mental e intelectual, porque desde esta modificación ya no se encuentran impedidos para testar ni para desenvolverse como testigos. Aunado a ello, se ha visto modificado el art. 808 del CC, en el siguiente tenor:

“Artículo 808.- Nulidad y anulabilidad de testamento

Es nulo el testamento otorgado por menores de edad. Es anulable el de las demás personas comprendidas en el artículo 687”

Este nuevo art. 808 del CC resulta ser más conciso sobre las situaciones que conlleven a la nulidad y a la anulabilidad, porque, por un lado, refiere que es nulo el testamento otorgado por menores de edad y, por otro, que será anulable en caso de que personas con capacidad restringida, como lo son los ebrios habituales, los toxicómanos y las personas en estado de coma, hayan decidido testar antes de caer en este estado. Sin embargo, quizá solo en caso de las personas que hayan testado antes de caer en coma debería respetarse su voluntad, pero siempre que, de forma previa, se haya ratificado que lo expresado es su voluntad.

Se ha manifestado que este texto debió incluir entre los impedidos a los pródigos, en tanto que dilapidan sus bienes, pueden conducir la lesión de derechos de legitimarios, pues se les obligaría a impugnar el testamento en defen-

sa de sus derechos.⁴⁷ De este modo, resulta adecuado que ya no se lleguen a invalidar los testamentos realizados por personas con discapacidad mental e intelectual, ya que el reconocer su capacidad jurídica conlleva a que tengan capacidad de testar, lo cual no quiere decir que puedan necesitar del apoyo para el ejercicio de esta intención de testar y ello será llevado a cabo tomando siempre en cuenta su voluntad.

Por último, queremos dejar en claro que la persona con discapacidad mental e intelectual siempre pudo heredar en la regulación primigenia del CC y en su modificación por este DL 1384, tanto como heredero forzoso o legatario. Sin embargo, con la regulación anterior a esta modificación introducida por el DL 1384, la persona con discapacidad mental e intelectual era sustituida por su curador, tanto en la administración de sus bienes como en su persona, pero hoy con el apoyo, no como reemplazo de voluntad, sino como ayudante en la formación o manifestación de esta, es posible que sea la misma persona con discapacidad mental e intelectual la que administre sus bienes y tome sus decisiones en todos los aspectos de su vida.

6. OTROS TEXTOS MODIFICADOS

Para culminar este recuento de las normas, antes y luego de la modificación introducida por el DL 1384, es necesario subrayar que esta reforma muy acentuada en el CC ha ido acompañada, asimismo, de variaciones en otros cuerpos normativos, cabalgadas por la nueva concepción sobre la discapacidad y el reconocimiento de su capacidad jurídica, refrendada en la CDPD.

Estas modificaciones han tenido una gran influencia en el CPC con la finalidad principal de modificar el proceso antes instaurado de interdicción recayente sobre los denominados "incapaces" y, en tanto, sobre las personas con discapacidad mental e intelectual. El primer artículo modificado es el 21, que en su versión original expresaba, en su primer párrafo, que en las materias correspondientes a la patria potestad, tutela y curatela, sean o no asuntos contenciosos, el competente era el juez del lugar donde se encuentre el incapaz.

Actualmente, luego de la modificación, el art. 21 del CPC tiene la directriz de eliminar no solo la terminología utilizada hacia la persona con discapacidad al considerarla como "incapaz", sino también de agregar el proceso

⁴⁷ AGUILAR LLANOS, Benjamín, "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad", *Actualidad Civil*, No. 52, 2018, pp. 27-28.

de designación de apoyos como una materia no contenciosa que debe ser regulada, con el texto siguiente:

“Artículo 21.- Regulación de la capacidad jurídica

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. [...]”.

Antes de hablar de la interdicción, debemos mencionar que el art. 58 del CPC –previa modificación– señalaba que tienen capacidad para comparecer por sí mismos en un proceso solo las personas que pueden disponer de los derechos que en el proceso se harán valer o a los que la ley lo permite. Las otras personas, como las personas con discapacidad mental e intelectual, podrán solo ser parte de un proceso y actuar a través de su representante legal.

La capacidad procesal se encuentra estrechamente vinculada a la capacidad de ejercicio, por tanto, solamente pueden disponer de un derecho los que tienen capacidad de ejercicio, y su ausencia determina la invalidez de la relación procesal mientras no sea subsanada.⁴⁸ De este modo, el artículo del CPC –en concordancia con el CC– no permitía que los incapaces relativos ni absolutos pudieran comparecer al proceso sino a través de su representante legal designado.

Resulta muy oportuno precisar que este art. 58 del CPC no fue derogado ni modificado expresamente, pero sí en su forma de desarrollarse. Ello porque el texto de esta norma no fue variado; sin perjuicio de ello, dado que los arts. 43 y 44 del CC sí vieron una modificación, es que actualmente las personas con discapacidad mental e intelectual pueden comparecer por sí mismas en un proceso, salvo que hayan designado apoyos para tal función o, en caso excepcional, que la persona con discapacidad no pueda expresar su voluntad debido a una discapacidad severa, con lo cual el apoyo será designado judicialmente y con facultad de representación.

Por otro lado, el DL 1384 ha modificado los numerales 2 y 3 del artículo 61 del CPC referente al curador procesal, el cual es un abogado designado por el juez a pedido de parte y que podrá intervenir ahora, entre otras situaciones:

⁴⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, p. 66.

“... 2. Cuando no se pueda establecer o se suspenda la relación procesal por restricción de la capacidad de ejercicio de la parte o de su representante legal; 3. Cuando exista falta, ausencia o impedimento del representante de la persona con capacidad de ejercicio restringida, según lo dispuesto por el artículo 66; o [...]”.

De este modo, debe resaltarse que a diferencia de la regulación anterior del art. 61 del CPC, donde solamente se hablaba de “incapacidad”, haciendo alusión a la posible designación judicial de curador procesal a los antes mal denominados “incapaces relativos y absolutos”, hoy solo se refiere a los menores de 16 años (incapaces absolutos) y a las personas con capacidad restringida, sin considerar entre ellos a las personas con discapacidad. Por lo tanto, el curador procesal no debería ser aplicable a una persona con discapacidad mental e intelectual, pues poseen capacidad jurídica.

El art. 207 del CPC también fue modificado en el tenor de que ahora quien se encuentre en estado de coma y siempre que no haya designado un apoyo con anterioridad, no podrá ser convocado a la audiencia. Sin embargo, consideramos que esta modificación no es del todo apropiada, porque no sería conveniente que a una audiencia se presenten personas con capacidad de ejercicio restringida, como lo son los ebrios habituales y los toxicómanos (numerales 6 y 7 del art. 44 del CC), y no solo los que se encuentren en estado de coma. Por ello, creemos que solo se debió eliminar los supuestos de personas con discapacidad ya aquellos donde no haya una alteración de conducta.

Por su parte, el DL 1384 ha adicionado al numeral 1 del art. 408 del CPC una materia para ser elevada a consulta,⁴⁹ referente a la designación de la figura del apoyo. Antes de la modificación, solo se podía elevar consulta contra las resoluciones de primera instancia que no fueran apeladas, tales como: “1. La que declara la interdicción y el nombramiento de tutor o curador; 2. La decisión final recaída en proceso donde la parte perdedora estuvo representada por un curador procesal, 3. Aquella en la que el Juez prefiere la norma constitucional a una legal ordinaria; y, 4. Las demás que la ley señala [...]”. Esta modificación resulta evidente pues antes de la promulgación del DL 1384, la figura del apoyo no

⁴⁹ Consulta entedida como procedimiento obligatorio por el que que debe transitar un proceso, a fin de llegar a su conclusión, solo en los casos expresamente establecidos por ley. Este es aplicable tanto para autos y sentencias, en casos donde se requiere una revisión de cualquiera de estas resoluciones y siempre que no produzcan agravio. Vid. IBARRA DELGADO, David, “Comentarios al artículo 408 del Código Procesal Civil, en Renzo Cavani (coord.), *Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas*, t. III, pp. 424-425.

existía ni en el CC ni en el CPC; en vista de ello, hoy en día puede elevarse a consulta esta designación, a fin de que se revise la resolución solicitada.

Otro tema fundamental en este CPC son los medios de defensas como las reguladas en el art. 446 del CPC, referente a las excepciones, a través de las cuales se denuncia un defecto en la conformación de la relación jurídica procesal. En la regulación previa a la modificación se planteaban las excepciones siguientes: “1. *Incompetencia*; 2. *Incapacidad del demandante o de su representante*; 3. *Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado*; 4. *Oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda*; 5. *Falta de agotamiento de la vía administrativa*; 6. *Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado*; 7. *Litispendencia*; 8. *Cosa Juzgada*; 9. *Desistimiento de la pretensión*; 10. *Conclusión del proceso por conciliación o transacción*; 11. *Caducidad*; 12. *Prescripción extintiva* y 13. *Convenio arbitral*”.

Ante ello, el DL 1384 ha modificado el numeral 2 e introducido un numeral 14 en el art. 446 del CPC, al siguiente tenor:

“Artículo 446.- Excepciones proponibles

El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:

[...]

2.- Falta de capacidad de ejercicio del demandante o de su representante, de acuerdo al artículo 43 del Código Civil.

[...]

14.- Falta de representación legal o de apoyo por capacidad de ejercicio restringida del demandante o de su representante, de acuerdo al artículo 44 del Código Civil”.

Este texto resulta ser más preciso en cuanto a los alcances de las excepciones permitidas, por ello es que –por el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su eliminación a situarse dentro de los supuestos de incapacidad– se ha detallado que ahora deben plantearse las excepciones tomando en consideración los matices insertados en los arts. 43 y 44 del CC. Por esta razón, el nuevo numeral 2 del artículo 446 se refiere a los menores de 16 años y el numeral 14 aumentado se refiere a todos los supuestos de personas con capacidad de ejercicio restringida.

Prosiguiendo con los temas abordados, respecto de la interdicción, el CPC en su art. 581 dispuso:

“La demanda de interdicción procede en los casos previstos por los incisos 2 y 3 del Artículo 43 y 2 al 7 del Artículo 44 del Código Civil.

“La demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como con aquellas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieran hecho”.

El proceso de interdicción, al que suele llamarse también de inhabilitación o de incapacitación, en legislaciones comparadas, es uno contencioso que se tramita en vía sumarísima y en el que se ventila la incapacidad absoluta o relativa sobre la que se firma que adolece un sujeto; este último puede ser uno mayor de edad, pero sujeto al régimen de incapacidad, o uno mayor de 16 años de edad, pero que no haya adquirido la capacidad por matrimonio o título. Por medio de este proceso se buscaba que se declare judicialmente el estado de “incapacidad” y que se adopten ciertas medidas pertinentes que tiendan a proteger a la persona y sus bienes.⁵⁰

De este modo, la interdicción debe ser entendida, a simples rasgos, como una búsqueda de declaración de incapacidad respecto de otra persona, que se realiza a través del planteamiento de una demanda cuestionando su “capacidad”. Solo después de la declaración de incapacidad es que se puede nombrar a su curador, salvo para los que sufren pena que lleva anexa su interdicción civil.

Para ello se requiere, según el art. 582, numeral 2, del CPC, previa a su modificación, de algunos documentos que deben acompañar a la demanda que busque el reconocimiento de la incapacidad; de este modo es que en el caso de las personas que tengan alguna discapacidad mental e intelectual, el CPC exigía que se anexe a la demanda un certificado médico sobre el estado de la persona de la cual se pide su interdicción. Otro punto que es abordado en el CPC es el referente a quiénes pueden demandar excepcionalmente o mejor dicho a quiénes, en la situación concreta planteada, se les da la legitimidad para solicitar la interdicción. Si bien ya habíamos mencionado al comentar lo expuesto en el CC que son los familiares, por regla general, los que pueden pedir la interdicción, el CPC en su art. 583 plantea un caso especial en que, si un “incapaz” constituye un peligro para la tranquilidad pública, la demanda

⁵⁰ HINOSTROZA MINGUEZ, Luis, “Comentario al artículo 581 del Código Procesal Civil”, en *Comentarios al Código Procesal Civil*, p. 140.

puede presentarla el Ministerio Público o cualquier otra persona y no necesariamente su cónyuge o familiar.

Por último, ¿se podía solicitar el cese de la incapacidad declarada y, por tanto, de la curatela? El artículo que se refería, en estos términos, a esta situación es el 584 del CPC, pues nos señala que a través de la declaración de rehabilitación pedida por el “interdicto”, su curador o cualquier persona con interés y legitimidad es el que cesaría la interdicción y, a raíz de esto, ya no tendría más curador. Este término de “rehabilitar” es otro claro ejemplo de que se tenía la percepción de que las personas con discapacidad están enfermas y que para que puedan ser incluidas en la sociedad primero habría que “rehabilitarlas”. Además, son los jueces los que levantan la interdicción, si es que se comprueba que el motivo que lo generó ha desaparecido; sin embargo, esto resulta ser arduo en la práctica si es que el declarado interdicto desea cuestionar, pues es una evaluación estrictamente médica.

Ahora bien, estos artículos de interdicción y siguientes del CPC también fueron modificados por el DL 1384. En vista de ello, el actual art. 581 del CPC detalla: *“Procedencia La demanda de interdicción procede en los casos previstos en el artículo 44 numerales del 4 al 7 del Código Civil. La demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como con aquellas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieran hecho”*. Debe recalcarse que el nuevo art. 583 ha expresado que en caso de que las personas con capacidad de ejercicio restringida situadas dentro de los numerales del 4 al 7 del CC constituyan un grave peligro para la tranquilidad pública, pueden ser demandados por el Ministerio Público o por cualquier persona.

Sobre esta nueva regulación de la interdicción en el CPC se debe primero enfatizar que ahora solo puede solicitarse respecto de los pródigos, malos gestores, ebrios habituales y toxicómanos; además, que solo en los casos de ebrios habituales y toxicómanos se solicita, de acuerdo con el art. 582 del CPC, una documentación médica, a fin de corroborar su incapacidad, es decir, ya no es aplicable para las personas con discapacidad mental e intelectual.

Por otro lado, en virtud de texto actual del art. 583 del CPC, las personas con discapacidad ya no son consideradas un grave peligro para la tranquilidad pública, esto es así solo en casos de pródigos, malos gestores, ebrios habituales y toxicómanos. A su vez, si bien el texto del art. 584 del CPC no fue modificado, este sí debe ser entendido conforme con la nueva regulación, por ende, ya

no es posible referirnos a una rehabilitación de las personas con discapacidad mental e intelectual al no estar enfermas.

Por último, en lo referente a las modificaciones instauradas en el CPC, se incorporó al art. 119-A, la implementación de ajustes razonables en el proceso, a fin de que cada acto que deba realizar las personas con discapacidad mental e intelectual en el proceso pueda verse accesible, pues recordemos que la discapacidad se ocasiona al interactuar una deficiencia con barreras estructurales, legales, actitudinales, etc. Más relevante aún consideramos que resulta la incorporación del trámite correspondiente a la designación de los apoyos y salvaguardias:

“Artículo 841.- Trámite

Las solicitudes de apoyos y salvaguardias se tramitan ante el juez competente o notario.

Artículo 842.- Solicitudes de apoyos y salvaguardias

Las solicitudes de apoyos y salvaguardias se inician por petición de la propia persona según el artículo 659-A del Código Civil.

Artículo 843.- Solicitud por cualquier persona

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”.

De estos artículos puede concluirse que primero la solicitud de apoyo y salvaguardias se establecen vía notarial o mediante proceso judicial, pero a solicitud de la propia persona con discapacidad o de persona que desee designarlos antes de caer en estado de coma, lo cual es la regla general. En los casos en que la persona con discapacidad mental e intelectual no pueda siquiera expresar su voluntad al tener discapacidad grave o en caso de personas en estado de coma que no hayan designado antes apoyo alguno, el juez, a solicitud de cualquier persona y en virtud del art. 843 del CPC, designará a los apoyos y salvaguardias de forma excepcional.

Es dable acotar que las solicitudes de apoyos y salvaguardias deben contener, en correspondencia con el art. 846 del CPC, las indicaciones sobre en quién o en quiénes recaerán las funciones que deberán otorgarse y el tiempo. Con todo ello, como expresa el art. 847 del CPC, el juez, mediante resolución

final, abarcará todo lo solicitado respecto a las funciones, tiempo y personas que serán denominadas como apoyos y las salvaguardias en caso de que sean necesarias.

Dejando de lado al CPC, este DL 1384 también ha modificado –de forma más concisa– el Decreto Legislativo No. 1049 o Decreto Legislativo del Notariado (en adelante DL 1049) en los términos siguientes:

“Artículo 54.- Contenido de la Introducción

La introducción expresa:

[...]

g) La indicación de intervenir de una persona, llevada por el otorgante, en el caso de que éste sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar, sin perjuicio de que imprima su huella digital. A esta persona no le alcanza el impedimento de parentesco que señala esta Ley para el caso de intervención de testigos. [...]

i) La indicación de intervenir de apoyos, a las personas que sean apoyos no les alcanza el impedimento de parentesco que señala esta Ley para el caso de intervención de testigos.

j) La indicación de los ajustes razonables y salvaguardias requeridas por una persona con discapacidad.

k) La indicación de extenderse el instrumento con minuta o sin ella”

Además, se incorpora el artículo siguiente:

“Artículo 16.- Obligaciones del Notario

[...]

q) Brindar las medidas de accesibilidad necesarias, los ajustes razonables y salvaguardias que la persona requiera.

[...]”

Estas modificaciones no requieren mayor comentario, salvo que al ser la introducción la primera parte de la escritura pública es posible que ahora intervengan los apoyos y estos pueden ser parientes de la persona con discapacidad, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los testigos, que no pueden ser

cónyuge, ascendiente, descendiente ni hermanos. Además, debemos destacar que lo que se busca con esta modificación e incorporación es que el DL 1049 se adecue a lo defendido por la CDPD, en cuanto al reconocimiento de la capacidad jurídica y la regulación de los apoyos y salvaguardias para el ejercicio y la garantía de sus derechos.

Por tal motivo, ahora la persona con discapacidad mental e intelectual y quienes deseen designar apoyo antes de caer en coma pueden hacerlo de forma notarial y no ir a la vía judicial. Con todo ello, el notario tiene la obligación de permitir y designar a los apoyos y salvaguardias, sumado a la obligación de emplear ajustes razonables- de forma previa- para que las personas con discapacidad puedan desenvolverse en igualdad de condiciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR LLANOS, Benjamín, "La capacidad jurídica de las personas con discapacidad", *Actualidad Civil*, No. 52, Instituto Pacífico, Lima, 2018.
- AGUILAR LLANOS, Benjamín, *Tratado de Derecho de Familia*, Grupo Editorial Lex & Iuris, Lima, 2016.
- ALVIS INJOQUE, Sharon, "Comentarios al artículo 705 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en diversas material del Derecho Civil*, t. IV, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- BALAREZO REYES, Emilio José, "La nueva redimensión de la capacidad jurídica con motivo del Decreto Legislativo No. 1384", *Actualidad Civil*, No. 52, Instituto Pacífico, Lima, 2018.
- BARRANCO, P., et al., "Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad", *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, V.
- BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto y Héctor Augusto CAMPOS GARCÍA, "Breves Apuntes sobre los Presupuestos y Elementos del Negocio Jurídico", *Revista de la Asociación Civil Derecho & Sociedad*, No. 32, 2009.
- BREGAGLIO, Renata y Renato CONSTANTINO, "Un modelo para armar: la regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384", *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 4 (1), 2020.
- BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, "Comentarios al artículo 808 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en diversas materias del Derecho Civil*, t. IV, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

- CAMPOS GARCÍA, Héctor Augusto, "Apuntes sobre la capacidad jurídica y la validez de los negocios jurídicos en el Código Civil peruano", *Actualidad Civil*, No. 2, 2018.
- CÁRDENAS KRENZ, Ronald y Alessandra DELLA ROSA LECIÑANA, "Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil en materia de capacidad", *Gaceta Civil & Procesal Civil*, No. 65, 2018.
- CASTILLO FREYRE, Mario y Jhoel CHIPANA CATALÁN, "Comentarios al artículo 696", en *El Código Civil a través de sus modificaciones: Un análisis exhaustivo para su correcta interpretación*, Gaceta Jurídica, Lima, 2016.
- CASTILLO FREYRE, Mario y Jhoel CHIPANA CATALÁN, "La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad", *Gaceta Civil & Procesal Civil*, No. 65, 2018.
- DE SALAS MURILLO, Sofía, "Significado jurídico de 'apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica' de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, No. 5, 2018.
- ESCOBAR ROSA, Freddy, "Comentarios al artículo 219 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias de Derecho Civil*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Comentarios al artículo 42 del CC", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Comentarios al artículo 43 del CC", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan, "Comentarios al artículo 44 del CC", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, "La capacidad de goce: ¿es posible su restricción legal?", *Cátedra, Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*, Año III, No. 5, Palestra Editores, Lima, 1999.
- GODENZI MONTAÑEZ, Silvia, "Comentarios al artículo 582 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. III, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- HINOSTROZA MINGUEZ, Luis, "Comentario al artículo 581 del Código Procesal Civil", en *Comentarios al Código Procesal Civil*, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2006.
- IBARRA DELGADO, David, "Comentarios al artículo 408 del Código Procesal Civil", en Renzo Cavani (coord.), *Código Procesal Civil Comentado por los mejores especialistas*, t. III, Gaceta Jurídica, Lima, 2016.
- LIEBMAN, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, trad. Santiago Sentis Melendo, EJEA, Buenos Aires, 1980.

- LOBMANN LUCA DE TENA, Guillermo, "Comentarios al artículo 687 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en diversas materias del Derecho Civil*, t. IV, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara, "Comentarios al artículo 241 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort, "Comentarios al artículo 219 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan más de 200 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2020.
- NINAMANCCO CÓRDOVA, Fort, "Comentarios al artículo 221 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan más de 200 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2020.
- PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Grupo editorial CINCA, Madrid, 2008.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?", *Revista de Derecho Privado*, No. 117, 2020.
- PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex, "Comentarios al artículo 274 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
- SANTILLÁN SANTA CRUZ, Romina, "Comentarios al artículo 45-B del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan más de 200 especialistas en las diversas materias del Derecho Civil*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2020.
- TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario, "El acto jurídico y el derecho sucesorio: sus cambios a partir del Decreto Legislativo No. 1384", *Actualidad Civil*, No. 52, Instituto Pacífico, Lima, 2018.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique y Marco Andrei TORRES MALDONADO, "El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código Civil peruano", *Acta Bioethica* 2019, 25 (2).
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Tratado de Derecho de las Personas*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
- VELARDE, Valentina, "Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico", *Empresa y Humanismo*, vol. XV, No. 1, 2012, disponible en <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/29153/1/REYH%2015-1-12Velarde%20Lizama.pdf>
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando, "Comentarios al artículo 140 del Código Civil", en *Código Civil Comentado: comentan los 209 especialistas en las diversas ramas del Derecho Civil*, t. I, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.

Recibido: 12/3/2021
Aprobado: 22/5/2021