

CAPACIDAD Y MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD EN LOS ACTOS JURÍDICOS CELEBRADOS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD: ANÁLISIS A PROPÓSITO DE LA REFORMA PERUANA¹

CAPACITY AND EXPRESSION OF WILL IN LEGAL ACTS HELD BY PERSONS WITH DISABILITIES: ANALYSIS OF THE PERUVIAN REFORM

Sandra Manrique Urteaga²

Resumen

El presente artículo analiza el contexto de celebración de actos jurídicos por las personas con discapacidad, partiendo para ello de la descripción del estado de las cosas antes de la reforma, en las que se exigía para celebrar actos jurídicos, la intervención del denominado “agente capaz”, categoría esbozada en base a la dicotomía de personas capaces -aquellas habilitadas para celebrar válidamente un acto jurídico- y de otro lado personas incapaces -aquellas a quienes se les vedaba la posibilidad de celebrarlos directamente, pudiendo hacerlo solo a través de un representante, quien sustituía su voluntad. Se explica a continuación, que es a partir de los postulados de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad y en el ámbito peruano, de las modificatorias introducidas por

1 Artículo recibido el 06 de junio de 2023 y aceptado el 08 de noviembre de 2023.

2 Doctora en Ciencias mención Derecho por la U. Nacional de Cajamarca. Máster en Familia e Infancia por la U. de Barcelona. Profesora y directora de la Escuela Académico profesional de Derecho de la U. Nacional de Cajamarca, Perú. ORCID: 0000-0001-8983-2978. Dirección postal: Av. Atahualpa Km. 3, Cajamarca, Perú. Correo electrónico: smanrique@unc.edu.pe.

el Decreto Legislativo 1384 y su Reglamento³, que todas las personas mayores de dieciocho años independientemente de su discapacidad están aptas para celebrar actos jurídicos directamente o con la asistencia de apoyos. Así, el reconocimiento de capacidad jurídica posibilita la celebración de actos jurídicos, sin embargo, tal facultad de intervención solo constituye el punto de partida, pues, como consecuencia de ello, la discusión escala al análisis de la manifestación de voluntad como requisito para la celebración de dichos actos jurídicos, quedando claro que reconocida la capacidad jurídica a las personas con discapacidad, ahora corresponde evaluar si para la formación y expresión de su voluntad, la actual regulación normativa y la doctrina es adecuada, suficiente y pertinente en atención a las particularidades generadas por la intervención en los actos jurídicos de la persona con discapacidad y los apoyos, o por el contrario hay que reestructurarlas y/o complementarlas.

Palabras claves

Personas con discapacidad, capacidad jurídica, apoyos, manifestación de voluntad.

Abstract

This article analyzes the context of the execution of legal acts by people with disabilities, starting from the description of the state of affairs before the reform, in which the intervention of the so-called “capable agent” was required to conclude legal acts, a category outlined based on the dichotomy of capable persons -those authorized to validly conclude a legal act- and on the other hand incapable persons -those who were prohibited the possibility of to celebrate them directly, being able to do so only through a representative, who substituted his will. It is explained below that it is based on the postulates of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and, in the Peruvian context, of the modifications introduced by Legislative Decree 1384 and its Regulations, that all persons over eighteen years of age, regardless of their disability, are entitled to enter into legal acts of law directly or with the assistance of supports. Thus, the recognition

3 D. S. N° 016-2019, de 2019.

of legal capacity makes it possible to conclude legal acts, however, such power of intervention only constitutes the starting point, since, as a consequence, the discussion escalates to the analysis of the expression of will as a requirement for the conclusion of such legal acts, making it clear that recognizing the legal capacity of persons with disabilities, now it is time to assess whether for the in order to form and express their will, the current normative regulation and doctrine is adequate, sufficient and pertinent in view of the particularities generated by the intervention in the legal acts of the person with disabilities and the supports, or on the contrary they must be restructured and/or complemented.

Keywords

People with disabilities, legal capacity, support, expression of will.

1. INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad constituye uno de los mayores logros en materia de derechos humanos que se ha alcanzado en los últimos tiempos, en sintonía con los principios de igualdad y no discriminación y el derecho a una vida independiente.

La Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las personas con discapacidad ha reconocido capacidad jurídica a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones; situación que tiene un marcado impacto en la autorregulación de su propia esfera jurídica, pues, a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma, ahora pueden vincularse jurídicamente interviniendo directamente en la celebración de actos jurídicos, algunos de los cuales, por decisión voluntaria o determinación judicial se deberán configurar con la asistencia de apoyos.

La facultad otorgada a las personas con discapacidad para la celebración de actos jurídicos, constituye el punto de partida; sin embargo, ello no se agota allí, pues corresponde evaluar la manera en la que las personas con

discapacidad pueden formar y manifestar su voluntad, cuando la construcción normativa y doctrinaria tradicional ha sido realizada en base a las denominadas personas “capaces”, y en consecuencia los vicios que pudiesen presentarse a nivel de formación o declaración de voluntad y las consecuentes causales de invalidez, también se han elaborado en atención al agente capaz.

Así, este artículo muestra la construcción normativa y doctrinaria de la manifestación de voluntad configurada para personas sin discapacidad y plantea la necesidad de que la manifestación de voluntad para el caso de las personas con discapacidad deba ser reestructurada y complementada atendiendo por ejemplo al tipo de discapacidad y a la intervención de los apoyos en la celebración de actos jurídicos; asimismo, propone incorporar algunas causales de invalidez estrictamente aplicables a los actos jurídicos celebrados por una persona con discapacidad.

Habiendo transcurrido más de cuatro años de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1384, se analiza en el ámbito fáctico, una resolución relacionada directamente con la manifestación de voluntad para la celebración de actos jurídicos específicos por una persona con discapacidad que cuenta con la asistencia de apoyos, de la que se puede advertir el establecimiento de consecuencias jurídicas distintas respecto a la invalidez de los actos jurídicos en atención a la intervención del apoyo en el proceso de conformación y declaración de la voluntad.

2. BREVES NOTAS REFERIDAS A LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) elaborada en New York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Perú el 30 de enero de 2008 y cuya vigencia data del 3 de mayo de 2008, se constituye en el primer instrumento internacional de derechos humanos que establece el reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad.

La Convención replantea la tradicional idea de que la capacidad de la persona esté en correspondencia a circunstancias de “normalidad” basadas en no sufrir de anomalías físicas, sensoriales, intelectuales o psíquicas; entendiendo, desde una visión amplia e incluyente, la consagración de su autonomía, esto es, que toda persona, con independencia de su discapacidad, puede decidir respecto a los actos de su vida civil, claro, reconociendo expresamente la necesidad de la implementación de apoyos en aquellas situaciones necesarias para la efectivización de sus derechos y su participación plena en diversos ámbitos como el familiar, social, educativo, empresarial, laboral, etc. Así, este cambio revolucionario radica en dotar de capacidad de ejercicio a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás personas y no excluirlas de la posibilidad de ser propietarias, heredar y contratar.⁴

Se fundamenta en el respeto por la dignidad, la igualdad y la libertad personal, y propicia la inclusión social y la autonomía de la persona con discapacidad para decidir en igualdad de oportunidades que los demás y poder efectivizar sus planes de vida.

Para comprender el estándar de capacidad jurídica recogido por la Convención, es elemental ocuparnos del abordaje que históricamente se ha dado a la discapacidad, desarrollando para tal efecto los tres modelos o paradigmas: el de prescindencia, el rehabilitador y el social.

El modelo de prescindencia, explica el origen de la discapacidad en motivos de carácter religioso, que encierran mensajes diabólicos y son producto de la ira de los dioses, calificándose a las personas que la padecían como innecesarias para la sociedad, siendo justificado prescindir de ellas; bajo la postura extrema de este modelo, las prácticas eugenésicas como el infanticidio en función a la diversidad funcional y a considerarlos una carga para los padres y la sociedad estaban justificadas. En una versión menos radical se parte de la marginación y exclusión, considerando a las personas con discapacidad como objeto de compasión. Para el modelo médico

4 CONSTANTINO y BREGAGLIO (2022), p.156.

rehabilitador, las causas que originan la discapacidad se encuentran en la propia persona, son de carácter médico, existe cierto déficit en ella producto de enfermedad, un accidente o alguna condición de salud; a diferencia del modelo anterior que prescindía y marginaba, este modelo busca recuperar o “normalizar” a la persona con discapacidad a partir de un tratamiento médico individualizado que le permita asimilarla a una persona sin discapacidad. La crítica a este modelo es que el pasaporte de la integración pasa a ser el ocultamiento de la diferencia, considerando a la persona con discapacidad desviada de un supuesto estándar de normalidad⁵.

El modelo social, plantea que la discapacidad se origina en las deficiencias de la sociedad traducidas en barreras discapacitantes y no en la deficiencia de la persona con discapacidad; así, las causas que la originan son eminentemente sociales, ello implica que las personas con discapacidad están en la aptitud de aportar a la comunidad en igual medida que el resto de personas sin discapacidad; pero valorando y respetando su condición de personas diferentes, al respecto, Palacios precisa:

Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos y así aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social y estándares sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, participación, entre otros. El modelo parte de la premisa que la discapacidad es una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a la persona con discapacidad. Asimismo apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto a su propia vida y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera discapacitante a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades⁶.

5 PALACIOS (2015), pp. 9 y ss.

6 PALACIOS (2008), pp. 27 y ss.

El modelo social se encuentra recogido en la CDPD, Alemany⁷ señala al respecto:

La Convención parte de un concepto de discapacidad que tiene tres características: 1) el “modelo social”, de modo que la discapacidad es un “concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y el entorno” (Preámbulo, apartado “e”).

Bregaglio y Constantino⁸ precisan que la discapacidad, para el modelo social, no es una cuestión estática intrínseca a la persona, sino una construcción social dinámica que se origina en la interacción que se produce entre las deficiencias de la persona y las barreras que impone la sociedad, se distingue la deficiencia (lo biológico) de discapacidad (lo social), trasladándose al Estado y la sociedad, la responsabilidad de la inclusión de las personas con discapacidad mental.

Como se observa, los aspectos más resaltantes del modelo social son: el reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad, su inclusión plena a la sociedad respetando y valorando las diferencias, la necesidad de que el Estado y la sociedad remuevan las barreras discapacitantes y la igualdad jurídica y no discriminación en el ejercicio de sus derechos.

El artículo 1 de la Convención⁹, recoge de manera muy ilustrativa los postulados del modelo social de discapacidad adoptado, así precisa:

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

7 ALEMANY (2018), p. 204.

8 BREGAGLIO y CONSTANTINO (2019), p. 34.

9 ONU, Asamblea General. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), artículo 1.

La CDPD reconoce principios como la autonomía individual, expresada en la libertad para tomar las propias decisiones, la independencia, la no discriminación, la participación e inclusión en la sociedad y la igualdad de oportunidades, como esenciales para consolidar una perspectiva de derechos humanos frente a las personas con discapacidad.

Asimismo, establece en su artículo 12¹⁰ que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto, en todos los aspectos de la vida; las considera como sujetos de derecho y no como objetos de protección, independientemente del tipo de discapacidad que las afecte.

Se produce así, un cambio de paradigma, pasando de un modelo de sustitución de la voluntad (propio de la interdicción) a un modelo de apoyos en la toma de decisiones para el ejercicio de la capacidad jurídica.

Para Bariffi¹¹ el modelo que propugna el artículo 12 de la CDPD:

10 “Igual reconocimiento como persona ante la ley. 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. 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. 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, 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. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

11 BARIFFI (2016), pp. 41 y ss.

(...) se conforma por la integración armónica de tres elementos (Capacidad + Apoyos + Salvaguardias). En primer lugar, el reconocimiento pleno y efectivo de la capacidad de obrar respecto de todas las personas con discapacidad. En segundo lugar, el deber del Estado de reconocer y proporcionar los apoyos necesarios para el ejercicio de dicha capacidad jurídica, cuando ello fuera necesario. Por último, el deber por parte del Estado de procurar las salvaguardias con que debe contar un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica.

El establecimiento de apoyos resulta un elemento fundamental para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Para Bustamante e Isaza¹² esta nueva concepción de la capacidad jurídica tiene un gran impacto respecto a la participación y relacionamiento de las personas con discapacidad en los diversos ámbitos de su vida, pues, tradicionalmente, la sustitución de la voluntad era la respuesta jurídica para asegurar la validez de sus actos, que solo podrían celebrarse válidamente mediante la intervención de un tercero designado para decidir en nombre de ella; aún, cuando ello se justificaba en su protección, lo cierto es que la voluntad y derechos de la persona con discapacidad no se tenían en cuenta para las decisiones sobre su vida.

El radical cambio de concepción involucra comprender que la discapacidad no puede ser una razón para restringirles su poder de actuación y realización de actos relacionados con su propia esfera jurídica, por lo que está proscrita toda situación que implique su exclusión y la posibilidad de que sea un representante quien ejerza sus derechos.

Lo afirmado se sustenta específicamente en lo descrito en el referido artículo 12, inciso segundo, pues conforme lo precisan Bregaglio y Constantino¹³ “la norma es clara al plantear que la discapacidad deja de ser un motivo

12 BUSTAMANTE e ISAZA (2019), pp. 4-13.

13 BREGAGLIO y CONSTANTINO (2023), p. 18.

para excluir a la persona de la posibilidad de tomar decisiones jurídicamente vinculantes, sin embargo no lo es respecto a si otras condiciones, que pueden estar estrechamente vinculadas a la discapacidad, podrían ser una razón válida para dicha restricción”. Se deduce así, toda imposibilidad de exclusión de las personas con discapacidad en la toma de decisiones, sin embargo, conforme lo precisan los autores citados, la norma no aclara si podrían generarse otras restricciones derivadas por ejemplo del tipo de diagnóstico de discapacidad, de si la decisión pasa el filtro de razonabilidad en un contexto determinado o de la comprensión o no por parte de la persona con discapacidad de las implicancias del acto jurídico a celebrar; debiéndose tener en cuenta que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Observación General N° 01 identifica los criterios antes precisados, como razones que se usan para la limitación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, precisando que cualquier restricción resulta discriminatoria y vulnera el artículo 12 de la CDPD.

3. LA CAPACIDAD JURÍDICA EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984 Y EL DECRETO LEGISLATIVO 1384

3.1. La capacidad jurídica en el Código Civil de 1984

Hablar de capacidad es referirnos a un atributo fundamental de la personalidad, para Torres “Es la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones y para realizar actos con eficacia jurídica”¹⁴. Se distinguen, la capacidad de goce, denominada también capacidad de derecho o jurídica, considerada como la aptitud para ser titular de derechos y deberes; titularidad que es actual, aunque su efectividad no necesariamente lo sea así; caracterizándose por ser genérica y no admitir limitaciones.

De otro lado, la capacidad de ejercicio, llamada también capacidad de obrar se refiere a la posibilidad de ejercer por uno mismo los derechos y deberes. Esta capacidad ha admitido restricciones por razones de edad, salud

14 TORRES (2007), p. 163.

física o mental. La regulación de la capacidad de ejercicio la encontramos en el artículo 3 del Código Civil y la capacidad de ejercicio en los artículos 42 y siguientes.

Así, el Código Civil estipuló restricciones a la capacidad de obrar, además de las relacionadas con la edad, aquellas ligadas a razones de salud, calificando a las personas con discapacidad mental como incapaces relativos¹⁵ o absolutamente incapaces¹⁶, según los supuestos de hecho diseñados en la previsión normativa.

Mejía¹⁷ refiriéndose al Código Civil de 1984, -entiéndase antes de la modificatoria introducida por el Dec. Leg. 1384-, precisa que la capacidad se regía bajo el binomio capacidad versus incapacidad, manteniéndose vigentes las instituciones de la interdicción y la curatela; así el régimen legal para las personas mayores con alguna discapacidad seguía el modelo médico rehabilitador, de modo tal que una vez declarada la interdicción, la persona era sustituida por un curador, quien actuaba por ella; bastando para acreditar la incapacidad, el certificado médico, el cual se constituía en la prueba suficiente para que el Juez declare a la persona incapaz interdicta y designe un curador elegido según un orden de prelación familiar determinado por el Código.

En la tradicional regulación de la capacidad, las denominadas personas incapaces, necesitaban de un representante legal (curador) para el ejercicio de sus derechos, el cual era designado mediante el denominado proceso no contencioso de interdicción promovido a solicitud de los familiares o

15 Art. 44, incs. 2 y 3 C.C.: Son relativamente incapaces los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

16 Art. 43, inc. 2 C.C.: Son absolutamente incapaces los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

17 MEJÍA (2019), pp. 62-97.

terceros interesados, cuya principal función era decidir, por tanto, sustituir de manera permanente la voluntad de la persona con discapacidad en todos los actos de su vida civil.

3.2. El Decreto Legislativo 1384 y la reconstruida noción de capacidad jurídica

El artículo 12 de la CDPD obliga a los Estados Parte a tomar una serie de medidas para el reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad, que para el caso peruano se materializó con la dación del Decreto Legislativo 1384, que modifica el Código Civil, el Código Procesal Civil y la ley del Notariado.

En ese sentido, para abordar el término de capacidad jurídica recogido actualmente en el Código Civil, es pertinente precisar de manera previa, cómo se concibe el mismo en la Convención, a partir del desarrollo realizado en la Observación General N° 01 (2014), en la cual se precisa:

Contenido normativo del artículo 12 párrafo 2. La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. Es un derecho inherente reconocido a todas las personas incluidas las personas con discapacidad. La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y de legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano.

Podemos notar que la capacidad jurídica engloba claramente estas dos aristas: la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones y la facultad para ejercer esos derechos y obligaciones; es decir, la categoría recoge las dos dimensiones: titularidad y ejercicio.

Como consecuencia de ello, en el derecho peruano, actualmente se utiliza el término de capacidad jurídica para comprender tanto a la capacidad de goce como a la capacidad de ejercicio, esto se desprende de lo regulado por el artículo 3 del Código Civil que señala:

“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 su vida”.

Asimismo, el modificado artículo 42 del C.C. precisa que: “Toda persona mayor de 18 años tiene plena capacidad de ejercicio, ello incluye a 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”.

Comparando el texto modificado con el texto anterior del artículo 42 del C.C. que establecía que “Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años, salvo lo dispuesto en los artículos 42 y 43”, podemos advertir que actualmente la capacidad de ejercicio no puede ser restringida por razones de discapacidad; esto significa reconocer capacidad de ejercicio a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones y permitirles de inicio su inserción y participación autónoma e independiente en la vida de relacionamiento jurídico en sociedad, sin discriminarlos por la discapacidad que tuviesen, sino más bien incluirlos para que así, por ejemplo, puedan celebrar actos jurídicos por sí solos, sin la necesidad de un representante legal; dotándoseles de los ajustes razonables para ello; y solo cuando haya necesidad, ya sea de manera voluntaria o judicial, contar con un apoyo que les asista en la toma de sus propias decisiones respetando siempre su voluntad y preferencias. El apoyo puede ser en la comunicación, comprensión de los actos jurídicos y consecuencias de estos y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien lo requiere.

Así, las cosas, los supuestos de restricción de la capacidad de ejercicio contemplados en el artículo 43 del Código Civil, denominados aún como “incapacidad absoluta”, se ven reducidos en comparación al texto original del artículo; pues, actualmente solo consideran que “son absolutamente incapaces: 1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley”. Actos determinados por ley, que se encuentran recogidos en los artículos 42, 455 y 457 del C.C.¹⁸.

Los supuestos de capacidad restringida de ejercicio contemplados en el artículo 44 del C.C., también han variado, y actualmente están referidos a: Los mayores de 16 y menores de 18 años de edad, a quienes se les reconoce capacidad jurídica para: Casarse (Arts. 241-244 C.C.), aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias; ejercer derechos estrictamente personales (Art. 455 C.C.), contraer obligaciones o renunciar a derechos con autorización de sus padres (Art. 456 C.C.), opinar sobre la administración de sus bienes (Art. 459 C.C.), ser oído por el Juez, antes de que se emita autorización para disposición de sus bienes (Art. 533 C.C.). Los pródigos: Aquél que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de la libre disposición. Se busca proteger la legítima. Los que incurren en mala gestión: Aquel que es un mal administrador, deficiente, inhábil para administrar su patrimonio, corresponderá calificar al juez el caso en concreto, buscando proteger la legítima. Los ebrios habituales, aquel adicto al alcohol. Los tóxicomanos: Adictos, drogodependientes. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil y las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

18 Casarse, celebrar actos y comparecer judicialmente en aquello relacionado con su paternidad y maternidad (Mayores de catorce y menores de dieciocho años). Aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias; ejercer derechos estrictamente personales. Trabajar con autorización de sus padres. Administrar bienes que se le hubiese encargado como objeto de la labor encomendada, administrar bienes que adquiera producto de su trabajo, usufructuarlos e incluso disponer de ellos. También se les permite asociarse y en el caso de los adolescentes pueden constituir personas jurídicas sin fines de lucro, estando a lo dispuesto por el artículo 13 del C.N.A

En el caso de las personas con capacidad de ejercicio restringida para el ejercicio de sus derechos contarán con un representante legal (Artículo 45-A C.C.), que será según corresponda, el padre, el tutor o el curador.

Para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en caso sea necesario, se contempla el Sistema de designación de apoyos y salvaguardias, así en el artículo 45 -B del Código Civil se regula que:

- Las personas con discapacidad que manifiesten su voluntad pueden contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente.

- Si la persona con discapacidad no puede manifestar su voluntad, podrá contar con apoyo y salvaguardia designados judicialmente.

- El que se encuentre en estado de coma y haya designado apoyo con anterioridad mantendrá el apoyo designado.

- En aquellos casos en que la persona se encuentre en estado de coma, se le establecerá apoyo y salvaguardia judicialmente, ello luego de que el Juez haya realizado todos los esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener la manifestación de voluntad; de manera excepcional se permite que en este supuesto el juez pueda disponer que el apoyo tenga facultades de representación, conforme se infiere de la redacción de los artículos 659-B y 659-E del Código Civil.

La designación de apoyos es necesaria para garantizar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. No es suficiente el reconocimiento de la capacidad jurídica, es pertinente, como lo dispone la Convención, adoptar las medidas respectivas para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en ejercicio de su capacidad jurídica conforme se prescribe en el artículo 12.3. de la CDPD.

Refiriéndose a los apoyos, Palacios¹⁹ señala, el modelo de apoyos establecido en la CDPD parte de la siguiente premisa “la persona no necesita de una medida de protección que le prive del ejercicio de su capacidad jurídica, sino que lo que se requiere es de medidas de promoción destinadas a proporcionar la asistencia necesaria para potenciar el ejercicio de la capacidad jurídica”.

Los apoyos se constituyen en mecanismos para facilitar la voluntad de una persona con discapacidad en el marco de un acto con relevancia jurídica. Catalina Devandas, Relatora de las Naciones Unidas para los derechos de personas con discapacidad, citada por Begraglio²⁰, precisa que los apoyos sirven para: Obtener y entender información, evaluar posibles alternativas respecto a una decisión y sus consecuencias, expresar y comunicar una decisión y ejecutar una decisión.

Para Bariffi²¹, la noción de apoyos irrumpe en el Derecho a partir de una mirada social de las relaciones humanas, de aquella interdependencia y ayuda que comúnmente los seres humanos necesitamos de los demás para la toma de decisiones, muchas de ellas con eficacia jurídica; así, mientras el modelo clásico de protección se ha centrado en la formalización del acto jurídico considerando a la seguridad jurídica como el máximo bien a tutelar; para el modelo de apoyos, la formalización del acto jurídico es el último escalón de un proceso complejo y humano, en el que el principal bien jurídico a proteger es la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona.

El apoyo, no reemplaza la voluntad de la persona con discapacidad, no la representa, no decide por ella; sino que facilita la toma de decisiones, pero respetando plenamente los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad; así se busca que quien decida sea siempre la persona con discapacidad garantizando su autonomía, independencia y libertad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

19 PALACIOS (2008), p. 28.

20 BREGAGLIO, y CONSTANTINO (2023), pp. 15-47.

21 BARIFFI (2020), pp. 241-288.

Por otro lado, es preciso resaltar que podrían presentarse ciertos riesgos para la persona con discapacidad que cuenta con apoyos. Para ello, la CDPD y en la misma línea el Decreto Legislativo 1384 han previsto el establecimiento de las salvaguardias que tienen por objeto proteger a las personas con discapacidad en la prestación de apoyos, lo que no significa impedirles que tomen decisiones ni protegerlas de la posibilidad de asumir riesgos o de equivocarse.

El objetivo principal de las salvaguardias establecidas en el artículo 12.4 de la Convención es garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona:

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

El Decreto Legislativo 1384 establece en el artículo 659-G:

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

Se trata de medidas amplias que se dan en la determinación de apoyos, establecidas de oficio por el Juez, por el Notario en la escritura pública de designación voluntaria, sirven para proteger la voluntad y los derechos de la persona con discapacidad. Se caracterizan por ser proporcionales y adaptadas a la persona con discapacidad en el caso concreto.

La finalidad de las salvaguardias es impedir el abuso que podría presentarse por la existencia de un conflicto de intereses, el cual se configura cuando un interés personal impide al apoyo cumplir imparcialmente con su deber; o en el supuesto de influencia indebida, la cual se evalúa atendiendo a los criterios de vulnerabilidad de la víctima, autoridad aparente de quien influencia, las acciones y tácticas utilizadas para influenciar y la justicia del resultado.

En definitiva, puede expresarse que la finalidad del Decreto Legislativo 1384 es:

- Reconocer plena capacidad jurídica (goce y ejercicio) a todas las personas mayores de 18 años sin distinción alguna, incluyendo a las personas con discapacidad con independencia de si la persona requiere de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de la voluntad.

- Que ya no proceda la interdicción de las personas con discapacidad, en cualquiera de sus formas, en especial cuando sea una discapacidad psíquica, por tanto se destierra el “Sistema Sustitutivo de la voluntad” cimentado en la interdicción y nombramiento de un curador; para pasar a un “Sistema de Apoyos” que posibilite el ejercicio de las capacidades y derechos de las personas con discapacidad, reconociendo su autonomía e independencia.

- Establecer la figura de apoyos para que las personas con discapacidad puedan celebrar actos jurídicos, en caso los necesiten.

- Considerar a los apoyos como mecanismos necesarios para promover la autonomía e independencia de la persona con discapacidad en el ejercicio de sus derechos, respetando su autonomía y facilitando la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad. La intervención de los apoyos es relevante para la toma de una decisión con relevancia jurídica; pudiendo recaer su designación en una persona natural o jurídica; sin embargo, los apoyos no reemplazan la voluntad de la persona, no la representan, no deciden por ella, sino que facilitan la toma de decisiones.

- Prever las salvaguardias pertinentes para el caso concreto, considerándolas como medidas previstas para vigilar y supervisar al apoyo, respetando el derecho, la voluntad y preferencias que a la persona la asisten, evitándose las influencias indebidas y el conflicto de intereses.

Los cambios introducidos, no están exentos a posturas críticas, así por ejemplo Cárdenas²² precisa que “Con esta modificación, lo que se pretende es modificar la realidad y declarar plenamente capaz a quien no lo es, pues ahora un discapacitado que no tenga poco o incluso nulo discernimiento es considerado plenamente capaz”. Estas críticas a la reforma, también son compartidas por otros autores²³ y pueden resumirse en que si bien la discapacidad no tiene por qué afectar la capacidad natural de autogobierno de quienes la padecen, existirán casos de discapacidad psíquica en los cuales la persona sí estaría privada de su capacidad natural de conocer y querer, y se la colocaría en un riesgo frente a los terceros que podrían aprovecharse de ellas, además de afectarse la seguridad jurídica respecto a quienes celebren actos jurídicos con dichas personas.

22 CÁRDENAS (2020), p. 252.

23 Así, Castillo y Chipana “acusar que nos encontramos ante un despropósito que ha abierto una Caja de Pandora, creando una inseguridad jurídica de alcances insospechados a través de una modificación no solo altamente defectuosa, sino alarmante”, en la misma línea Cieza y Olivarría “califican el nuevo ordenamiento como precipitado, denunciando que ha desnaturalizado la institución de la capacidad jurídica en el Código Civil”. *Ibíd.*, p. 251.

En los supuestos planteados anteriormente, ya no nos hallamos en la consideración respecto a la capacidad jurídica, sino, entramos a referirnos a la formación y emisión de la manifestación de voluntad de la persona con discapacidad, y es en ese plano que debiese analizarse, a fin de verificar si aquella se encuentra o no viciada.

Varsi²⁴ de forma muy acertada precisa que: Con el nuevo régimen, la persona con discapacidad es capaz de ejercicio pudiendo manifestar su voluntad; puede decir no solo lo que siente, sino decir y hacer lo que quiere trascendiendo jurídicamente. El tema es determinar cuándo una expresión es una manifestación de voluntad, efectiva, real, capaz de generar efectos jurídicos. La manifestación de voluntad como institución jurídica no es la misma por lo que requiere de un análisis adecuado a tono de la nueva dimensión de la capacidad.

Las posturas críticas expuestas no comprenden la necesidad de la reforma justificada en la protección de derechos fundamentales como la igualdad, no discriminación, libre desarrollo de la personalidad, sino por el contrario se estancan en concepciones pétreas y construidas bajo otros paradigmas, cuya necesidad de transformación se halla plenamente justificada en la dignidad misma de la persona.

Coincidimos, sí, en que surgirán muchos y diversos conflictos en la aplicación de la norma, tal es así, que debemos comprender que el reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad, nos obliga a la reformulación de gran parte de la teoría del acto jurídico, especialmente en cuanto a la formación y emisión de la manifestación de voluntad de la persona con discapacidad con o sin la intervención de apoyos; y más aún, en los casos de discapacidad síquica. Y es allí donde debiese estar centrada la atención para construir una teoría adecuada y normatividad pertinente

24 VARSÍ (2022), p. 161.

respecto a los supuestos de manifestación de voluntad de las personas con discapacidad y sus apoyos; ello en miras a proteger sus derechos y su efectivo ejercicio, pero también el de los terceros que se vinculen con ellas.

3.3. La capacidad requerida para la celebración de actos jurídicos

La estructura clásica del acto jurídico, pensada y construida en la celebración de actos jurídicos por quienes reunían condiciones de “normalidad” o no se encontraban inmersos en ninguno de los supuestos de incapacidad absoluta y relativa derivados de su discapacidad física y mental ha sido evidentemente impactada por la reforma introducida.

La idea tradicional de capacidad e incapacidad se adecuaba perfectamente a esa concepción de exclusión y sustitución de la persona con discapacidad, es decir, ha sido elaborada partiendo de que los celebrantes de cualquier acto jurídico están en la aptitud de comprender por sí solos y sin la ayuda de nadie, la naturaleza, relevancia y consecuencias de cualquier acto jurídico.

Así, la clásica concepción de consideración al “agente capaz” como requisito de validez del acto jurídico, no podría encajar en este reconstruido contenido de la capacidad jurídica, que reconoce plena capacidad de ejercicio a todas las personas mayores de edad, independientemente de si tienen alguna discapacidad o no.

Es en atención a ello, que el Decreto Legislativo 1384 modifica el artículo 140 del C.C. para considerar como requisito de validez del acto jurídico “la plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones establecidas por ley”. Esta plena capacidad de ejercicio corresponde a todos los seres humanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, independientemente de que tengan alguna discapacidad en igualdad de condiciones y en todos los aspectos de su vida civil. De ello podemos deducir que la capacidad necesaria para la

celebración de actos jurídicos se amplía para las personas con discapacidad, dejando de lado la discriminación relacionada con su condición física o mental.

En esa misma línea, se ha derogado el inciso 2 del artículo 219 del C.C., referido a la causal de nulidad del acto jurídico relacionada con la incapacidad absoluta, dejando de considerar que los actos jurídicos celebrados por los denominados incapaces absolutos (hoy solo los menores de dieciséis años) sean nulos, lo que no quiere decir que no se sancione con nulidad los actos celebrados por los menores de dieciséis años, pues de una interpretación sistemática del artículo 140 inc. 2 del C.C. en concordancia con el artículo 219 inc. 8 del C.C., puede inferirse que el acto jurídico celebrado por un menor de 16 años se sanciona con nulidad virtual por la clara contravención a una norma imperativa como lo es el art. 140 inc. 1 del C.C. Asimismo, se ha dispuesto que los actos jurídicos realizados por personas con capacidad de ejercicio restringida, sean anulables, ya no considerándose este supuesto a los que sufren de anomalía psíquica, ello por efecto de la modificación del inciso 1 del artículo 221 del Código Civil.

Extraídas las causales de nulidad y anulabilidad del acto jurídico referidas en específico a las personas con discapacidad, se desprende que los actos jurídicos celebrados por quienes tienen alguna discapacidad psíquica son plenamente válidos; debiendo establecerse en el caso concreto, si existe la necesidad de la designación voluntaria o judicial de apoyos y salvaguardias para la formación y emisión válida de su manifestación de voluntad, situación posterior e independiente de la capacidad jurídica que por el solo hecho de ser personas se les reconoce.

4. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL

De forma cotidiana y tradicional se entiende que las personas con discapacidad intelectual son aquellas que no poseen el discernimiento necesario para comprender el acto o contrato, carecen de capacidad suficiente no sólo

para querer sino para entender acerca del acto, sus alcances y consecuencias, y que por tanto no resulta adecuado ni para la persona con discapacidad intelectual ni para los terceros que se vinculen jurídicamente con ella, que se le dote de capacidad jurídica.

Sánchez²⁵ precisa que lo determinante aquí es resolver en qué medida la persona con discapacidad intelectual ve limitada la posibilidad de ejercer sus derechos, pues tal discapacidad no debe significar una negación total de capacidad sino una manera especial de ser capaz.

Encontrándose las personas con discapacidad intelectual ante una forma especial de ser capaz, por las dificultades que suelen presentarse para que puedan formar una voluntad libre y totalmente consciente al celebrar actos jurídicos, a partir de la Convención del 2006 se descarta toda postura de marginarlas e impedir que decidan por sí mismas y la designación de un representante; para, de manera inclusiva habilitarlas a ejercer esa forma especial de ser capaz a través de los apoyos en la toma de decisiones, los que respetarán su voluntad, intereses y preferencias y no precisamente decidir lo que según otros será lo adecuado para ella.

Es preciso hacer notar que, de manera excepcional, ante supuestos severos de discapacidad intelectual, en los que sea imposible que la persona con discapacidad forme y exprese su voluntad, la legislación peruana contempla que el apoyo tenga facultades de representación²⁶.

Lledó y Monje²⁷, como se cita en Sánchez, precisan respecto a los apoyos y el alcance de sus funciones en la celebración de actos jurídicos, lo siguiente:

25 SÁNCHEZ (2022), p. 22.

26 Esta postura queda recogida en el artículo 659-B del C.C. que prescribe: "Definición de 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.

27 SÁNCHEZ, ob. cit., p. 23.

(...) Y así, el sistema de apoyo debe ser diverso, individualizado y centrado en las necesidades de la persona adaptándose a las diferentes situaciones personales y sociales teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tipo de figura de apoyo y el tipo de acto jurídico implicado. Las medidas de apoyo deben cubrir todo el proceso de toma de decisiones pudiendo consistir, en función de cada situación, en la asistencia para la traslación, comprensión y/o evaluación de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, expresión de voluntad y preferencias etc. El sistema de apoyo debe ser diseñado como un «continuum», contemplando apoyos más o menos intensos. Los apoyos más intensos, como antes se señaló, pueden llegar a consistir en la práctica en decidir por la persona y no con la persona. Pero no se trata de una sustitución en la toma de decisiones similar a la existente en los sistemas de incapacitación.

Entonces, queda claro que la designación de apoyos debe atender a las especificidades de cada caso, buscando que con su actuación asistan a la persona con discapacidad en la toma de decisiones, mas no la sustituyan, y solo excepcionalmente en el caso de discapacidad intelectual, luego de agotados por el Juez, todos los medios para obtener la voluntad de la persona con discapacidad, establecer facultades de representación al apoyo.

5. LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1984

La manifestación de voluntad constituye la esencia del acto jurídico, a través de ella el sujeto autorregula su esfera jurídica y se vincula con los demás estableciendo prescripciones con carácter normativo respecto a sus propios intereses y los de aquel con el que se ha relacionado jurídicamente.

La unidad formada entre la voluntad interna y la voluntad manifestada conforma la manifestación de voluntad, así, importa la concurrencia del elemento subjetivo que se verifica a través de la voluntad interna y del elemento objetivo que se plasma en la voluntad manifestada o declarada.

Espinoza²⁸ precisa que la concurrencia de la voluntad interna y la manifestada dan sentido al acto jurídico, así “la manifestación de la voluntad es la exteriorización de un hecho psíquico interno destinado a producir efectos jurídicos. Si estos son queridos por el agente, se trata de declaración de voluntad”.

Para Vidal²⁹ “La voluntad constituye la esencia misma del acto jurídico, la conjunción de la voluntad y su manifestación es el resultado de un proceso que va de lo subjetivo a lo objetivo, de la voluntad interna a la voluntad exteriorizada”.

El artículo 140 del C.C. establece que “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”.

Torres³⁰ entiende que la manifestación de voluntad se constituye así, en uno de los elementos fundamentales para la configuración del acto jurídico, el cual exige para su validez que se haya generado con la convergencia de elementos internos como el discernimiento, intención y libertad, y externos como la manifestación.

Coincide Vidal³¹ en que la exigencia de estos tres elementos internos importa atender al proceso formativo de la voluntad que reúne tres fases: i) el discernimiento que es la aptitud para percibir las diferencias en relación a aquello que guarda conformidad con nuestra conveniencia o sentido moral, diferenciar lo bueno de lo malo y comprender y valorar las consecuencias de algo, ii) la intención, el propósito encaminado a una finalidad prevista por el sujeto, y iii) la libertad, facultad de elección voluntaria por parte del sujeto para decidir si celebra o no un acto jurídico.

28 ESPINOZA (2008), p. 49.

29 VIDAL (2008), p. 90.

30 TORRES, ob. cit., p.119.

31 VIDAL, ob. cit., p. 92.

Producido este proceso normal de formación de la voluntad debe exteriorizarse a través de su manifestación para poder referirnos a una verdadera voluntad jurídica como esencia de todo acto jurídico.

Conformada así la voluntad interna y exteriorizada, ha de cumplir con requisitos para dar plena validez al acto jurídico; esto es, debe tratarse de declaraciones serias y sin factores perturbadores que produzcan distorsión y que trastoken el proceso normal de formación de la voluntad, es decir, libres de vicios que los afecten como el error, dolo, violencia o intimidación.

Este proceso de formación y declaración de voluntad ha sido teóricamente construido en función a personas que no tienen discapacidad, por ello, requerirá ser complementado y adecuado a aquellas situaciones en las que intervenga una persona con discapacidad, pues el proceso de discernimiento requerirá por ejemplo que inicialmente el Juez indague respecto a la comprensión de los actos o a la intervención del apoyo para ayudar a esa comprensión, además de tener en cuenta qué es lo que realmente quiere la persona con discapacidad, y a la posibilidad de verificar si existen los clásicos vicios de la voluntad (error, dolo, violencia o intimidación) o aquellos que afectarían directamente a su especial situación como lo serían: la influencia indebida y el conflicto de intereses.

Anotado ello, corresponde ocuparnos de las clases de manifestación de voluntad contempladas en la legislación civil. Así, se establece que puede ser expresa o tácita, en atención a si su exteriorización se ha realizado por medios directos y precisos como la palabra oral, escrita, gestos, medios electrónicos u otros análogos; o cuando para poder conocerla es necesario inferirla de ciertos comportamientos del sujeto o sujetos que desembocan en conclusiones respecto a lo que se quiso expresar, obteniéndose de manera indirecta a partir de los denominados hechos concluyentes.

El texto del artículo 141 del C.C. antes de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo 1384, establecía que:

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza de forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

De la referida norma puede colegirse que la concepción de manifestación de la voluntad y la forma en la que se exterioriza se la construyó normativa y doctrinariamente, teniendo en cuenta de manera exclusiva que las únicas personas que podrían formar y expresar válidamente su voluntad serían aquellas que cuenten con capacidad de ejercicio, excluyéndose de su configuración a quienes no se encuentren en la aptitud de hacerlo, como por ejemplo los incapaces absolutos (locos, dementes, quienes se hallen privados de discernimiento). Ello explica por qué la norma no hace referencia a ninguna consideración en caso de personas que no posean capacidad de ejercicio; simple y llanamente porque a ellas les estaba prohibida la posibilidad de autorregular de manera directa su propia esfera jurídica y por tanto vincularse jurídicamente.

En conclusión, de acuerdo a la legislación civil antes de la modificatoria, se asume que la teoría general del acto jurídico construyó el contenido de la manifestación de voluntad en base única y exclusivamente a las personas con capacidad de ejercicio, a aquellos que por sí solos podrían formar y expresar su voluntad, desprendiéndose la necesidad urgente de adecuar y complementar en el caso de las personas con discapacidad.

6. EL DECRETO LEGISLATIVO 1384 Y SU IMPACTO EN LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD PARA CELEBRAR ACTOS JURÍDICOS

A diferencia de la concepción respecto a la manifestación de voluntad que se ha mantenido hasta hace pocos años en el Código Civil peruano, la actual redacción producto de la reforma de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, atiende al proceso existente para la toma de decisiones; así lo

señala Bariffi citado por Varsi³² al precisar que “el modelo de asistencia del código derogado (argentino) se centraba en *la formalización del acto jurídico* en tanto que el modelo de apoyos no solo se centra en dicho ámbito, sino que además se proyecta sobre *el proceso de toma de decisiones*”.

En el caso peruano, señala Mejía³³, el Decreto Legislativo 1384 modifica la redacción original del Código Civil en lo que respecta a la manifestación de voluntad en forma válida jurídicamente. Amplía las formas antes reconocidas de manifestación de la voluntad suficiente para crear efectos jurídicos, en especial en los casos de personas con discapacidad física o intelectual.

Ello lleva a repensar la tradicional concepción de la manifestación de voluntad, que fue elaborada bajo la intervención en la celebración de actos jurídicos de aquellos capaces de ejercicio, excluyendo a los que no contaban con tal condición; y que por tanto difícilmente en su concepción pétreo y original podría adecuarse al actual modelo de derechos humanos respecto a la discapacidad, que entiende que todas las personas tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás, independientemente de su discapacidad.

Abordando esa situación, en posición que compartimos, Varsi³⁴ precisa lo siguiente:

Los apoyos irrumpen en el derecho civil cambiando paradigmas; nos fuerzan a entender que la toma de decisión con relevancia jurídica (patrimonial o personal) no solo es la manifestación de voluntad (que es un *acto final*), sino es el proceso humano de toma de decisiones (que es un *acto integral*), el cual se estructura tomando en cuenta que la persona: se informe, comprenda, se comunique y manifieste su voluntad.

32 VARSI, ob. cit., p. 169.

33 MEJÍA, ob. cit., p. 72.

34 VARSI, ob. cit., p. 70.

Así, la actual redacción del artículo 141 del C.C. señala:

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 el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Esta nueva redacción, considerando a las personas con discapacidad recoge dentro de la manifestación de voluntad expresa la lengua de señas o cualquier medio alternativo de comunicación e incluye el uso de apoyos o de ajustes razonables que requiera la persona con discapacidad; asimismo en la manifestación de voluntad tácita, tiene en cuenta que ésta puede deducirse de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia, ello quiere decir, que toma en cuenta a las personas con discapacidad, para regular que respecto a ellas también puede inferirse una manifestación de voluntad tácita.

Entonces la manifestación de voluntad ya no se agota en su formalización a través de la declaración, sino que, en el caso de las personas con discapacidad involucra atender a ese proceso integral de formación y finalmente manifestación, en el cual, los apoyos se convierten en una pieza fundamental para que la persona con discapacidad pueda formar y expresar su voluntad y vincularse jurídicamente, esto se explica dado el impacto de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, así lo precisa Pau Pedrón, citado por Sánchez³⁵:

35 SÁNCHEZ, ob. cit., p. 22.

En la Convención de 2006, se propugna una reforma para cambiar la mentalidad ya que no tiene sentido incapacitar a una persona con algún tipo de deficiencia -limitación intelectual-, puesto que ello supone marginarla o dejarla a un lado al privarla de su capacidad de decidir por sí misma, actuando por ella su representante. Lo que tiene sentido es ayudar o apoyar a esa persona para que logre tomar la decisión que esa persona con discapacidad quiere, la que desea, la que sea de su interés (en sentido subjetivo), facilitándole que quiera algo, atendiendo a su voluntad, a sus deseos o preferencias -no objetivamente en el sentido de buscar lo que según otros le conviene.

En este sentido, conforme lo precisado por Sánchez³⁶: “Si la persona con discapacidad intelectual no tiene clara su voluntad o preferencia, la persona de apoyo, en interés de la primera, debe intentar ayudar a que tenga su propia voluntad, a buscar el deseo y preferencia de aquélla”.

Esta nueva concepción se ve reflejada de manera puntual en la reforma introducida en el Código Civil peruano respecto al acto jurídico testamentario y la capacidad para testar, pues se reconoce a las personas con discapacidad el derecho a otorgar testamento por escritura pública, expresando directamente su voluntad o con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos; así, conforme a lo establecido en el artículo 696 inc. 2 del C.C.³⁷, quien otorga testamento puede dictar al notario las disposiciones testamentarias o alcanzarlas por escrito, se admite así, que en el momento de otorgamiento del testamento esté presente el o los apoyos a solicitud del testador, modificándose la privacidad exigida antes de la reforma. Asimismo, en el otorgamiento del testamento por escritura pública el notario está obligado a verificar al final de cada cláusula, el asentimiento u observaciones del testador. Esta formalidad se cumplía estrictamente con la manifestación de voluntad del

36 *Ibíd*, p. 23.

37 Las formalidades especiales del testamento por escritura pública son: inc. 2. Que el testador exprese por sí mismo su voluntad o, tratándose de una persona con discapacidad, con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de voluntad, en caso lo requiera. Si así lo requiere, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.

testador expresada por sí mismo; sin embargo, el Decreto Legislativo 1384 ha incorporado la posibilidad de que la manifestación de voluntad se realice a través de ajustes razonables o apoyos, en caso lo requiera; como puede verificarse de lo establecido por el artículo 696 inc. 6 del Código Civil³⁸.

En el Reglamento del Decreto Legislativo 1384, promulgado con fecha 23 de agosto del 2019, mediante Decreto Supremo 016-2019, se hacen precisiones respecto a las personas con discapacidad que pueden manifestar su voluntad y a aquellas que no pueden hacerlo, señalando al respecto:

Art. 2 inc. 7: persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad

Art. 2 inc. 8: persona con discapacidad que no puede manifestar voluntad

Se establecen algunos criterios a considerar para determinar si la persona con discapacidad puede manifestar o no su voluntad, así: Corroborar si la persona con discapacidad establece comunicación e interacción con su entorno, comprobar que la persona con discapacidad manifiesta voluntad de manera expresa y que comprende los alcances y efectos que produce la realización del acto jurídico. Para Mejía³⁹, con ello queda definido que la capacidad mental no es lo que determina si una persona manifiesta o no voluntad, no existiendo limitación alguna para que la persona con discapacidad manifieste voluntad con la asistencia de una persona de confianza o la intervención de apoyos y ajustes razonables; así, las únicas consideraciones que podrían determinar que no manifiesta voluntad, serán la no comunicación e interacción con el entorno y que no comprende el acto que va a realizar y sus efectos, a pesar de la participación de los apoyos y de haberse realizado ajustes razonables y esfuerzos considerables para ello.

38 Las formalidades especiales del testamento por escritura pública son: inc. 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 cualquier caso.

39 MEJÍA, ob. cit., p. 72.

En igual forma, en el citado Reglamento, se regula la participación del apoyo en la formalización de actos jurídicos a nivel notarial por la persona con discapacidad, precisándose en el artículo 12 que el apoyo participará solo en los casos que así se haya determinado en el documento de designación de apoyos (sentencia o escritura pública); lo que significa que la persona con discapacidad puede realizar el acto jurídico sin la participación de apoyo designado, salvo la excepción antes indicada, exigiéndose la obligación de consignar la participación de la persona designada como apoyo durante la realización del acto jurídico, solo cuando se facilite o interprete la manifestación de voluntad.

Así advertimos, que la formación y declaración de la voluntad de las personas con discapacidad, implica un proceso, que no se agota con la simple manifestación, y que debe considerar todos los matices que pueden presentarse; lo que marca una gran diferencia en comparación a la concepción de manifestación de voluntad esbozada por la teoría general del acto jurídico, que como ya indicamos, se diseñó y configuró en base a personas sin discapacidad.

En palabras muy acertadas de Varsi⁴⁰ “toda esta nueva teoría de la capacidad influye en la clásica estructura del acto jurídico; no llega a encajar a cabalidad, lo que genera un nuevo pensamiento que podríamos denominar de la siguiente manera: hacia una nueva teoría especial del acto jurídico en materia de capacidad”.

Creemos que lo determinante no versa en la declaración o comunicación de la voluntad sino en la necesidad de comprensión de la realidad por parte de la persona con discapacidad; sin embargo, esta no es una postura pacífica, así, Muñiz como se cita en Sánchez⁴¹, en posición crítica a la reforma similar introducida en España por la ley 8/2021, indica:

40 VARSÍ (2021), pp. 153-168.

41 SÁNCHEZ, ob. cit., p. 22.

Lo importante es que el pretendido cambio que se quiere adoptar ha de garantizar indubitadamente la seguridad del tráfico jurídico, y en esta consecuencia falla la reforma, porque representa una mayor seguridad a este respecto para los terceros la situación precedente, es decir, la actual; si se quiere modificar habría que hacerlo con un sistema que no deje duda a los terceros con quienes se contrata de la estabilidad de su negocio. Entender poder realizar actos jurídicos válidos sin necesidad de incapacitación cuando la persona está afectada obviamente de deficiencias intelectuales, simplemente asistido por la indefinición de un apoyo cuando tampoco está profesionalizado, no representa una adecuada seguridad, ni para los terceros ni para el mismo incapaz.

La postura planteada coloca especial atención en la seguridad jurídica y la protección al tercero contratante o al destinatario de un determinado acto jurídico, creo yo, sin abandonar la clásica construcción de la teoría contractual diseñada bajo la idea de una necesaria “normalidad”. Frente a esta postura, se plantea una posición enfocada en la inclusión e igualdad de derechos de las personas con discapacidad, así Bariffi como se cita en Varsi⁴² precisa que:

Mientras el modelo clásico de protección se ha centrado exclusivamente en la formalización del acto jurídico -principalmente actos jurídicos de contenido patrimonial- y ha considerado a la “seguridad jurídica” como máximo bien a tutelar, el modelo de apoyos que recoge la CDPC resulta mucho más amplio al entender la formalización del acto jurídico como la última instancia de un proceso complejo y humano, y donde el principal bien jurídico a tutelar es la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona.

Nos hallamos obligados a comprender la manifestación de voluntad como requisito de validez para la celebración del acto jurídico incluyendo estos nuevos matices y la función que los apoyos cumplen en la misma; y también a la necesidad de por ejemplo considerar al conflicto de intereses y a la influencia indebida, como circunstancias que pueden afectar el ade-

42 VARSÍ (2022), p. 176.

cuado proceso de formación de la voluntad de la persona con discapacidad, comparable a los tradicionales vicios de la voluntad: error, dolo, violencia e intimidación; cuya verificación se sanciona con la anulabilidad del acto jurídico.

Ello nos conduce a reestructurar también, la teoría de invalidez del acto jurídico, específicamente respecto a las causales de nulidad y anulabilidad que puedan generarse en los actos jurídicos celebrados por la persona con discapacidad con la asistencia de apoyos, pues, tal como está normada actualmente, existirían claros vacíos legislativos, siendo insuficiente la aplicación de alguna de las causales hoy existentes, por cuanto, no consideran la intervención del apoyo en el proceso de la formación y declaración de voluntad. Esta situación empieza ya a visibilizarse en resoluciones judiciales como la que citamos a continuación:

Exp. 2017-1042-CAJAMARCA (Discapacidad Intelectual: síndrome de down y retraso mental grave).

1) Se designa como APOYOS de AAA, a sus dos hermanos XXX y YYY, y a su tía ZZZ quienes tendrán la labor permanente e indefinida (según sus arribos a esta ciudad) de velar por su bienestar físico y psicológico (otorgándole las adecuadas condiciones de vida para sobrellevar su enfermedad); asimismo, la labor permanente e indefinida (según sus arribos a esta ciudad) de ayudar, orientar y/o guiar a la tutelada en la expresión de su voluntad para la toma de decisiones y su accionar respecto a situaciones cotidianas de la vida (garantizando y respetando con esto su autonomía, voluntad y preferencias);

2) Se precisa que XXX, podrá actuar como representante de AAA, en la realización de cualquier trámite administrativo o judicial en estricto beneficio de ésta (Vgr. tramitar la pensión de orfandad), debiendo las autoridades y/o

funcionarios de las instancias administrativas respectivas reconocer esta designación y prestar las facilidades del caso, dejando de exigir las resoluciones judiciales que declaran la interdicción, bajo responsabilidad funcional;

3) Se establecen como SALVAGUARDIAS: a) Durante la vigencia del sistema de apoyos, las personas designadas deberán en todo momento respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de AAA (por más básica que sea); b) Los apoyos brindados deben ser proporcionales y adaptados a las condiciones y necesidades de AAA; c) Los hermanos y la tía de AAA no deben ejercer influencia indebida hacia ella para la toma de sus decisiones, y deben abstenerse de intervenir cuando exista conflicto de intereses en el apoyo a prestar en dicha toma de decisiones, debiendo informar inmediatamente al Juzgado de presentarse un conflicto de intereses; y d) Para el caso de actos de disposición o administración que comprometan el patrimonio de AAA, en pleno ejercicio de su capacidad jurídica deberá adoptar sus decisiones con la participación necesaria de sus apoyos, **bajo sanción de nulidad del acto jurídico celebrado**. En caso de no poderse realizar de esa manera, deberá solicitarse autorización en vía judicial. (El resaltado es nuestro).

En el auto antes descrito, el Magistrado, genera una causal de nulidad derivada de la no participación del apoyo en la celebración de actos de disposición o administración que comprometan el patrimonio de la persona con discapacidad, señalando expresamente que si ello no ocurriera el acto se declarará nulo; sin embargo, nos preguntamos, ¿puede generarse una causal de nulidad a partir de una decisión jurisdiccional?, ello acaso no afectaría el principio de legalidad aplicable a la invalidez del acto jurídico, en el sentido de que únicamente se consideran como tales aquellas causales establecidas por ley, es decir en los artículos 219 y 221 del C.C.

Al respecto, en el Reglamento del Decreto Legislativo 1384, en el artículo 12, se dispone lo siguiente referente a la participación de la persona designada como apoyo en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos:

“12.1 La participación de la persona designada como apoyo es obligatoria en caso se haya determinado en el documento de designación. 12.2 Durante la realización del acto que produzca efectos jurídicos, se debe dejar constancia de la participación de la persona designada como apoyo, únicamente cuando se facilite o interprete la manifestación de voluntad”.

De esta norma, se infiere la obligatoriedad de la participación del apoyo cuando así haya sido determinado en el documento de designación (auto judicial o escritura pública); sin embargo, no se establece la consecuencia jurídica si es que el acto se celebra sin la intervención del apoyo; frente a ello, consideramos que se debería modificar este artículo, proponiendo se agregue tal consecuencia jurídica en los siguientes términos:

“12.1. La participación de la persona designada como apoyo en los actos jurídicos celebrados por la persona con discapacidad es obligatoria, bajo sanción de nulidad, en caso así se haya determinado en el documento de designación”.

Con ello nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad perfectamente aplicable, de conformidad con lo establecido en el artículo 219 inc. 7 del C.C.:

“Cuando la ley lo declara nulo”.

Asimismo, consideramos como otra propuesta, la modificación del Código Civil otorgando también la posibilidad de que las causales de nulidad puedan ser generadas a través de la decisión judicial, estableciéndolas expresamente como una salvaguardia para el caso concreto.

En suma, la reforma de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad exige complementar, y por qué no decir, reestructurar la teoría de invalidez del acto jurídico hasta ahora asumida; pues, tal y como se halla

esbozada, resulta insuficiente para resolver los conflictos jurídicos que puedan presentarse respecto a la validez de los actos jurídicos celebrados por personas con discapacidad que requieran de apoyos para la toma de decisiones.

7. CONCLUSIONES

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se sustenta en el modelo social, que reconoce capacidad jurídica a las personas con discapacidad, su inclusión plena a la sociedad respetando y valorando las diferencias y la obligación del Estado y la sociedad de remover las barreras discapacitantes.

Se reconoce capacidad jurídica a las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, así, se los considera como sujetos plenos de derecho, variando de un sistema de sustitución basado en la representación a un sistema de toma de decisiones con apoyos que centra su atención en los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, a quienes no se les sustrae más su capacidad jurídica, sino se les proporciona el apoyo y salvaguardias necesarias para la toma de decisiones con efectos jurídicos.

El modelo de apoyos tiene como principal objetivo reconocer y garantizar los derechos, la autonomía y la independencia de las personas con discapacidad y está constituido por mecanismos para facilitar la toma de decisiones en el marco de la celebración de actos con relevancia jurídica.

En el ámbito interno, el Decreto Legislativo 1384 en estricta coherencia con la Convención, ha introducido una reforma integral respecto a la capacidad jurídica, estableciendo una nueva concepción de la misma; así, hoy se reconoce plena capacidad jurídica (goce y ejercicio) a todas las personas mayores de 18 años sin distinción alguna, incluyendo a las personas con discapacidad con independencia de si requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de la voluntad.

Respecto a la capacidad exigida para la celebración de actos jurídicos, el Decreto Legislativo 1384 modifica el artículo 140 del C.C. para considerar como requisito de validez del acto jurídico la plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones establecidas por ley, la cual corresponde a todos los seres humanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, independientemente de que tengan alguna discapacidad en igualdad de condiciones y en todos los aspectos de su vida civil.

Debe comprenderse la manifestación de voluntad como requisito de validez para la celebración del acto jurídico realizado por las personas con discapacidad como resultado de un proceso en el que se incluya la función que los apoyos cumplen en el mismo; considerando al conflicto de intereses y a la influencia indebida, como circunstancias que pueden afectar el adecuado proceso de formación de la voluntad de la persona con discapacidad, comparable a los tradicionales vicios de la voluntad: error, dolo, violencia e intimidación.

La reforma de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad exige reestructurar la teoría de invalidez del acto jurídico hasta ahora asumida; pues, tal y como se halla esbozada, resulta insuficiente para resolver los conflictos jurídicos que puedan presentarse respecto a la validez de los actos jurídicos celebrados por personas con discapacidad que requieran de apoyos para la toma de decisiones.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALEMANY, Macario (2014): “Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General N° 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad)”, en: Anales de la Cátedra Francisco Suárez (N° 52), pp. 201-222.

BREGAGLIO, Renata y CONSTANTINO Renato (2019): “Un modelo para armar: La regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384”, en: *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, pp. 32-59.

BREGAGLIO, Renata y CONSTANTINO Renato (2023): “La capacidad jurídica en la jurisprudencia peruana. Análisis cualitativo de las decisiones judiciales de restitución de la capacidad jurídica y designaciones de apoyo en aplicación del Decreto Legislativo 1384”, en: *Revista de Derecho Privado* (N° 44), pp. 15-47.

BUSTAMANTE, J. e ISAZA, F. (2019): “Capacidad Jurídica en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la ley N° 1996 de 2019”, en: *Capacidad legal de las personas con discapacidad* (Colombia, Ministerio de Justicia y de Derecho), pp. 4-13.

BARIFFI, Francisco (2016): “Restricción a la capacidad y la capacidad civil. Tensiones constitucionales y Código Civil y Comercial”, en: *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* (Vol. 77), pp. 41-55.

BARIFFI, Francisco (2020): “El Modelo de toma de decisiones con apoyos: De la Teoría a la práctica”, en Kraut, Alfredo (dir.): *Derechos y Salud Mental* (Buenos Aires, Burbinzal Culzoni), tomo II, pp. 241-288.

CÁRDENAS, Ronald (2020): *Capacidad e incapacidad de ejercicio*. En *Código Civil comentado* (Lima, Gaceta Jurídica), tomo II.

CONSTANTINO, Renato y BREGAGLIO, Renata (2022): “La compleja comprensión del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en: *Revista Ius et Veritas* (N° 64), pp. 156-176.

ESPINOZA, Juan (2008): *Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial* (Lima, Gaceta Jurídica Editores).

MARTÍNEZ, Antonio (2020): “A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo”, en: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho (N° 42), s/p.

MEJÍA, Rosalía (2019): “La reforma de la capacidad de la persona en la legislación civil y notarial. Implementación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en: Capacidad legal de las personas con discapacidad, Ministerio de Justicia y de Derecho, Colombia, pp. 62-97.

PALACIOS, Agustina (2008): Modelo Social de la Discapacidad, orígenes, caracterización y su plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las personas con Discapacidad (Madrid, Ediciones Cinca).

PALACIOS, Agustina (2015): “Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, en: IDEHPUCP (eds): Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, pp. 9-16.

SÁNCHEZ, Ángel (2022): “Aspectos Generales de la Reforma del Código Civil relativa a las Personas con Discapacidad Intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica”, en: Revista Boliviana de Derecho (N° 33), pp. 14-51.

TORRES, Aníbal (2007): Acto Jurídico, tercera edición, (Lima, Idemsa).

VARSÍ, Enrique (2021): “Manifestación de voluntad de las personas con discapacidad en la teoría general del acto jurídico y la nueva perspectiva basada en los apoyos”, en: Gaceta de Familia, (T. 2), pp. 153-168.

VARSÍ, Enrique (2021): Tratado del derecho de las Personas. Capacidad, (Lima, Fondo Editorial Derecho Universidad de Lima).

VIDAL, Fernando (1998): El Acto Jurídico, cuarta edición, (Lima, Gaceta Jurídica Editores).

DOCUMENTOS EN FORMATO ELECTRÓNICO

NACIONES UNIDAS. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general número 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. 11 período de sesiones. 31 de marzo a 11 de abril de 2014. CRPD/C/GC/1. Disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en [Fecha de última consulta: 01.11.2023].

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Decreto Legislativo 1384. Diario Oficial El Peruano, Perú.

Decreto Supremo N° 016-2019. Diario Oficial El Peruano, Perú.

JURISPRUDENCIA CITADA

Exp. N° 2017-1042-CAJAMARCA