

La discapacidad Anotaciones al Decreto Legislativo 1384*

Reynaldo Mario Tantaleán Odar¹

Sumario: 1. El modelo social de discapacidad como fundamento. 2. Las discusiones al modelo. 3. El cambio en el tratamiento de la capacidad. EN EL DERECHO DE PERSONAS. 4. ¿Casados mayores de 14 años? 5. La capacidad de quienes ejerciten la paternidad. 6. ¿Y el que tiene título y es mayor de 16 años? EN EL ACTO JURÍDICO. 7. La dificultad sobre el sujeto en el acto jurídico. 8. Sobre la manifestación de voluntad. 9. Sobre la capacidad de ejercicio restringida en beneficio propio. EN EL DERECHO DE FAMILIA. 10. Los “incapaces relativos” y su tratamiento actual. 11. Los “incapaces absolutos” y su tratamiento actual. 12. Los legitimados para solicitar la interdicción. 13. Contradicción en la derogación del artículo 569º. EN EL DERECHO SUCESORIO. 14. Sobre la capacidad testamentaria. 15. Sobre las formalidades del testamento público. 16. Sobre el testigo testamentario a ruego. 17. Sobre la nulidad y la anulabilidad testamentaria. EN MATERIA PROCESAL. 18. Sobre la competencia. 19. Sobre la transición de los procesos. – Colofón. – Referencias.

Resumen: En el presente trabajo se analiza la regulación introducida por el Decreto Legislativo 1384 a la legislación peruana que incorpora el Modelo Social de Discapacidad, partiendo de discutir las bases de dicho modelo, para, luego,

* Recibido: 18 marzo 2019 | Aceptado: 29 marzo 2019 | Publicación en línea: 1ro. abril 2019.



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

¹ Doctor en Derecho. Juez Especializado de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Docente universitario. yerioma@hotmail.com

estudiar y discutir las principales inconsistencias que se proyectan a lo largo de las diversas subramas del derecho civil y hasta procesal civil, con su incorporación.

Palabras clave: Incapacidad. Interdicción. Discapacidad. Modelo Social de Discapacidad. Decreto Legislativo 1384.

1. EL MODELO SOCIAL DE DISCAPACIDAD COMO FUNDAMENTO

Para hablar del modelo social de discapacidad es menester partir de que han existido cuando menos dos modelos anteriores de concepción de este fenómeno (*cf.* Palacios 2008).

En un primer modelo llamado de *prescindencia* se concibe que la causa de la discapacidad es religiosa y donde el sujeto nada puede aportar a la sociedad. Este modelo cuenta, a su vez, con dos submodelos. En el primero conocido como *submodelo eugenésico*, la prescindencia del sujeto discapacitado se logra a través de políticas eugenésicas (como la esterilización forzada o el genocidio). En el segundo submodelo llamado de *marginación*, la prescindencia de la persona con discapacidad se alcanza a través justamente del alejamiento y separación del sujeto de la sociedad.

Un segundo modelo para el fenómeno de las personas con discapacidad es el *rehabilitador* donde las causas de la discapacidad ya no son religiosas, sino que son científicas y por ello se piensa en que tales sujetos sí pueden aportar a la sociedad, pero siempre que sean rehabilitadas o normalizadas. Según este segundo paradigma, el problema de la discapacidad se sitúa en el individuo y las causas son el resultado de sus limitaciones. Aquí toda limitación de la persona, sea física, mental, intelectual o sensorial,² originalmente se determina por los profesionales de la salud, quienes conciben y catalogan el fenómeno desde un diagnóstico médico.

En respuesta a este último paradigma, el *modelo social de discapacidad* postula que el origen o causa de la discapacidad lo constituyen en realidad las barreras sociales, de modo tal que se concibe a la discapacidad como una limitación social, es decir que se genera dentro de las barreras que impone la sociedad y es por eso que oriundamente fue llamado *modelo de barreras sociales*.

A diferencia del *modelo médico o rehabilitador*, el cual pone énfasis en el tratamiento de la discapacidad, orientado a conseguir la cura, una mejor adaptación del sujeto, o un cambio conductual, situando el problema dentro del individuo y considerando que las causas son el resultado exclusivo de las limitaciones funcionales o pérdidas psicológicas, que son asumidas como originadas por la deficiencia; el *modelo social* pone énfasis en la

² *Cf.* Observación general N° 1 (2014) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, del 19 de mayo de 2014, punto 9.

rehabilitación de una sociedad, que ha de ser concebida y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas, gestionando las diferencias e integrando la diversidad (Pérez Bueno ápuod Victoria Maldonado 2013, 824).

Este modelo se llegó a consolidar normativamente cuando se aprobó por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual entró en vigor hacia el 3 de mayo de 2008.

Como venimos diciendo, según este prototipo, la discapacidad, en realidad, radica en la propia sociedad y nunca en la persona, de manera que aquello que pueden aportar a la sociedad las personas con discapacidad se halla estrechamente vinculado con la inclusión y la aceptación de la diferencia de modo tal que, junto a una variante denominada modelo de la *diversidad*, el *discapacitado* es una persona diversa a otra y su presencia en la sociedad, en igualdad de derechos, implica un elemento de enriquecimiento (De las Heras García 2010, 6).

Dicho de otro modo, se parte de la premisa de que la discapacidad es una construcción social, ergo, no es la deficiencia que impide a las personas con discapacidad acceder o no a un determinado ámbito social, sino los obstáculos y barreras que crea la misma sociedad, que limitan e impiden que las personas con discapacidad se incluyan, decidan o diseñen con autonomía su propio plan de vida en igualdad de oportunidades (Victoria Maldonado 2013, 817).

En efecto, en el literal e) del preámbulo de la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad se declara 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 al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*”

Este nuevo paradigma se cimienta en 4 ejes principales (Palacios 2017, 6 y ss.):

El primero procura superar un modelo denominado de “sustitución en la toma de decisiones” garantizando un “sistema de apoyos en la toma de decisiones”. Ello supone reconocer la capacidad jurídica y también la prestación de un sistema de apoyos para aquellas personas que lo requieran, acompañado por un sistema de salvaguardas que garanticen a la persona la toma de decisiones de conformidad con los nuevos estándares del derecho internacional, que precisan, entre otras cuestiones el respeto de su voluntad y preferencias.

El segundo eje se encamina a garantizar que las personas con discapacidad puedan gozar y ejercer sus derechos en condiciones de igualdad y de no discriminación por motivo de su discapacidad.

El tercero alude a la existencia de una fuerte evidencia que muestra que las mujeres y niñas con discapacidad enfrentan barreras en la mayoría de las áreas de la vida, y que dichas barreras crean situaciones de discriminación múltiple e interseccional.

Y, por último, se cimenta este modelo en el derecho a la educación inclusiva, lo que supone una educación sin discriminación y sobre la base de igualdad de oportunidades.

Conforme a la Convención, la consolidación de este modelo exige que el poder legislativo derogue las leyes que vulneran sus postulados y se creen normas que complementen el Tratado y permitan el diseño e implementación de la política pública en la materia desde la perspectiva de los derechos humanos; siendo que fruto de tal labor es justamente este Decreto Legislativo.

Basta agregar que este modelo está expresamente reconocido en el Decreto Legislativo 1384, pues se lo menciona taxativamente en la Primera Disposición Complementaria Transitoria, en su parte final.

2. LAS DISCUSIONES AL MODELO

Pero si bien se trata de un modelo interesante, útil y loable en su bondadosa intención, es de hacer notar que como todo modelo foráneo –puesto que nació indistintamente en Estados Unidos, en el Reino Unido y los países escandinavos- requiere previa a su “colocación” una adaptación acorde a la realidad sobre la cual va a regir. Pero parece que ello no ha sido tomado muy en cuenta por nuestro legislador, pues se olvidaron que en el Perú estamos en una realidad donde impera la “viveza criolla”; en suma, una realidad muy distante a aquella donde nació este paradigma, lo cual puede traernos tarde o temprano diversos problemas aplicativos generados por el legislador y que, lamentablemente, tendrá que solucionarlos el juez.

El problema se agudiza cuando, según el nuevo Decreto, van a coexistir dos sistemas con paradigmas distintos, pues para un grupo regirá el modelo social y para otro seguirá rigiendo el modelo rehabilitador, lo cual es contraproducente.

Además, el modelo actual ha pasado –dicho de modo muy crudo- de un soporte científico a uno no científico, en sentido estricto. De tal manera que el anterior modelo se basaba en datos objetivos, mientras que el actual va a

chocarse con supuestos sumamente complicados donde sus postulados no podrán ser de plena aplicación. Por ejemplo, ¿qué se puede hacer frente a un enfermo mental cuyo grado de discapacidad irreversible es de tan alto nivel que no puede ni siquiera expresarse, donde el médico dice que ya no cuenta con discernimiento? ¿Es posible pensar que ese sujeto es plenamente capaz en ejercicio? Si se piensa de ese modo, entonces ¿por qué se le tiene que designar un apoyo judicialmente? ¿O es que se piensa que sí tiene discernimiento pero que no lo puede dar a conocer? Y en todo caso, no queda bien en claro cómo proceder en el supuesto en que el sujeto no cuente con persona alguna en su alrededor, pareciendo que será el Estado quien tendrá que ver cómo se hace cargo de tal situación (*cf.* artículo 846° del código procesal civil).³ En la misma senda no queda bien en claro cómo es que este sujeto tiene plena capacidad y un adolescente menor de 16 años es un incapaz absoluto. Mírese este tema desde la óptica penal y se entenderá lo que pretendemos decir.

Otro aspecto es el referido a los presupuestos en los que se basa el modelo. Como se conoce bien, los presupuestos deben ser válidos y verdaderos, porque en caso contrario toda la construcción se viene abajo (*cf.* Bunge 1972, 195-196, 203, 214,225; Piscoya Hermoza 1995, 108 y ss.).

Al respecto, diremos que uno de los presupuestos del que se parte en este modelo es seriamente discutible, pues según la Convención es un elemento necesario y fundamental para modificar la realidad social; y decimos discutible porque su punto de partida es la siempre cuestionada creencia de la omnipotencia de la ley (*cf.* Bunge 2000), es decir, se parte de creer que la legislación va a cambiar a la sociedad, cuando parece que en la realidad la influencia se manifiesta más bien de la sociedad hacia la ley. O sea, hace bastante tiempo ya se entendió que el derecho debe procurar regular la sociedad, pero es mucho más simple que el derecho vaya acogiendo las

³ Es interesante ponerse a reflexionar sobre el presente modelo y las relaciones que se han ido dando entre el Estado y los sujetos. Se conoce que en un inicio el Estado sometía a los sujetos de modo tal que estos reaccionaron “desterrando” al Estado, naciendo así los derechos civiles y políticos. Luego el sujeto se dio cuenta de que necesitaba del Estado para alcanzar algunos derechos, pues hay algunos –los económicos, sociales y culturales- que individualmente no los podrá conseguir, por lo que pidió al Estado acercarse un poco nuevamente. Finalmente, entre el Estado y el sujeto se tuvo que generar una cooperación para alcanzar el mejor bienestar entre ellos y otros Estados y sujetos, naciendo así los derechos de la tercera generación. Ahora pareciera ser que estamos de regreso a la primera etapa pero donde el sometido es el Estado frente al sujeto, afirmación que no es del todo ajena pues también se ha vislumbrado con anterioridad que llegará la época en que el Estado tendrá que asumir su responsabilidad de hacerse cargo de todos los sujetos que no pudieron incorporarse a la sociedad y cumplir un rol dentro de la colectividad justamente por las deficiencias y omisiones de los gobernantes (*cf.* Aranguren 1999).

instituciones que se presentan en la realidad y las regule adecuadamente que pensar que la sola dación de una ley va a cambiar a la sociedad.

Otro presupuesto sumamente discutible es el manifestado en el punto 14 de la Observación general N° 1 (2014) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, del 19 de mayo de 2014 donde se afirma que:

El concepto de capacidad mental es, de por sí, muy controvertido. La capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesiones y prácticas que desempeñan un papel predominante en su evaluación.

Definitivamente esta afirmación no nos parece acertada. Decir que la capacidad mental, medida siempre desde el punto de vista médico, es más bien un fenómeno que depende de los contextos sociales y políticos no es correcto. Es decir, el hecho de que una sociedad discrimine a un sujeto con discapacidad es una cosa, pero otra muy distinta es que se afirme que la capacidad mental depende del contexto socio-político.

De ser esto totalmente cierto, entonces, cómo es que se va a determinar quién necesita apoyo y ajuste razonable y quién no. Si el punto de partida es que todos son capaces, cuál debe ser la base para un juez, en el caso en que el pedido lo haga, sobre todo, un tercero distinto al sujeto con discapacidad.

Dicho de otro modo, si bien es cierto es necesario corregir algunos actos discriminatorios hacia las personas con discapacidad, pero para ello no es ni adecuado ni prudente afirmar que su discapacidad está en la sociedad y no en el sujeto. En todo caso, el sujeto tiene una discapacidad y parte de la sociedad necesita entender tal situación y facilitarle un desarrollo con los ajustes razonables que fuera menester, pero esto es otra cosa.

3. EL CAMBIO EN EL TRATAMIENTO DE LA CAPACIDAD

El Decreto Legislativo 1384 ha sido denominado como la ley que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

Y conforme a las modificaciones introducidas, el resultado final se muestra en el siguiente cuadro:

CUADRO 1: VARIACIÓN DE LA CAPACIDAD CON LA VIGENCIA DEL D. LEG. 1384

SUPUESTO	ANTES			AHORA					
	Situación	Art	Medida	Situación	Art	Medida			
Mayor de 18	Capacidad plena de ejercicio	42	¿?	Capacidad de ejercicio plena	42				
Casado mayor de 14 (16) años									
Ejerce paternidad									
Mayores de 14 (solo para reconocimiento, gastos de embrazo, tenencia, alimentos, filiación extramatrimonial)		46			¿?		¿42?		
Mayor de 16 años con título de profesión u oficio									
Entre 16 y 18 años	Incapacidad relativa de ejercicio	44.1	Patria potestad o tutela (45, 502)	Capacidad de ejercicio restringida	44.1	Patria potestad o tutela (45-A, 502)			
Retardado mental		44.2	Curatela con interdicción (45, 564, 566)	Capacidad de ejercicio plena	42	Con voluntad: apoyo y salvaguardias judicial o notarial (45-B.1) Sin voluntad: apoyo y salvaguardias judicial (45-B.2, 659-E)			
Deterioro mental		44.3							
Pródigo		44.4					Capacidad de ejercicio restringida	44.4	Curatela con interdicción (45-A, 581)
Mal gestor		44.5							
Ebrio habitual		44.6							
Toxicómano		44.7							
Penado con interdicción civil anexa		44.8	Curatela sin interdicción (45, 564, 566)	44.8	Curatela sin interdicción (45-A)				
Estado de coma sin apoyo		¿?		44.9	Apoyo y salvaguarda previo (45-B.4) o judicial posterior (45-B.5, 659-E)				
Menor de 16 años, salvo excepciones		Incapacidad absoluta de ejercicio	43.1	Patria potestad o tutela (45, 502)	Incapacidad absoluta de ejercicio	43	Patria potestad o tutela (45-A, 502)		
Privado de discernimiento	43.2		Patria potestad, tutela o curatela (45, 502, 564)	Capacidad de ejercicio plena	42	(sin voluntad) apoyo y salvaguardias judicial (45-B.2, 659-E)			
<i>Personas con discapacidad que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable</i>	43.3					(con voluntad) apoyo y salvaguardias judicial o notarial (45-B.1)			

Ahora corresponde mostrar unos pocos dilemas generados por esta serie de cambios en algunas de las ramas del derecho civil sobre todo no patrimonial, siguiendo la estructura de nuestro código sustantivo, pues al tocar el tema de la capacidad de las personas con discapacidad, tangencialmente se ha afectado también a otros sujetos, e indirectamente a todas las esferas del derecho civil.

EN EL DERECHO DE PERSONAS

4. ¿CASADOS MAYORES DE 14 AÑOS?

El nuevo artículo 42° que regula la capacidad de ejercicio plena ahora dispone:

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.

Sobre esto, en el Perú no se posible el matrimonio de un sujeto entre los 14 y 16 años. Por tanto, lo dispuesto en el modificado artículo 42° del código civil no es viable, al menos en ese tramo etario.

En efecto, el matrimonio solamente es posible en el Perú desde los 16 años conforme al artículo 241° que dispone que no pueden contraer matrimonio los adolescentes salvo cuando el juez por motivos justificados dispense su celebración siempre que los contrayentes tengan como mínimo 16 años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse.

Por tanto, la introducción hecha de que un sujeto entre 14 y 16 años tiene plena capacidad de ejercicio es irreal.

5. LA CAPACIDAD DE QUIENES EJERCITEN LA PATERNIDAD

Nuevamente, el mismo artículo 42° que regula la capacidad de ejercicio plena, reza ahora:

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.

Con esta nueva regulación surge la duda de qué se entiende por la construcción “quienes ejerciten la paternidad”, pues puede referirse a quienes hayan tenido hijos o a quienes al tener hijos se han hecho plenamente responsables de ellos.

Si se toma partido por la primera postura, o sea, la que basta tener un hijo para ser plenamente capaz, hay que tener en cuenta que la diferencia con quienes han contraído matrimonio es que, en este caso, el matrimonio requiere de una serie de pasos en los cuales el sujeto tiene que meditar si se

casa o no. En cambio, hoy en día el que un adolescente pueda tener relaciones y procrear, se puede lograr sin tener un grado de madurez mínimo.

Es cierto que lo perseguido por el legislador es que el adolescente que ya ha tenido un hijo necesita contar con la capacidad plena para actuar por sí solo y en defensa de su vástago. Pero conociendo la realidad peruana, hay muchos adolescentes que han tenido hijos sin tener plena conciencia de lo que han hecho y peor aún, no se hacen cargo de los hijos procreados. El cuestionamiento, entonces, es si el legislador no está acaso premiando la irresponsabilidad, pues permite que este sujeto que no se hace cargo de su hijo, tenga plena capacidad para otros asuntos.

Por ello pareciera que la segunda interpretación es la más acorde, es decir, aquella por la cual “ejercicio de la paternidad” debe entenderse, justamente, como el ejercicio real y responsable de la paternidad. Aunque, evidentemente este tema nos traslada al caso del adolescente no progenitor pero que se hace cargo de otro menor como si fuera el padre, por ejemplo, el caso del hermano mayor. Si seguimos la misma línea, se tiene que este tipo de sujetos debieran contar con la plena capacidad de ejercicio, pero la dificultad es, definitivamente, el tema de probanza, además de la literalidad de la ley.

6. ¿Y EL QUE TIENE TÍTULO Y ES MAYOR DE 16 AÑOS?

Según el artículo 46° el que obtiene título oficial que le autorice para ejercer una profesión u oficio tiene plena capacidad de ejercicio. Pero según el modificado artículo 42° este supuesto ya no está contemplado entre quienes tienen capacidad de ejercicio plena.

La pregunta, entonces, es si este tipo de sujetos ha perdido o no la capacidad de ejercicio plena, pues la redacción del nuevo artículo 42° parece insinuar ello, sobre todo porque habla de modo excepcional.

En realidad, creemos que no, porque de ser así, se debió derogar o modificar el artículo 46°, cosa que no se ha hecho.

Pero en todo caso, es menester precisar que un supuesto de tal naturaleza era viable meridianamente en el año de dación del código civil, pero prácticamente improbable en la actualidad. Es decir, es casi imposible que un adolescente antes de los 18 años cuente con un título que lo autorice para ejercer una profesión u oficio.

En ese sentido, desde el plano real no parece que pueda traer mayores complicaciones dicha modificación, aunque desde el plano formal lo ideal sería evitar todo tipo de antinomia.

EN EL ACTO JURÍDICO

7. LA DIFICULTAD SOBRE EL SUJETO EN EL ACTO JURÍDICO

El actual artículo 140° inciso 1 del código civil refiriéndose al acto jurídico ahora dice:

(...) Para su validez se requiere: 1. Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley. (...)

Por tanto, quien tenga plena capacidad de ejercicio puede celebrar un acto jurídico.

Y siguiendo la línea actual, el artículo 221°, al regular las causales de anulabilidad negocial reza:

El acto jurídico es anulable: 1.- Por capacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44. (...).

Y con lo cual se guarda coherencia.

Sin embargo, en el artículo 219° que regulaba las causales de nulidad, se ha derogado el numeral 2 que aludía que el acto jurídico es nulo cuando sea practicado por persona absolutamente incapaz.

El error es patente por dos motivos.

Primero porque el modelo actual ha mantenido a la figura de la incapacidad absoluta de ejercicio para los casos de menores de 16 años. Por tanto, debió mantenerse o en todo caso aludir a que el negocio será nulo cuando sea practicado por un incapaz absoluto por ser menor de 16 años de edad.

Y segundo porque no es dable que se exija en el artículo 140° como requisito de validez del acto jurídico la plena capacidad de ejercicio y no se sancione con nulidad la ausencia de tal componente en el artículo 219°.

Sobre esto se podrá decir que al exigir el artículo 140° la plena capacidad de ejercicio para la validez del negocio, no hay inconveniente en entender que el negocio no vale si es que es celebrado por un sujeto que no cuenta con dicha capacidad plena de ejercicio.

Lamentablemente la realidad nos ha enseñado que tal concepción no es del todo sencilla.

A modo de ejemplo tenemos el caso de la hipoteca donde nuestra legislación exige como requisito de validez que se constituya por inscripción registral,⁴

⁴ Artículo 1099°.- Son requisitos para la validez de la hipoteca:

- 1.- Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.
- 2.- Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.

sin embargo, nuestra judicatura en más de una oportunidad ha dicho que la hipoteca puede constituirse por escritura pública sin necesidad de inscripción y hasta por un simple documento privado.⁵

Otro ejemplo es la disposición de bienes conyugales por uno solo de los cónyuges. Como se puede ver el artículo 315° exige la participación de ambos cónyuges para la disposición de bienes conyugales. Este tema que siempre se trabajó como un supuesto de nulidad, porque eso se infería de la lectura del artículo mencionado, hoy en día es hasta materia de un Pleno Casatorio, y ya encontramos sentencias que deciden que un acto jurídico de tal naturaleza no es nulo porque no lo sanciona de ese modo la ley.

Por lo dicho, la derogación sin más del inciso 2 del artículo 219° no es saludable.

8. SOBRE LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

El artículo 140° es el que regula la manifestación de voluntad diferenciando a la voluntad expresa de la tácita.

El primer cambio, entendible por el modelo, es que ya no solo será voluntad expresa la escrita o la oral manifestada a través de cualquier medio, sino también se incluye al lenguaje de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona.

En este sentido, debe entenderse que esta opción de lenguaje de señas o medio alternativo, es solo para los sujetos que no pueden expresarlo de modo oral o escrito en sentido estricto. Por ejemplo, si alguien pudiese hablar, no sería dable que manifestase su voluntad a través de un gesto o señales, pues en ese caso estaríamos más bien ante una voluntad tácita.

En síntesis, el lenguaje alterno ha sido previsto no para quien tiene la facultad de expresarse con normalidad, sino para permitir que todos los sujetos que sufren de alguna discapacidad tengan la oportunidad de expresarse.

3.- Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble. (énfasis agregado).

⁵ Según la Casación 1276-01-Lima, como el artículo 1098° del código civil no sanciona con nulidad a la exigencia de que sea otorgada mediante escritura pública, ella constituiría solamente una formalidad *ad probationem*. En igual sentido tenemos a la Casación 1618-99-Lima y ello se debe a que nuestro código al regular la formalidad de la hipoteca en su artículo 1098° no sanciona con nulidad el hecho de no constituirla por escritura pública. No obstante, el artículo 1099°, en su inciso 3 exige para la validez de la hipoteca que esta sea inscrita en Registros Públicos, por lo que la formalidad, en estricto, es la inscripción registral del negocio.

El segundo cambio versa sobre la voluntad tácita. Originalmente se hablaba de voluntad tácita cuando la voluntad se infería indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelaban su existencia. Ahora es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de la vida que revelan su existencia.

Como se puede ver el cambio se refiere exactamente a lo mismo, es decir a un comportamiento que refleja que internamente el sujeto ha querido concederle un sentido a su voluntad. Sin embargo, la construcción original era más amplia pues hablaba de comportamientos que revelaban la existencia de la voluntad, mientras que la versión actual exige que dichas conductas sean reiteradas en la historia de vida del sujeto.

Aun así, nos parece que como se ha mantenido la primera parte del supuesto de hecho normativo -es decir la referida a la simple actitud- consideramos que no se ha manifestado un cambio sustancial, añadiendo que, en todo caso, la versión original era plenamente adaptable para los sujetos con discapacidad, por lo que el cambio no nos parece necesario.

9. SOBRE LA CAPACIDAD DE EJERCICIO RESTRINGIDA EN BENEFICIO PROPIO

Un último cambio en materia de acto jurídico corresponde al artículo 226° del código civil. Dicho artículo originalmente rezaba:

La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común.

Con el Decreto bajo examen el nuevo texto dice así:

Cuando hubiere más de un sujeto que integre una misma parte, la capacidad de ejercicio restringida del artículo 44 de uno de ellos no puede ser invocada por la otra que integre la misma parte, salvo cuando es indivisible la prestación o su objeto.

Como se puede apreciar en el texto original, por ejemplo, si se celebraba un contrato con un menor de edad, dígame de 17 años, pero sabiendo que era menor de edad, la otra parte que conocía de esta situación, no podía utilizar tal escenario para salir beneficiado.

Ahora la figura ha cambiado. Así, el ejemplo refiere el caso en que un sujeto con capacidad restringida que se une a otro para comprometerse ante un tercero. Por ejemplo, un menor de 18 años y mayor de 16 (o un pródigo, un mal gestor, un ebrio habitual, un toxicómano, un penado con aneji3n de interdicci3n civil o un sujeto en estado de coma) se junta con otro sujeto con plena capacidad de ejercicio y ambos contratan con un tercero tambi3n

plenamente capaz. En este caso el segundo sujeto no puede luego retractarse de su obligación so pretexto de que junto al él está un sujeto con capacidad de ejercicio restringida. Por ende, este está obligado a cumplir con la obligación que voluntariamente aceptó, no pudiendo acudir a la anulabilidad del contrato a base del artículo 221° del código civil, porque justamente él sabía o debía saber que en su polo contractual había un sujeto con capacidad de ejercicio restringida.

Como acabamos de ver, se sanciona el actuar o doloso o culposo, pues no interesa si es que este sujeto sabía o no que un sujeto con incapacidad de ejercicio restringida contrataba junto a él.

Pero el primer problema que se presenta es que el artículo solamente habla de los sujetos con capacidad de ejercicio restringida, es decir, los que se conocían como incapaces relativos, pero ¿y qué sucede con un incapaz absoluto?

En efecto, como ya hemos visto, dentro de los supuestos de incapaces absolutos subsiste el caso del menor de 16 años. Según el nuevo texto, si junto a mí contrata un chico de 15 años, para con un tercer sujeto, luego yo sí podría escudarme en que mi conformante de parte es incapaz absoluto y, por tanto, solicitar la nulidad del contrato, saliendo beneficiado con mis propios actos, lo cual va contra la doctrina de los actos propios.

Este dilema no se presentaba en el articulado original pues este, por su redacción, abarcaba a ambos tipos de incapaces (absolutos y relativos), con el mismo resultado (aunque también se ha dicho que aludía únicamente a los incapaces relativos, pues la nulidad puede ser intentada por cualquiera que acredite interés. Cf. Palacios Martínez 2003).

En fin, lo rescatable es que la excepción hecha en el articulado del texto original ha sido precisada por la redacción actual, pues la inicial, de por sí, era ininteligible.

EN EL DERECHO DE FAMILIA

10. LOS “*INCAPACES RELATIVOS*” Y SU TRATAMIENTO ACTUAL

Estrechamente conectado al derecho de personas es menester revisar las medidas establecidas para los antes llamados *incapaces relativos de ejercicio* regulados en el artículo 44 del código civil, pues se ha generado un sistema mixto en donde coexisten; la patria potestad, la tutela, la curatela con interdicción, la curatela sin interdicción y el sistema de apoyo y salvaguardia voluntario (notarial) y judicial.

- ✓ Para el caso del *menor de 18 años* pero mayor de 16 se le considera ahora un sujeto con capacidad de ejercicio restringida y la medida sigue siendo la patria potestad o la tutela, ello conforme a los artículos 45-A y 502 del código civil.
- ✓ Para el caso del *retardado mental* que antes le correspondía la curatela con interdicción, según los artículo 45, 564 y 566) ahora es considerado un sujeto con plena capacidad de ejercicio y la medida es la de apoyo y salvaguardia judicial o notarial si es que cuenta con voluntad, o de apoyo y salvaguarda judicial si es que no cuenta con ella, en virtud de los artículos 45-B incisos 1 y 2 y 659-E). No está demás decir que genera más de una incertidumbre el supuesto por el cual puede existir un sujeto con discapacidad que es considerado como plenamente capaz de ejercicio pero que no pueda expresar su voluntad, sobre todo si lo comparamos con un menor de 16 años que sigue siendo considerado un incapaz absoluto.
- ✓ Exactamente lo mismo es para el caso de quien sufre *deterioro mental* a quien antes le correspondía la curatela con interdicción, según los artículo 45°, 564 y 566, pero ahora es considerado un sujeto con plena capacidad de ejercicio y la medida es la de apoyo y salvaguardia judicial o notarial si es que cuenta con voluntad, o de apoyo y salvaguarda judicial si es que no cuenta con ella, en virtud de los artículos 45-B incisos 1 y 2 y 659-E.
- ✓ Para el caso del *pródigo*, originalmente considerado incapaz relativo cuya medida era la de curatela con interdicción conforme a los artículos 45, 564 y 566, ahora se le concibe como un sujeto con capacidad de ejercicio restringida pero la medida sigue siendo la curatela con previa interdicción, ello según los artículos 45-A y 581.
- ✓ Exactamente lo mismo sucede con el *mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano*.
- ✓ Y en el caso del *penado con interdicción civil anexa* considerado como incapaz relativo de ejercicio y cuya medida era la curatela sin interdicción (porque ya estaba anexa a la pena), conforme a los artículos 45. 564 y 566, ahora es considerado un sujeto con capacidad de ejercicio restringida y la medida pertinente sigue siendo la curatela sin interdicción, según el artículo 45-A.
- ✓ Por último, tenemos al *sujeto en estado de coma*. Este sujeto no estaba contemplado en el texto original del código civil y ahora es considerado un sujeto con capacidad de ejercicio restringida. Y la medida dependerá

de su situación. Si este sujeto antes de caer en estado de coma tuvo la previsión de nombrar un apoyo, entonces la medida es justamente la de apoyo y salvaguardia previamente designado por él mismo, en virtud del artículo 45-B numeral 4. Pero si no designó apoyo alguno la medida será la de apoyo y salvaguardia designado posteriormente de modo judicial.

11. LOS “*INCAPACES ABSOLUTOS*” Y SU TRATAMIENTO ACTUAL

En el artículo 43 del código civil se hablaba de los incapaces absolutos. Originalmente se contemplaba bajo sus supuestos a tres tipos de sujetos: los menores de 16 años, los privados de discernimiento y las personas con discapacidad que no podían expresar su voluntad de modo indubitable. Veamos cómo ha quedado en la actualidad.

- ✓ El menor de 16 años era considerado incapaz absoluto y se sujetaba a la patria potestad o tutela conforme a los artículos 45 y 502 del código civil. Luego de la entrada en vigencia del Decreto en estudio, su situación es prácticamente la misma, sigue siendo considerado incapaz absoluto porque el inciso 1 del artículo 43 sigue vigente y se sujeta a la patria potestad o a la tutela según el caso, conforme a los artículo 45-A y 502.
- ✓ El sujeto privado de discernimiento considerado como incapaz absoluto ahora es tenido como un sujeto con capacidad de ejercicio plena, pero al no tener discernimiento, no cuenta con voluntad, por tanto, la medida que le corresponde es la de apoyo y salvaguardia judicial conforme a los artículos 45-B numeral 2 y 659-E.

En este espacio llama la atención los casos de las personas cuyo discernimiento prácticamente es nulo porque su estado mental es tan paupérrimo que les impide ya no solo pensar sino expresar lo que sienten. Es decir, se trata de sujetos frente a los cuales no es posible conocer su voluntad porque hasta médicamente ya no la tienen. Como se entiende, en estos casos la medida más idónea debió seguir siendo la interdicción, sin embargo, ello no es posible con la modificación legislativa, sobre todo si la parangonamos con el sujeto en estado de coma.

En tal sentido, lo que corresponde es que cualquier persona o familiar del sujeto (porque el propio individuo ya no puede) solicite la designación de apoyos y salvaguardias para este sujeto, los cuales bien podrían recaer en parientes cercanos.

En este punto viene en ayuda el numeral 21 de la Observación general N° 1 (2014) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, del 19 de mayo de 2014 donde se afirma que:

Cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del "interés superior" debe ser sustituida por la "mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias". Ello respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de conformidad con el artículo 12, párrafo 4. El principio del "interés superior" no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 en relación con los adultos. El paradigma de "la voluntad y las preferencias" debe reemplazar al del "interés superior" para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás.

No obstante, la cosa se complica cuando ningún pariente quiere hacerse cargo, o, peor aún, cuando se desconoce si se cuenta con algún pariente, caso en el cual el Ministerio Público es el llamado a solicitar los apoyos y salvaguardias. En estos casos pareciera que la responsabilidad deberá recaer en alguna institución, sobre todo estatal, dado que las privadas, por lo regular, cobrarán por los servicios a prestar.

- ✓ Por último, el supuesto de las personas con discapacidad que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable fue derogado el 24 de diciembre del año 2012 a través de la Ley 29973 – Ley general de la persona con discapacidad, asumiendo que todas ellas, de una u otra manera, podían expresar su voluntad. Por ello son consideradas ahora como sujetos con plena capacidad de ejercicio y la medida correspondiente es la de apoyo y salvaguardia judicial o voluntaria, es decir que puede fijarse notarialmente, según el artículo 45-B inciso 1.

12. LOS LEGITIMADOS PARA SOLICITAR LA INTERDICCIÓN

El original artículo 583 del código civil regulaba que podían pedir la interdicción del incapaz su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público.

Ahora, sabiendo que la interdicción se ha mantenido únicamente para los casos del pródigo, el mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano, el texto modificado refiere que pueden pedir la interdicción de la persona con capacidad de ejercicio restringida según el artículo 44 numerales del 4 al 7, su cónyuge, sus parientes o el Ministerio Público.

Es decir, en esencia no ha habido mayor modificación.

Sin embargo, conforme a los avances, sobre todo constitucionales acerca de la estructura de la familia, nos parece que bien pudo incluirse al conviviente como un sujeto legitimado para incoar la interdicción de esta clase de sujetos.

13. CONTRADICCIÓN EN LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 569°

Es llamativo el caso del artículo 569° del código civil. En efecto, en el artículo 659°-B del Decreto en estudio se elabora la definición de apoyos y se dice que los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.

Y siguiendo la línea del modelo se agrega que 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 569°, que refiere el caso de la prelación de la curatela legítima.

Y se culmina afirmando que 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.

Como acabamos de ver, se recurre al artículo 569° del código civil. No obstante, en la Única Disposición Complementaria Derogatoria se dispone la derogación del artículo 569° del código civil, lo cual es absurdamente contraproducente.

EN EL DERECHO SUCESORIO

14. SOBRE LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA

El artículo 687° el código civil originalmente mandaba:

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, incisos 2 y 3, 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.

Con la dación del Decreto Legislativo en estudio, ahora el inciso 2 ha sido modificado y ha quedado del siguiente modo:

Son incapaces de 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.- 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.

Veamos, los incisos 2 y 3 del artículo 43° han sido derogados, por tanto, es entendible que se hayan suprimido tales supuestos del artículo 687°. En todo caso, con claridad se cuenta con el inciso 3 de este último artículo donde se excluye a quien carece de la lucidez mental y de la libertad suficiente para el otorgamiento del acto.

Evidentemente, la permanencia de este último inciso puede parecer hasta contraproducente parcialmente si se lo compara con los incisos derogados del artículo 43°, sobre todo el 2 que refería a quien se encontrase privado de discernimiento.

Por otro lado, se han suprimido los incisos 2 y 3 del artículo 44°, pues justamente tales han sido derogados, ya que aludían a los retardados mentales y a lo que adolecieren de deterioro mental, sujeto que ahora son considerados como plenamente capaces.

Por último, se ha incluido al sujeto que está en estado de coma quien, por evidentes razones, no podrá otorgar testamento, ni siquiera con apoyos porque el testamento es un acto personalísimo e indelegable conforme se manda en el artículo 690° del código civil, si bien este supuesto podría comprenderse dentro del inciso 3 del artículo 687°.

15. SOBRE LAS FORMALIDADES DEL TESTAMENTO PÚBLICO

Como se conoce bien, el testamento es un acto jurídico solemnísimos, y de entre todos los tipos existentes en nuestra legislación, al que más exigencias formales se le imponen es al testamento otorgado por escritura pública.

Sobre ello el artículo 696° del código civil disponía:

Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:

- 1.- Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles.
- 2.- Que el testador exprese por sí mismo su voluntad, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.
- 3.- Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas.
- 4.- Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.
- 5.- Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija.

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 por deficiencia auditiva o de lenguaje, podrá expresar su asentimiento u observaciones directamente o a través de un intérprete.

7.- Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido.

8.- Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto.

Con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1384, el artículo ha quedado modificado del siguiente modo:

Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:

1.- Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles.

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.

3.- Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas.

4.- Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.

5.- Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija.

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.

7.- Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido.

8.- Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto.

9.- Que, en los casos en que el apoyo de la persona con discapacidad sea un beneficiario, se requiere el consentimiento del juez.

El cambio en el inciso 2 es entendible y loable pues justamente con apoyos o ajustes razonables el sujeto con discapacidad podría dar a conocer su última voluntad al notario.

En cuanto al inciso 6, es de hacer notar que tal ya fue modificado previamente por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 29973 hacia el 24 diciembre 2012, cuyo texto original decía: *Que*

durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique, viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión de su voluntad

Ahora se dice que cuando el testador tiene alguna discapacidad se debe recurrir a los ajustes razonables o apoyos que sean necesarios para verificar la expresión de la voluntad.

El último punto si trae controversia. Como se puede observar allí se dice que el apoyo de la persona con discapacidad puede ser beneficiario del testamento para lo cual se requiere consentimiento del juez.

El primer dilema surge de que el legislador original dispuso que no podían ser beneficiados con las disposiciones testamentarias quienes participasen del acto, tal y como se manda en el artículo 688° del código civil, justamente para evitar cualquier suspicacia en el acto de otorgamiento, donde se perseguía una absoluta independencia e imparcialidad del testador.

En el caso de la persona con discapacidad se podría entender tal permisión desde que el apoyo puede ser un sujeto que ayude continuamente a la persona con discapacidad, a diferencia del notario o los testigos. Sin embargo, creemos que en casos como estos es mejor que el testador previo al faccionamiento de su testamento disponga algún pago como contraprestación o si se desea una liberalidad a favor de su apoyo, es decir, a través de un acto *inter vivos*; impidiendo las disposiciones a favor de todo aquel que ha participado en el acto, y manteniendo con ello incólume la voluntad del testador, pues no se olvide que detrás siempre habrá sujetos que intentarán la nulidad, que por menores cosas se ha visto en la realidad.

Claro que el legislador exige contar para ello con el consentimiento del juez; entonces es cuando surge el segundo dilema consistente en averiguar cómo es que se consigue tal consentimiento. Aparentemente el mecanismo sería a través de un proceso no contencioso.

16. SOBRE EL TESTIGO TESTAMENTARIO A RUEGO

En el artículo 697° del código civil se regula la figura del testigo testamentario a ruego. El texto original de dicho aludía al testador invidente, sordo e impedido de firmar y mandaba:

Si el testador es ciego o analfabeto, deberá leérsele el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es sordo el testamento será leído en alta voz por él mismo, en el registro del notario. Si el testador no sabe o no puede firmar lo hará a su ruego el testigo testamentario que él designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento

Posteriormente, con la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 29973 se modificó tal artículo quedando su texto de la siguiente manera y refiriéndose al testigo testamentario a ruego:

Si el testador es analfabeto, deberá leersele el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia visual, el testamento podrá ser leído por él mismo utilizando alguna ayuda técnica o podrá leersele el notario o el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, el testamento será leído por él mismo en el registro del notario o con el apoyo de un intérprete. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego el testigo testamentario que él designe, de todo lo cual se hará mención en el testamento.

Ahora con la última modificación el citado artículo manda:

Si el testador es analfabeto, deberá leersele el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a través del uso de la huella dactilar, de todo lo cual se mencionará en el testamento. En caso no tenga huella dactilar, el notario debe hacer uso de cualquier otro medio de verificación que permita acreditar la identidad del testador.

Como se puede apreciar este artículo se aleja del modelo traído por el Decreto en estudio, pues en poco o nada aporta sobre el tema del modelo social de discapacidad, ya que alude al caso del analfabeto.

El primer cambio obedecía a que se buscaba tratar de modo similar a un testador común con aquel que contaba con alguna discapacidad, intentado evitar tratos discriminatorios. Sin embargo, el facilitar el otorgamiento de un testamento a un invidente o con cualquier otra discapacidad no nos parecía un trato discriminatorio sino un trato diferenciado que se hacía necesario regular.

Pero la modificación actual y final, nada tiene que ver con una persona con discapacidad.

En fin, ya no se entiende por qué se ha seguido manteniendo la sumilla de testigo testamentario a ruego, cuando la nueva regulación nada dice al respecto.

17. SOBRE LA NULIDAD Y LA ANULABILIDAD TESTAMENTARIA

El artículo 808° del código civil regula el supuesto de nulidad y anulabilidad del testamento a base de la capacidad del sujeto, recordando que estamos frente a un requisito de uno de los presupuestos negociales

La redacción original decía:

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.

Ahora el artículo reza:

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

Como se observa, para la nulidad ya no se habla de incapaces sino únicamente de menores de edad, lo cual guarda concordancia parcial con el modelo, por el cual se entiende que los menores de edad propiamente no son incapaces sino que son sujetos cuya capacidad está en construcción o consolidación.

No obstante, como ya vimos, esto no es del todo concordante, primero, con el inciso 1 del artículo 43° donde se sigue designando a los menores de 16 años como incapaces absolutos de ejercicio; y segundo, con el derogado numeral 2 del artículo 219° que aludía a la nulidad del acto jurídico por incapacidad absoluta del agente.

Siguiendo el modelo propuesto es entendible que se haya retirado a los mayores enfermos mentales cuya interdicción ha sido declarada, porque justamente ya no existe el proceso de interdicción para este tipo de sujetos.

Y, por último, para el caso de la anulabilidad se remite a los supuestos contemplados en el artículo 687° que ya se detalló donde se han consignado una serie de cambios acordes al modelo propuesto, y que, en todo caso, en el presente artículo se ha suprimido la voz “incapaces”.

EN MATERIA PROCESAL

18. SOBRE LA COMPETENCIA

En cuanto a la competencia territorial, conforme al artículo 21° del código procesal civil, ya modificado, 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 encuentran las personas con discapacidad y aquellas contempladas en los artículos 43° y 44° del código civil.

Pero el problema mayor se hace presente sobre la competencia por materia, pues el tema de interdicción ha venido siendo competencia de los jueces de familia.

Ahora surge la duda de si le corresponde conocer al juez civil, al de paz letrado o al de familia.

El artículo 4° del Decreto Legislativo 1384 dispone la modificación de los artículos 21, 24, 61, 66, 79, 207, 408, 446, 451, 581, 583, 749, 781, 782, 827 del código procesal civil.

En ese sentido, el artículo 749° de dicho cuerpo normativo ha sido modificado incorporando el numeral 13 dentro de los procesos no contenciosos, de tal modo que ahora el citado artículo ha quedado del siguiente modo:

Artículo 749.- Se tramitan en proceso no contencioso los siguientes asuntos:

1. Inventario;
2. Administración judicial de bienes;
3. Adopción;
4. Autorización para disponer derechos de incapaces;
5. Declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta;
6. Patrimonio familiar;
7. Ofrecimiento de pago y consignación;
8. Comprobación de testamento;
9. Inscripción y rectificación de partida;
10. Sucesión intestada;
11. Reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero.
12. Las solicitudes que, a pedido del interesado y por decisión del Juez, carezcan de contención; y
- 13. La designación de apoyos para personas con discapacidad.**
14. Los que la ley señale.

Con ello entonces, indudablemente el trámite de designación de apoyos es un proceso no contencioso.

Ahora bien, el artículo 750° del código adjetivo, que ha mantenido su texto original dispone:

Artículo 750.- Son competentes para conocer los procesos no contenciosos, los Jueces Civiles y los de Paz Letrados, salvo en los casos en que la ley atribuye su conocimiento a otros órganos jurisdiccionales o a Notarios.

En el proceso no contencioso es inaplicable la competencia por razón de turno.

La competencia de los Juzgados de Paz Letrados es exclusiva para los procesos de inscripción de partidas y para los que contienen en la solicitud una estimación patrimonial no mayor a cincuenta unidades de referencia procesal. Los procesos de rectificación de partidas podrán ventilarse ante los Juzgados de Paz Letrados o ante Notario.

De esto, entonces, se desprende que los juzgados de familia ya no serían competentes para resolver un caso de apoyo y salvaguardias, habiendo sido trasladada dicha competencia a los juzgados civiles.

La incertidumbre con respecto a los juzgados de paz letrados brota del Decreto Legislativo 1417 que promueve la inclusión de las personas con discapacidad. Este Decreto ha modificado el artículo 4° del Decreto Legislativo 1310 que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, y que en su artículo 4.4 establece que la designación de apoyos para las personas adultas mayores en sede judicial le corresponde al juez de paz letrado.

Con ello podría pensarse, por analogía, que, si para una designación de apoyos para un adulto mayor el juez competente es el de paz letrado, *a simili*, lo sería también para la designación de apoyos de otras personas que los necesiten.

No obstante, en el artículo 4.1. se precisa que cuando se trate de personas adultas mayores con discapacidad que puedan manifestar su voluntad, el trámite para la designación de apoyos se realiza conforme a las disposiciones previstas en el código civil y procesal civil; y con lo cual nos retornan a lo dicho líneas atrás.

Y en cuanto a los juzgados de familia, la duda puede resurgir si es que se tiene en cuenta que en el artículo 53° de la Ley Orgánica del Poder Judicial se afirma que los jueces de familia son competentes en materia tutelar, según el inciso e) para las pretensiones concernientes al estado y capacidad de la persona, contenidas en la Sección Primera del Libro I del Código Civil.

Dicha incertidumbre se acrecienta cuando en el literal f) del mismo artículo 53° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en materia tutelar dispone que son competentes los jueces de familia para:

f) Las pretensiones referidas a las instituciones de amparo familiar, con excepción de las concernientes al derecho alimentario, contenidas en la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil y en los Capítulos V, VI y VII del Título I del Libro Tercero del Código de los Niños y Adolescentes.

Y como el Capítulo de Apoyos y Salvaguardias se ha incorporado en el título II de la Sección Cuarta del Libro de Familia, pareciera que es competencia del juez de esta especialidad.

Sobre ello hay que tener presente que la creación de un juzgado de familia obedece a que es necesaria una especialidad para tratar los asuntos referidos justamente a las relaciones interfamiliares, a quien se le agregó la temática del derecho de menores.

Y si se atiende bien, el tema de la capacidad en sentido estricto, es un asunto civil, no familiar. Y en todo caso, si se ha venido entendiendo que se ha asignado la competencia tutelar es porque el legislador concibió que, al estar frente a un incapaz, es conveniente que uno de sus familiares cercanos (o su cónyuge) se haga cargo de él a través de la figura del curador. Ello explica la legitimidad activa para demandar la interdicción.⁶

Pero ahora, los sujetos con discapacidad mental son considerados plenamente capaces, por lo tanto, ya no está en discusión la capacidad y, además, ya no estamos ante un tema propiamente tutelar, motivo por el cual, la labor del juez de familia, en último caso, se circunscribiría únicamente a los casos de ebrios, toxicómanos, pródigos y malos gestores vía interdicción y, si se desea, al sujeto en estado de coma que no nombró apoyo oportunamente.

Además, como acabamos de mostrar, se trata ahora de un proceso no contencioso, y los únicos procesos no contenciosos que conoce el juez de familia, de conformidad con el mismo artículo 53° literal d) en materia civil son:

Los procesos no contenciosos de inventarios, administración judicial de bienes, declaración judicial de desaparición, ausencia o muerte presunta y la inscripción de partidas a que se refiere la Sección Sexta del Código Procesal Civil, si involucran a niños o adolescentes; así como la constitución de patrimonio familiar si el constituyente es un menor de edad.

Entonces, si concordamos este punto con lo dicho al inicio de este acápite no cabe duda de que, al estar ahora ante proceso no contencioso, cuya competencia no ha sido reservada legislativamente para el juez de familia, le correspondería su conocimiento al juez civil, no solo por una suerte de descarte (ya que la Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye todos los procesos civiles a un juez civil, excepto los asignados a otros juzgados), sino porque el propio artículo 750° del código procesal civil así lo establece. Empero, como el literal f) del artículo 53° de la Ley Orgánica del Poder Judicial habla de las pretensiones –de modo genérico- en materia tutelar de la Sección Cuarta del Libro de Familia como parte de la competencia del juzgado de familia, queda latente la duda, la que debió resolverse en el mismo texto legislativo.

⁶ Ver artículo 583° del código civil.

Sobre este punto el Reglamento de Transición al Sistema de Apoyos en observancia al Modelo Social de la Discapacidad aprobado por R. A. N° 046-2019-CE-PJ ha precisado, en su artículo 4.1. que el competente es el Juez de Familia respecto de las solicitudes nuevas, aunque lo malo es que da por sentado de que no hay mayor discusión conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando acabamos de ver que ello no es del todo cierto.

19. SOBRE LA TRANSICIÓN DE LOS PROCESOS

La Primera Disposición Complementaria Transitoria regula la transición al sistema de apoyos y salvaguardias del siguiente modo:

El Juez transforma los siguientes procesos a uno de apoyos y salvaguardias:

a) Aquellos procesos de interdicción que cuenten con sentencia firme donde se haya nombrado curador para la persona con discapacidad. En estos casos, con la entrada en vigencia de la presente Ley, las personas con discapacidad tienen capacidad de goce y de ejercicio, siendo aplicables las reglas establecidas en el Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil.

b) Aquellos procesos de interdicción en trámite, iniciados con anterioridad a la vigencia de la presente Ley. En estos casos, se suspende la tramitación del proceso y se aplican las reglas establecidas en el Capítulo Cuarto al Título II de la Sección Cuarta del Libro III del Código Civil.

El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial establece las reglas y procedimientos necesarios para el correcto funcionamiento de la transición al sistema de apoyos en observancia obligatoria del modelo social de la discapacidad.

De la lectura de esta disposición pareciera que le corresponde al juez la adaptación de los procesos ya culminados o en trámite. Sin embargo, ello no es así, al menos en los casos en que ya están concluidos porque en la Segunda Disposición Complementaria Final se manda:

Segunda.- Restitución de la capacidad de ejercicio de las personas interdictadas

Cualquier persona puede solicitar la reversión de la interdicción de personas con discapacidad, dictada con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, por la designación de apoyos y salvaguardias.

Entonces, se entiende que los procesos ya culminados exigen la participación de cualquier interesado para lograr la reversión del caso de interdicción, por tanto, no corresponde al juez ordenar de *motu proprio* la reversión porque al estar finalizada la causa ya habría perdido competencia.

Pero en los casos que se encuentren en trámite sí correspondería la adecuación, pero como el proceso original de interdicción era a pedido de parte, entendemos que el juez debe conceder un plazo a los solicitantes y

demás intervinientes en el proceso para que expresen lo conveniente, pues no se olvide que se trata de designar un apoyo y salvaguardias cuya labor no será la misma que la del curador, por tanto, el interesado debe hacer su propuesta en tal sentido.

En síntesis, los procesos ya culminados requieren de impulso de parte para revertir lo resuelto, pero los que están en trámite requieren de la colaboración de todos los sujetos procesales para la adecuación.

Y conforme a lo mostrado en el acápite anterior, entendemos que la competencia para los casos en trámite le corresponde al juez que está conociendo la causa, es decir, el juez de familia, pues iría contra la economía procesal la derivación del caso a otro juzgador. Además, ello es conforme al artículo 8° del código procesal civil que dispone que:

La competencia se determina por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda o solicitud y no podrá ser modificada por los cambios de hecho o de derecho que ocurran posteriormente, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario.

Y para corroborarlo se cuenta también con la Segunda Disposición Final del mismo cuerpo normativo que dispone que las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite, sin embargo, continuarán rigiéndose por la norma anterior; las reglas de competencias, los medios impugnatorios interpuestos, los actos procesales con principio de ejecución y los plazos que hubieran empezado.

Pero en los casos ya culminados, entendiendo que la reversión es una nueva solicitud que debe ser evaluada bajo la nueva normatividad, la competencia será del juez designado por el Decreto bajo análisis y precisado por el Reglamento, es decir, del juez de familia, puesto que el juez original ya perdió competencia, pues no estamos propiamente ante una ejecución, sino ante una nueva pretensión.

Por otro lado, un tema adicional es el referido a la entrada en vigor de la ley, o en todo caso, el tiempo de cumplimiento de la transición (y reversión) de los procesos.

Al leer la Primera Disposición Complementaria Transitoria, pareciera que la adecuación los procesos y la aplicación del Decreto *sub examine* debe ser inmediata, pues, además, la ley no ha previsto una *vacatio legis* en su texto.

No obstante, en la última parte de esta Disposición se incorpora un párrafo que genera incertidumbre sobre ello.

En efecto, el último párrafo dispone que el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial debe establecer las reglas y procedimientos necesarios para el

correcto funcionamiento de la transición al sistema de apoyos en observancia obligatoria del modelo social de la discapacidad.

Con ello, entonces pareciera que no corresponde la adecuación inmediata sino paulatina de los procesos, aunque también es cierto que ello no concuerda con el espíritu de urgencia de la ley, pues esta manda en su Primera Disposición Complementaria Final que el Reglamento tiene que emitirse dentro del plazo de 180 días y que las entidades deben adecuar sus trámites administrativos eliminando el requisito de interdicción en un plazo de 120 días, según la Segunda Disposición Complementaria Transitoria. Además, como ya anotamos, la Segunda Disposición Final del código procesal civil dispone que las normas procesales son de aplicación inmediata, incluso al proceso en trámite.

COLOFÓN

Como hemos venido diciendo el modelo propuesto es interesante y entendible desde una perspectiva de las personas con discapacidad, pero como todo modelo tiene sus aciertos e imperfecciones que se pueden ir corrigiendo en el tiempo, pero que merecieron una previa etapa de preparación para su implementación.

Ciertamente, el intentar un cambio exabrupto tan repentino puede traer consecuencias que “desde el escritorio” no se pueden medir, pero que acontecerán en desmedro de los juzgadores quienes tendrán que ingeniarse para solucionar las incertidumbres que se manifiesten.

Por ejemplo, en un caso donde la interdicción se ha demandado contra la madre del incapaz, y esta se opone, no a tal declaración, sino a que se declare curador a otro pariente, porque aduce que su hijo está siendo manipulado por este y para lo cual cuenta con un informe psicológico, ¿cómo se puede lograr la transición a un proceso no contencioso?, ¿acaso se debe ordenar la extromisión de la madre? Todo ello sin perjuicio de que existe el peligro de que este sujeto vaya y designe sus apoyos en sede notarial de modo inducido.

Igualmente qué pasará si ante un notario público un sujeto designa sus apoyos, pero luego alguien aduce que este sujeto ha sido manipulado para tal declaración... ¿tendrá el notario que abstenerse por ser tema controvertido? Y de ser así, ¿cuál es el proceso judicial en un caso como este donde ya hay contienda?

Y en el supuesto en que se logren dos declaraciones notariales de apoyo por dos sujetos distintos respecto de la misma persona con discapacidad (porque les puede interesar su patrimonio), ¿cómo se debe actuar?

Además de estas interrogantes surgen otras tantas de la realidad misma, en las que el legislador posiblemente no se puso a pensar detenidamente, y se atrevió a lanzar este modelo al mar judicial cual barco donde los jueces tendrán que aprender a manejar y velar porque “no haga agua”.

REFERENCIAS

- Aguilar Llanos, Benjamín. *Manual de Derecho de Sucesiones*. Lima: Pacífico Editores S.A.C., 2014.
- Albaladejo, Manuel. *Curso de Derecho Civil V - Derecho de Sucesiones*. Undécima edición. Madrid: Edisofer, 2015.
- Aranguren, José Luis L. *Ética y Política*. 2ª edición. Madrid: Biblioteca Nueva, 1999.
- Armaza Galdos, Javier. *De la Sucesión Testamentaria*. Arequipa: Adrus, 2007.
- Armaza Galdos, Javier. *Derecho Civil – Sucesiones – De la sucesión en general*. Arequipa: Adrus, 2004.
- Bunge, Mario. «El Derecho como técnica social de control y reforma.» *Isonomía*, n° 13 (octubre 2000): 121-137.
- De las Heras García, Manuel Ángel. «Discapacidad y modelo social en el marco de la Convención de la ONU de 2006: Personas Mayores y Derecho Civil.» *Informes Portal Mayores*. 2010.
<http://envejecimiento.csic.es/documentos/documentos/heras-discapacidad-01.pdf> (último acceso: 25 de septiembre de 2018).
- Espinoza Espinoza, Juan. *Acto jurídico negocial - Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008a.
- Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de las Personas*. 5ª edición. Lima: Rodhas, 2006.
- Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. 2ª edición. Lima: Grijley, 1994.
- Palacios Martínez, Éric. *Alegación de incapacidad en beneficio propio*. Vol. I, de *Código civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003.
- Palacios, Agustina. «El modelo social de discapacidad y su concepción como cuestión de Derechos Humanos.» *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*. enero-junio de 2017.
<http://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/RCCS/article/view/2190/pdf> (último acceso: 25 de septiembre de 2018).

Palacios, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca, 2008.

Torres Vásquez, Aníbal. *Acto Jurídico*. Segunda edición. Lima: Idemsa, 2001a.

Victoria Maldonado, Jorge A. «El modelo social de la discapacidad: Una cuestión de derechos humanos.» *Revista de Derecho UNED*, n° 12 (2013): 817-833.

Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. 4ª edición - 1ª reimpresión. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1999.