

Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil en materia de capacidad



Ronald CÁRDENAS KRENZ*
Alessandra DELLA ROSSA LECIÑANA**

Los autores realizan una exhaustiva crítica respecto de algunas contradicciones, confusiones y falencias que pueden advertirse en el Decreto Legislativo N° 1384, explicando las diferencias básicas y normativas que se deben tener en cuenta para entender los términos: capacidad, discapacidad e incapacidad. Del mismo modo, analizan la regulación anterior del Código Civil de 1984, lo que les permite afirmar que generar cambios terminológicos puede resultar peligroso.

RESUMEN

MARCO NORMATIVO

- **Código Civil:** arts. 42, 43, 46, 141, 1358, 383 y 739.
- **Ley que fortalece la protección integral de niñas, niños y adolescentes,** D. Leg. N° 1377 (24/08/2018): *passim*.
- **Decreto legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones,** D. Leg. N° 1384 (04/09/2018): art. 3. 42, 44, 140, 141, 389, 466, 564, 687, 1358.
- **Ley General de la Persona con Discapacidad.** Ley N° 29973 (24/12/2012): art. 9 inc. 1).
- **Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad:** art. 12 inc. 3).

PALABRAS CLAVE: Capacidad / Incapacidad / Discapacidad / Capacidad de goce / Capacidad de ejercicio / Capacidad restringida

Recibido: 01/10/2018

Aprobado: 04/10/2018

Introducción

Con fecha 4 de setiembre del año en curso, en el diario oficial *El Peruano* publicó el Decreto Legislativo N° 1384, mediante el cual se modifican diversas normas del

* Magister en Derecho Civil y Comercial. Magister en Bioética y Biojurídica. Investigador del Instituto de Investigación Científica (IDIC) y profesor de las Facultades de Derecho de la Universidad de Lima, de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y de ESAN. Miembro correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Miembro correspondiente de la Pontificia Academia para la Vida.

** Asistente de Investigación del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima y egresada de la Facultad de Derecho de esta casa de estudios.

Código Civil y del Código Procesal Civil, fundamentalmente en cuanto al tema de la capacidad.

Dada la importancia de las mismas, en las siguientes páginas, se hace un análisis respecto al alcance de algunas de dichas modificaciones en nuestro ordenamiento sustantivo. Para tal efecto, analizaremos los cambios más importantes, transcribiendo las respectivas normas.

I. Análisis de las principales modificaciones artículo por artículo

1. Comentarios respecto al nuevo artículo 3

Capacidad jurídica: Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.

Como se sabe, el Código Civil de 1984 partió de la distinción entre capacidad de goce (o de derecho) y capacidad de ejercicio (o, de hecho); si bien el artículo 43 del texto original del Código, no hacía mención expresa a esta última capacidad, ella estaba tratada a partir del artículo 42. En tal virtud, la precisión que hace el nuevo artículo al inicio, al hablar de ambos tipos de capacidades, no constituye novedad alguna, sino, en todo caso, una explicación algo más didáctica sobre la existencia de ambas capacidades¹.

La capacidad de derecho es genérica, innata e inherente al ser humano (Guevara, 2004,

p. 207). Como señala Fernández Sessarego (2012), debido a que la capacidad es inherente a la persona, es absurdo limitarla o restringirla por ley, convirtiendo esta situación en un imposible ontológico; así, por ejemplo, nadie puede ser privado de gozar de ser propietario o del derecho a comer, puesto que estos son derechos inherentes a todas las personas sin excepción. En cambio, lo que sí resulta posible es limitar el ejercicio de dicha capacidad de goce a través de la ley (p. 107).

La modificatoria mencionada agrega al precepto del artículo 3 que “[l]a capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley”, sin detallar el sentido o la necesidad de dicha precisión; en todo caso, debe entenderse que la capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por las causales señaladas en la ley y previo al proceso legal correspondiente, salvo en el caso de los incapaces por minoría de edad.

Como afirma con acierto Santillán Santa Cruz (2014), el mero padecimiento de una deficiencia sensorial no implica que una persona no pueda expresar su voluntad usando medios alternativos, por lo que “es posible sostener su plena capacidad para celebrar actos jurídicos válidos y plenamente eficaces, siempre que además se presenten las exigencias legales de la edad y la no concurrencia de algunos de los supuestos de incapacidad” (pp. 658-659).

El artículo, como novedad en su tenor, detalla que las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida; lo que es cierto efectivamente, pero teniendo siempre en cuenta que toda

1 La capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y deberes, o de relaciones jurídicas (Espinoza, 2003, p. 86), de la cual goza todo ser humano por el mero hecho de serlo. A su vez, la capacidad de ejercicio es la forma en que se materializa la capacidad de goce del individuo, en el sentido de que le permite poder ejercer, por sí mismo, sus derechos y deberes de manera autónoma.

persona en general, tenga o no una discapacidad, tiene capacidad de goce², y tendrá también, en principio, capacidad de ejercicio, como cualquier otra persona, pero siempre y cuando no le devenga ninguna incapacidad.

Queda la duda acerca del alcance que se ha pretendido dar a estas y otras modificaciones aprobadas, por lo que, a falta de una exposición de motivos que se haya dado a conocer, corresponderá a la jurisprudencia determinar ello.

2. Comentarios respecto al nuevo artículo 42

Capacidad de ejercicio plena: Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.

Una de las modificaciones más discutibles concierne a este artículo.

Con una nueva redacción, se repite que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años; sin embargo, seguidamente, acota la norma que también son capaces las personas con discapacidad, haciendo una precisión innecesaria, pues afirma algo que nunca estuvo en discusión en el contexto del código de 1984,

Comentario relevante de los autores



La precisión que hace el nuevo artículo al inicio, al hablar de ambos tipos de capacidades, no constituye novedad alguna, sino, en todo caso, una explicación algo más didáctica sobre la existencia de ambas capacidades.

lo cual nos hace pensar que acaso el asunto se deba a una confusión entre las categorías de “discapacidad” con “incapacidad”, siendo que en la primera existe una disminución de la capacidad de una persona, mas no una falta de capacidad como sí ocurre en el segundo, tema del que nos ocuparemos más adelante.

Es de notar que el anterior artículo 42 precisaba que tenían plena capacidad de ejercicio los que hubieran cumplido 18 años, salvo lo señalado en los artículos 43 y 44; en cambio, en el nuevo texto, ya no se consigna la restricción que acotaba el texto anterior. Por ello, consideramos que la forma en la que el artículo ha sido redactado puede prestarse a confusión, dado que solo hace énfasis en los discapacitados, pero no menciona al resto de supuestos que podrían devenir en una incapacidad.

Empero, la parte más grave es la última del artículo, pues, por un lado, la edad mínima para casarse (previo permiso de los padres ante un juez) es a los 14 años, cuando con el código actual era de 16 y solo para las

2 La capacidad de goce de los derechos es una atribución que tiene la persona, en el sentido de ser titular de derechos jurídicamente establecidos. La persona podrá ejercitarlos por sí misma, o necesitará que otro los ejercite por ella, pero en todo caso, es titular de derechos (Rubio Correa, 1992, p. 147).

Comentario relevante de los autores



Genera una situación paradójica y hasta discriminadora, pues al menor irresponsable que termina siendo padre a una edad tan temprana, la ley le termina concediendo esa mayoría que le desconoce al adolescente responsable que no es padre a esa edad.

mujeres. Es de preguntarse entonces: ¿es que acaso hoy los jóvenes son tan tempranamente maduros como para pensar que a los 14 años ya pueden contraer matrimonio?

Vale decir que el artículo 46 del Código Civil fue modificado recientemente mediante el Decreto Legislativo N° 1377 (el 24 de agosto de 2018), a efectos de incrementar los actos que específicamente, por excepción, pueden realizar a partir del nacimiento de un hijo, los mayores de 14 años, pero sin otorgar una plena capacidad³. Sin embargo, solo unos días después, contradictoriamente, el Decreto Legislativo N° 1384 (4 de setiembre de 2018) ha modificado el artículo 42, disponiendo, por un lado, que los mayores de 14 años podrán ahora casarse a esa edad

accediendo de esta manera a la plena capacidad de ejercicio, y, por otro lado, que también podrán hacer lo mismo los mayores de 14 que se conviertan en padres, modificando así tácitamente el artículo 46.

Quien es plenamente capaz de ejercicio no necesita recurrir a nadie para hacer efectivos sus derechos; por lo tanto, el ejercicio de su capacidad de goce ya no estará restringido a determinados actos, con lo que ahora el adolescente comprendido en alguno de dichos supuestos podrá realizar todo tipo de actos jurídicos y ejercer plenamente todos sus derechos en cualquier ámbito, sin la necesidad de la intervención de alguien más.

La modificación anotada carece de lógica y pareciera ser una medida contraproducente respecto a la protección y desarrollo de los menores.

La incorporación de la paternidad como una nueva vía de emancipación para los menores, resulta bastante delicada. Con ello, cualquier adolescente de 14 años –hombre o mujer– podrá encontrar en la vida sexual una nueva forma de alcanzar la mayoría de edad; adicionalmente, genera una situación paradójica y hasta discriminadora, pues al menor irresponsable que termina siendo padre a una edad tan temprana, la ley le termina concediendo esa mayoría que le desconoce al

3 “Artículo 46.- Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial

La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este. Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo o la hija, para realizar solamente los siguientes actos:

1. Inscribir el nacimiento y reconocer a sus hijos e hijas.
2. Demandar por gastos de embarazo y parto.
3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia, alimentos y régimen de visitas a favor de sus hijos e hijas.
4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos e hijas.
5. Celebrar conciliaciones extrajudiciales a favor de sus hijos e hijas.
6. Solicitar su inscripción en el Registro Único de Identificación de Personas Naturales, tramitar la expedición y obtener su Documento Nacional de Identidad.
7. Impugnar judicialmente la paternidad”.

adolescente responsable que no es padre a esa edad.

Por otro lado, resulta llamativo respecto a nuestra codificación civil que se mencione en la modificatoria de “apoyos” cuando existen las categorías jurídicas de tutores o de curadores, generándose una nueva confusión terminológica⁴. Empero, cabe decir, como antecedente, que la figura de “apoyos” es mencionada en la Ley N° 29973 (Ley General de la Persona con Discapacidad) en su artículo 9 inciso primero⁵, y en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad, en su numeral 3, se detalla que “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad el apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”.

La importancia de esta convención, a decir de Bolaños Salazar (2018), es que constituiría “el primer instrumento internacional en reconocer el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad desde la lógica del vigente modelo social (...) por medio de su artículo 12” (p. 23).

Otra figura a la que se hace alusión en el mismo artículo de la citada Convención y que se recoge en las recientes modificatorias, es la de “salvaguardas”; señalando al respecto, que estas están destinadas a asegurar las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, como el respeto a los derechos, voluntad y las preferencias de la persona.

Comentario relevante de los autores



Una persona en estado de coma no tiene posibilidad alguna de discernir, por consiguiente, es obvio que estaríamos ante un caso en el que la persona habría devenido en incapacidad absoluta. De esta manera, queda la duda ¿cuál es el sentido de añadir y diferenciar el supuesto de una persona en estado de coma dentro del artículo 44, cuando ya existía un numeral en el artículo previo que lo comprendía?

Como también señala Bolaños (2018) “la discapacidad ha dejado de ser una cuestión individual para convertirse en un fenómeno de carácter preponderantemente social, puesto que es la sociedad quien debe adecuarse y proporcionar posibilidades de integración para las personas con discapacidad y no limitar su desarrollo” (p. 19). En tal sentido, la Convención sobre los Derechos de las Personas Discapacitadas se estaría basando en el nuevo modelo social, abandonando el antiguo modelo médico o rehabilitador.

Siguiendo al mismo autor, en el referido modelo, la discapacidad no es más un atributo de la persona, sino un conjunto complejo de condiciones que son creadas por el entorno (Bolaños, 2018, p. 20). Al respecto, creemos que, efectivamente, muchas veces

4 Sin perjuicio de ello, es de señalar que el término aparece en el *Diccionario de Derecho de Familia* publicado en nuestro país por Hawie (2013), definiéndolo como sigue: “Apoyo. Concepto. Es aquello (cosa) o quien (persona) o ser viviente que sirve de soporte físico, psicológico, moral o económico a otro(a)” (pp. 42-43).

5 “9.1 La persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás. El Código Civil regula los sistemas de apoyo y los ajustes razonables que requieran para la toma de decisiones”.

Comentario relevante de los autores



Una vez más, se percibe una redundancia en la redacción del texto al incorporar una mención expresa al lenguaje de señas, siendo que este se encuentra ya incluido en el término de “cualquier medio directo”.

es así, como cuando tenemos personas en sillas de ruedas, ciegas o sordomudas, en donde el problema para el ejercicio de sus derechos no está en ellas, sino en las condiciones adversas del entorno. No obstante, la discapacidad en sí que tiene que afrontar a veces una persona no es originada por la sociedad, sino por circunstancias de vida ajenas a la comunidad como a la persona, que pueden ser congénitas o sobrevinientes en el transcurso de la vida. Condiciones cuyas dificultades pueden ser agravadas a veces por causas materiales y, otras, por el prejuicio o la indiferencia.

El ideal de justicia es que la sociedad preste todos los mecanismos necesarios para incluir a los discapacitados y ayudarlos a que tengan igualdad de oportunidades en el desarrollo de sus vidas. Ello significa contar con políticas y acciones efectivas que, en vías de cooperación y apoyo, permita que la gente que se encuentre en una posición de desventaja psíquica, motora o de cualquier otra índole, pueda gozar de la más óptima calidad de vida.

Ampliando el concepto de la figura del “apoyo”, puede decirse que ella ya se ha ido implementando como reforma en los sistemas jurídicos de otros países, como es el caso de Argentina, donde el nuevo Código

Civil y Comercial de la Nación promulgado el año 2014 y que entró en vigencia el 2015, estipula lo siguiente en su artículo 43:

Artículo 43.-

Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

No obstante pretender emplear la figura del “apoyo” en nuestro país, sin mayor detenimiento en el análisis jurídico al momento de legislar, podría entorpecer su finalidad con una clara redacción (y peor comprensión).

La confusión semántica y conceptual se agrava cuando vemos que la norma refiere enseguida de personas con discapacidad que “requieren ajustes razonables (...) para la manifestación de la voluntad”, y es que, desde una perspectiva personalista, no son las personas las que necesitan “ajustes”. Si bien la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hace referencia al concepto de “ajustes razonables”

en su artículo 2, cuarto párrafo⁶, las normas no deben ser trasplantadas sin una suficiente didáctica, pues, de otro modo, por más buen intencionado que sea, cualquier cambio terminará siendo en vano.

3. Comentarios respecto al nuevo artículo 44

Capacidad de ejercicio restringida.

Tienen capacidad de ejercicio restringida:

- 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
- 2.- Los retardados mentales.
- 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
- 4.- Los pródigos.
- 5.- Los que incurren en mala gestión.
- 6.- Los ebrios habituales.
- 7.- Los toxicómanos.
- 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.
- 9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

Se precisa, en un nuevo inciso, que una persona en estado de coma, sin que hubiere designado un “apoyo”, tiene una capacidad de ejercicio restringida. La pregunta es: ¿qué

sentido tendría que una persona en estado de coma y sin “apoyo” tenga capacidad de ejercicio siquiera en forma limitada si es prácticamente imposible que en ese estado pueda ejercer sus derechos, aunque sea de manera parcial y autónoma?

Aparte de observar una falta de concordancia en la frase en cuanto al número (dice “hubiera”, en vez de “hubieran”), no encontramos lógica alguna en esta disposición que no sea la de un supuesto de incapacidad absoluta, por más “apoyo” que tenga la persona, ya que este tercero interviniente mal puede ayudar en el ejercicio de su voluntad a quien no puede precisamente manifestarla.

Siendo que la capacidad de ejercicio se relaciona con la competencia o la “atribución de la persona de ejercitar por sí misma los derechos a los que tiene capacidad de goce” (Rubio Correa, 1992, p. 150), es evidente que una persona en estado de coma carece de capacidad de ejercicio, motivo por el cual requiere de un representante legal⁷.

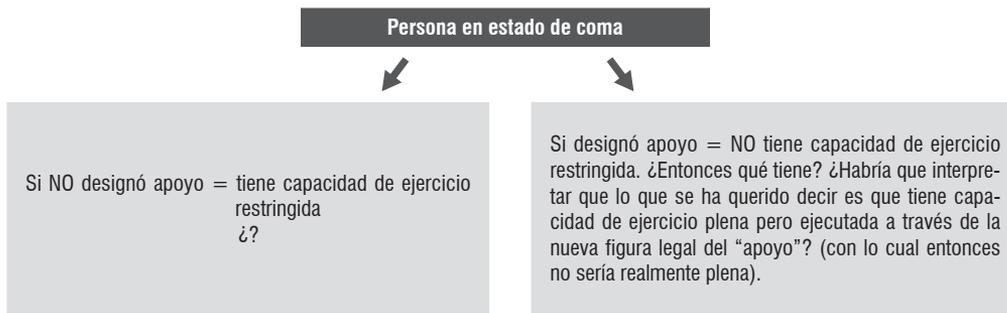
Empero, la norma modificada da a entender que la persona en coma que no haya designado previamente un “apoyo” puede realizar algunos actos, no obstante el estado en que se encuentra, lo cual carece de sentido. Una persona en estado de coma –ergo– sin discernimiento, no puede celebrar actos jurídicos independientemente de que haya designado un apoyo con anterioridad.

En términos más claros, el caso puede graficarse de la siguiente manera:

6 “Artículo 2: Definiciones a los fines de la presente Convención:

(...) Por ‘ajustes razonables’ se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (...)”.

7 “En la medida que la capacidad de actuar supone necesariamente que expresemos nuestra voluntad, quienes no pueden expresarla de manera indubitable no pueden actuar por sí mismos y deberán tener representante” (Rubio Correa, 1992, p. 160).



Es importante comprender que la voluntad cuenta con dos elementos, como dice Espinoza (2003):

La voluntad está conformada por dos elementos, a saber: discernimiento, el cual es la distinción intrínseca que hace el hombre para determinar si desea, o no, hacer algo y, si ese “algo” es bueno o malo; el otro elemento, es la volición, que es el acto, la materialización de tal decisión. Por consiguiente, en el caso de aquella persona privada de discernimiento, que no puede expresar su verdadera voluntad, lo que se realiza es un acto carente de una valoración subjetiva. (p. 293)

Por esta razón, consideramos que la norma bajo comentario constituye una modificación algo contradictoria e innecesaria. Más aún, cuando el caso de una persona que se encontraba en estado de coma, estaba perfectamente subsumido en el supuesto del numeral segundo del artículo 43, que prescribe lo siguiente: “Son absolutamente incapaces los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento”. Evidentemente, una persona en estado de coma no tiene posibilidad alguna de discernir, por consiguiente, es obvio que estaríamos ante un caso en el que la persona habría devenido en incapacidad absoluta. De esta manera, queda la duda ¿cuál es el sentido de añadir y diferenciar el supuesto de una persona en estado de

coma dentro del artículo 44, cuando ya existía un numeral en el artículo previo que lo comprendía?

Finalmente, en cuanto a este punto, vale tener presente el comentario de Rubio Correa (1992) que, “cuando alguien tiene incapacidad de ejercicio relativa, puede realizar por sí mismo algunos actos y, otros, aquellos para los que es incapaz, debe realizarlos a través de alguien que tiene poder sobre él (sus padres que ejercen la patria potestad, su tutor o curador)” (p. 149).

Ello tiene que ver con el fundamento de la incapacidad de hecho (sea absoluta o relativa): la protección que todo ordenamiento jurídico debe brindar a quienes, debido a sus limitaciones en su facultad de discernimiento, no pueden actuar por sí mismos en el ámbito del Derecho (Santillán Santa Cruz, 2014, p. 672).

4. Comentarios respecto al nuevo artículo 140

Noción de acto jurídico: elementos esenciales

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

- 1.- Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.

- 2.- Objeto física y jurídicamente posible.
- 3.- Fin lícito.
- 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Se reemplaza la frase del inciso 1, que era “agente capaz”, por la de “plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas por la ley”.

Es importante resaltar que una persona, como dice Fernández Sessarego (2014), “no pierde la capacidad jurídica que le es inherente pese a no tener la posibilidad de ejercerla por sí misma” (p. 42).

Por otro lado, si bien pensamos, al igual que el legislador, que las personas jurídicas, tienen capacidad de ejercicio, ello no es compartido por toda la doctrina, por lo que podría haber quienes encuentren en la nueva redacción alguna duda sobre su inclusión en el inciso. Al respecto, Vidal Ramírez (2013) indica lo siguiente:

La cuestión no ha sido resuelta legislativamente y la doctrina aún está dividida, pues la doctrina clásica le niega a la persona jurídica la capacidad de ejercicio y establece que su carencia se suple mediante la representación, mientras que la moderna doctrina, expresada en la Teoría Orgánica de las Personas Jurídicas, les reconoce estar dotadas de capacidad de ejercicio precisamente, mediante sus órganos, como vienen a ser la asamblea o la junta directiva, al interior de las cuales se forma la voluntad de la persona jurídica y esa voluntad la manifiesta el órgano encargado de hacerlo, como puede ser la gerencia, cuya persona física que la desempeña actúa como órgano y no como representante, lo que no implica la negación de la representación, pues la persona jurídica la puede otorgar a quien no sea el medio de expresión de alguno de sus órganos. (p. 465)

Comentario relevante de los autores



La precisión del masculino y femenino cuando en verdad no hay ninguna duda en el texto, solo convierte a los mismos en una lectura engorrosa, dificultando la facilidad de la lectura y comprensión del texto.

También, cabe resaltar que el término “restricciones” mencionado en el primer numeral no sería el más adecuado para lo que quiere darse a entender; en realidad, la palabra “excepciones”, vendría a ser un término más adecuado y preciso para referirse a que la capacidad de ejercicio está sujeta en ciertos casos a excepciones en los que excepcionalmente (valga la redundancia) no aplicaría. Así, por ejemplo, si un niño de 10 años realiza un acto jurídico al amparo del artículo 1358, no estamos ante un agente con plena capacidad de ejercicio, pero justamente, por excepción, el acto será válido.

5. Comentario respecto al nuevo artículo 141

Manifestación de voluntad

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.

Una vez más, se percibe una redundancia en la redacción del texto al incorporar una mención expresa al lenguaje de señas, siendo que este se encuentra ya incluido en el término de “cualquier medio directo”.

No había entonces ningún vacío que llenar, pues como señala el propio ponente del libro, Vidal Ramírez (2013):

La manifestación de voluntad es expresa cuando los medios empleados por el sujeto tienen por finalidad dar a conocer su voluntad interna directamente a quien deba conocerla. Tales medios pueden ser orales y escritos o documentales, así como mediante el uso de la mímica. La manifestación expresa mediante mímica se da cuando el sujeto recurre a gestos o señas, tales como movimientos de las manos o de la cabeza. (p. 106)

Teniendo en cuenta lo anterior, las especificaciones agregadas al artículo resultan innecesarias, ya que la manifestación de voluntad expresa, tal y como venía concebida, ya contenía *per se* todos esos supuestos que ahora se detallan en la nueva redacción.

6. Comentario respecto al nuevo artículo 389

Reconocimiento por los abuelos o abuelas

El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando estos se hallen comprendidos en el artículo 47 o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, puede reconocer a su hijo. Cuando el padre o la madre se halle

comprendido en el artículo 44 inciso 9, el hijo extramatrimonial puede ser reconocido a través de apoyos designados judicialmente.

En cuanto a este artículo, llama la atención, por innecesaria, la modificación en el epígrafe, al añadirse la palabra “abuelas”, cuando en el anterior artículo se hacía referencia a las mismas en el cuerpo del texto, aunque en el título solo figurara la denominación “abuelos”, la cual, incluye, naturalmente, al género femenino.

Se trata de una modificación innecesaria. En aplicación del principio de economía gramatical, resulta poco práctico y eficiente redactar incluyendo referencias literales expresas por cada género. El propio director de la Real Academia Española, Darío Villanueva, se ha pronunciado respecto a esta cuestión, declarando que: “Las lenguas se rigen por un principio de economía; el uso sistemático de los dobles, como miembro acaba destruyendo esa esencia económica. Las falsas soluciones, como las que proponen poner en lugar del ‘o’ y el ‘a’, el ‘e’, me parecen absurdas, ridículas y totalmente inoperativas” (Villanueva, 2018).

Lo innecesario de este tipo de “precisiones” puede apreciarse claramente en algunos ejemplos:

- a) El artículo 383 del Código Civil dispone que: “El tutor puede adoptar a su pupilo y el curador a su curado solamente después de aprobadas las cuentas de su administración (...)”. Si aplicamos el criterio referido, habría que decir entonces: “El tutor o tutora puede adoptar a su pupilo o pupila y el curador o curadora a su curado o curada solamente después de aprobadas las cuentas de su administración (...)”.
- b) El artículo 739 del Código Civil dispone que: “Si el testador que carece de herederos forzosos no ha instituido herederos

voluntarios y dispone en legados de solo parte de sus bienes, el remanente que hubiere corresponde a sus herederos legales”. Si aplicamos el criterio referido, habría que decir entonces: “Si el testador o testadora que carece de herederos forzosos o herederas forzosas no ha instituido herederos voluntarios y herederas voluntarias, el remanente que hubiere corresponde a sus herederos o herederas legales”.

La precisión del masculino y femenino cuando en verdad no hay ninguna duda en el texto, solo convierte a los mismos en una lectura engorrosa, dificultando la facilidad de la lectura y comprensión del texto.

7. Comentarios respecto al nuevo artículo 466

Causales de suspensión de patria potestad

La patria potestad se suspende:

1. Cuando el padre o la madre tenga capacidad de ejercicio restringida según el artículo 44 numeral 9.
- 2.- Por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre.
- 3.- Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla.
- 4.- En el caso del artículo 340.

La modificación que plantea el inciso 1 merece especial atención, debido a la gravedad que supone el cambio. El artículo claramente señala que la patria potestad será suspendida cuando alguno de los padres tenga capacidad de ejercicio restringida según el numeral 9 del artículo 44.

¿Quiere decir esto que la patria potestad solo podrá ser suspendida en el caso de las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubieran designado un apoyo con anterioridad? ¿Qué hay de los supuestos de capacidad restringida como los casos de toxicómanos, de los ebrios habituales, o de los que adolecen de deterioro mental? ¿En esos casos la patria potestad no podrá ser suspendida?

Sería interesante conocer la razón por la cual se han omitido los otros supuestos que contemplaba el Código de 1984, el cual señalaba que se suspendía la patria potestad “por la interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil”. Es decir, que comprendía los casos de interdicción mencionados anteriormente.

El deber que tienen los padres sobre los hijos para asistirlos y velar por la integridad de estos cuando aún no son independientes, es un tema muy delicado. Al ser la patria potestad una figura fundamental en el Derecho de Familia, los cambios no deben ser hechos a la ligera y sin explicación.

8. Comentario respecto al nuevo artículo 564

Personas sujetas a curatela

Están sujetas a curatela las personas a que se refiere el artículo 44 numerales 4, 5, 6, 7 y 8.

De la lectura de la norma se desprende que tendrán curador, según el detalle de los incisos del artículo 44 referidos: los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos, y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil⁸.

8 Señala Rubio Correa (1992) que: “Como la pena de interdicción civil, que contenía el Código Penal de 1924, no aparece en el nuevo Código Penal, parte de sus efectos están en la pena de inhabilitación” (p. 168).

A contrario sensu, ello nos llevaría a la conclusión de que la figura de la curatela solo quedaría para los supuestos nombrados, y ya no se aplicaría para los casos de retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impida expresar su libre voluntad, pues para estos dos últimos estaría destinada la nueva figura de “apoyo”.

Explica Cuenca Gómez (2012) que “los apoyos son una figura cuya función primordial es asistir a la persona en la toma de sus propias decisiones en diferentes modos y maneras respetando siempre su voluntad y sus preferencias” (p. 62). En esa línea de pensamiento, de acuerdo al primer párrafo del nuevo artículo 659-B en su primer párrafo, refiere 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.

Sin embargo, parece olvidarse aquí que hay casos de personas cuyo nivel de retardo mental o deterioro mental no las hace requerir de un simple apoyo, sino de alguien que las represente en su toma de decisiones porque ellas no están en las condiciones de tomarlas o pueden hacerlo en forma manipulada por terceros⁹. Tal y como señala Santillán Santa Cruz (2014) “se puede carecer totalmente de capacidad de ejercicio y esta tampoco es una e igual para todas las personas, sino que variará en función de la aptitud de

cada persona para gobernarse a sí misma” (p. 667).

Como expresa Espinoza Espinoza (2003), “el término deterioro mental hace referencia siempre a un debilitamiento más o menos progresivo, parcial o general, de las funciones mentales en relación al rendimiento anterior” (p. 297). Partiendo de esta premisa, las personas que presenten debilitamiento de las funciones mentales de forma generalizada (es decir de forma total), podrían llegar a carecer de discernimiento, en cuyo caso, estarían inmersas dentro del supuesto del numeral segundo del artículo 43. Con esto, queremos decir que tanto para los casos de retraso como deterioro mental, suelen existir diferentes niveles en el grado de discapacidad, por lo que no se debería abarcar todos los casos en un mismo supuesto de aplicación jurídica.

Además, debe tenerse en cuenta que la Convención sobre los Derechos de Personas Discapacitadas no establece la obligatoriedad del sistema de apoyo, dejándolo abierto a las legislaciones nacionales (Cuenca Gómez, 2012, p. 75). Es por ello que opinamos que dicha implementación requiere de un mayor análisis jurídico, más aún no habiendo existido un debate previo antes de la dación de la norma.

9. Comentarios respecto al nuevo artículo 687

Imposibilitados para otorgar testamento

No pueden otorgar testamento:

- 1.- Los menores de edad, salvo el caso previsto en el artículo 46.

9 La misma autora añade que están basados en el reemplazo del sistema de sustitución, el cual parte de la configuración tradicional del sistema de incapacidad, a un nuevo “modelo de apoyo” o “asistencia” en la toma de decisiones, que busca igualar a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (Cuenca Gómez, 2012, p. 80).

- 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.

De acuerdo a esta modificación, la prohibición para otorgar testamento queda expresamente dirigida para los ebrios habituales, toxicómanos, y las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad. Esto querría decir entonces que los retardados mentales, y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, sí podrían otorgar testamento.

Ello es así toda vez que el inciso 2 del artículo 687 derogado decía que no podían otorgar testamento los comprendidos en los artículos 43, incisos 2 y 3 (este último derogado por la Ley N° 29973), y 44, incisos 2, 3, 6 y 7, es decir, los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento; los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, los ebrios habituales y los toxicómanos.

Mientras que el inciso 2 del nuevo artículo 687 restringe la limitación solo a los ebrios habituales, los toxicómanos y las personas en estado de coma.

No parece factible –y es más bien peligroso para la mejor protección de sus derechos y los de sus herederos– que se pretenda que pueda otorgar testamento válidamente quien pudiera sufrir de retardo mental grave como también quien adolece de deterioro mental que le impide expresar su voluntad. Sería interesante saber cuáles fueron las razones que motivaron al legislador a incluir solo los numerales 6,7 y 9 en el texto del inciso 2, dejando de lado los otros supuestos.

Comentario relevante de los autores



Tanto para los casos de retraso como deterioro mental, suelen existir diferentes niveles en el grado de discapacidad, por lo que no se debería abarcar todos los casos en un mismo supuesto de aplicación jurídica.

Otro detalle que ya habíamos mencionado anteriormente, pero en el que consideramos volver a hacer hincapié, es respecto a las personas en situación de coma. Como habíamos visto, de la redacción “los que por cualquier causa se encontraran privados de discernimiento”, se interpreta que un ser humano en estado de coma obviamente estaría inmerso en este supuesto. Sin embargo, y guiándonos estrictamente por el nuevo texto del artículo, ¿qué pasaría si, en efecto, la persona hubiera designado un “apoyo” con anterioridad al suceso que la pone en estado de coma? ¿entonces, sí podría otorgar testamento? Evidentemente estimamos que la respuesta es negativa, precisamente porque el otorgamiento de testamento es un acto personalísimo y que no podría ser efectuado por un tercero llamado “apoyo”. De lo contrario se estaría desvirtuando la naturaleza jurídica de la institución.

10. Comentario respecto al artículo 1358

Contratos que pueden celebrar la persona con capacidad de ejercicio restringida.

Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numerales 4 al 8 pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

Mientras el texto anterior del artículo 1358 establecía que: “Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de

su vida diaria”, ahora ello queda restringido a las personas contempladas en los numerales 4 al 8 del artículo 44, es decir, a los pródigos, ebrios habituales, toxicómanos, los que incurrían en mala gestión y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Consecuentemente, con el nuevo tenor, si lo interpretamos literalmente, se plantearía que las personas mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad, los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, no pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

De ser así, resultaría que un niño de 12 años no podría comprarse un pan, tomar un bus para ir al colegio o comprar figuritas para su álbum, pues se le ha excluido de la aplicación del artículo 1358 que lo amparaba, lo cual naturalmente es absurdo. Solo nos quedaría entonces, en un evidente retroceso legislativo, ampararnos nuevamente en la costumbre para validar dichos actos.

Nos encontramos aquí entonces ante una de las fallas más evidentes y grandes de las modificaciones realizadas al Código Civil.

La antigua redacción era mucho más adecuada, al mencionar en términos generales que podían celebrar contratos relacionados con sus necesidades ordinarias, **[l]os incapaces no privados de discernimiento** (la negrita es nuestra). De esta manera, se abarcaba al resto de supuestos sin excluir numerales sin razón aparente.

La frase “no privados de discernimiento” bastaba para que cualquier persona, independientemente de su condición o situación de desventaja ante la sociedad, pudiera realizar contratos relacionados a su vida cotidiana con solo el requisito básico de poder discernir. En otras palabras, cualquier ser humano que esté apto para hacer un proceso interno que lo lleve a deliberar y así exteriorizar su

propia voluntad. Negar esto implica anular a esas personas como sujetos e incapacitarlos ante la sociedad, contradiciendo justamente los fines de los cambios realizados.

II. Acerca de los conceptos de incapacidad y discapacidad

Aun cuando ambos hacen alusión al concepto de capacidad, no pueden confundirse los términos de incapacidad y de discapacidad. La discapacidad se define como “la restricción o falta (debido a una deficiencia) de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se consideran normales para un ser humano” (Ríos Hernández, 2015, p. 49).

Asimismo, Padilla-Muñoz, precisando más el concepto, señala que:

La discapacidad es una situación heterogénea que envuelve la interacción de una persona en sus dimensiones física o psíquica y los componentes de la sociedad en la que se desarrolla y vive. Incluye un sinnúmero de dificultades, desde problemas en la función o estructura del cuerpo –por ejemplo, parálisis, sordera, ceguera o sordoceguera–, pasando por limitaciones en la actividad o en la realización de acciones o tareas –por ejemplo, dificultades suscitadas con problemas en la audición o la visión–, hasta la restricción de un individuo con alguna limitación en la participación en situaciones de su vida cotidiana. (p. 384)

En cuanto al concepto de incapacidad, siguiendo a García Garnica (2011) puede decirse que:

(...) Lo que se toma en consideración a efectos de determinar la incapacidad de una persona para realizar un acto jurídico, es la ausencia o deficiencia en el discernimiento, lucidez, y raciocinio suficientes para su puesta en práctica; así como

también, la asunción de consecuencias que deriven de esta. Se trata de una situación donde la incapacidad es originada por la carencia de libertad, la cual, a su vez, es provocada por la inexistencia de las condiciones necesarias para la correcta formación de la voluntad. (p. 55)

Como señala Santillán, existe entonces entre incapacidad y discapacidad una evidente distinción semántica, siendo que “la primera supone falta de capacidad de entendimiento en una persona que le impide realizar válidamente determinados actos, y la segunda, solo el entorpecimiento o disminución de sus funciones intelectuales o físicas que le impide realizar alguna actividad cotidiana, esto es, una disminución de su capacidad, pero no su falta de capacidad” (Santillán Santa Cruz, 2014, p. 688).

De lo mencionado anteriormente, podemos ver que lo que motivaba la existencia del término “incapacidad” en los antiguos artículos, era precisamente el factor de falta o insuficiencia de discernimiento en la persona, siendo así, que los casos de personas carentes de discernimiento serían catalogadas como incapaces absolutos si la situación fuera permanente; o como incapaces relativos, si el poder de discernimiento fuera parcial o eventual. Todo esto independientemente de que la persona sea discapacitada o no, ya que lo relevante para determinar la capacidad es la facultad individual de discernir.

Por ejemplo, como expresa con acierto Santillán Santa Cruz (2014) “no por el solo hecho de ser ciegosordo, sordomudo, o ciegomudo, se tenía que ser absolutamente incapaz de ejercicio, porque –de hecho– existen personas que pese a presentar algunas de estas deficiencias sensoriales, bien pueden expresar su voluntad de manera indubitable (...)”; de allí que, en casos de este tipo, podamos hablar válidamente de “la capacidad de los discapacitados” (pp. 658 y 659).

Así, entonces, tenemos que un discapacitado puede ser capaz o incapaz; y a su vez, un incapaz puede ser discapacitado o no discapacitado. Ejemplo de lo primero: una persona común y corriente en silla de ruedas; ejemplo de lo segundo, una persona en silla de ruedas con demencia senil; ejemplo de lo tercero, un menor de 12 años que usa silla de ruedas; ejemplo de lo cuarto: un menor de 12 años que no usa silla de ruedas.

Sin perjuicio de ello, es de advertir, siguiendo a Fernández Sessarego (2014) y como lo habría hecho también la modificación bajo comentario, que, “desde una corriente que revalorice a la persona, debería eliminarse del léxico jurídico, por inapropiado y hasta ofensivo, el término de incapaz, sustituyéndolo por expresiones como “personas con capacidad de ejercicio restringida” o algo similar; coincidimos con el espíritu que inspira al apreciado maestro universitario, mas nos parece que sería conveniente poder contar con un término mucho más breve en aras de la fluidez del discurso jurídico” (p. 29).

Conclusiones

- Una persona con discapacidad tiene plena capacidad de goce de sus derechos, al igual que cualquier otra.
- Una persona con discapacidad tiene también plena capacidad de ejercicio, al igual que cualquier otra; de allí que pueda decirse con toda exactitud que los discapacitados tienen capacidad, independientemente de que requieran de un apoyo.
- Sin embargo, si una persona, discapacitada o no, deviene en una situación de incapacidad, tendrá la categoría de incapaz y verá entonces limitada su capacidad de ejercicio. Empero, dicha incapacidad no hace que pierda en absoluto su aptitud para ser titular de derechos y deberes.

- Toda persona goza de capacidad jurídica, sin excepción, siendo su ejercicio lo que puede sufrir limitaciones.
- La incorporación de la figura de “apoyo” en nuestra legislación tiene respaldo en la normativa internacional; sin embargo, su inclusión debe ser hecha prudentemente y en concordancia con las figuras de la tutela y de la curatela, a fin de evitar duplicidades o contradicciones.
- Las modificaciones al Código Civil hechas por el Decreto Legislativo N° 1384 en materia de capacidad, requieren ser revisadas, toda vez que –como se ha dejado expuesto en páginas anteriores– existen algunas contradicciones, errores y falta de claridad en las nuevas disposiciones, sin perjuicio del reconocimiento que merezcan las buenas intenciones que las animan.
- Algunos de los cuestionamientos realizados vienen de que la modificatoria ha sido aprobada sin que exista un debido debate previo y de la falta de publicidad de una exposición de motivos, los cuales se irán haciendo más notorios en la medida en que se vayan difundiéndose y aplicando las nuevas normas.
- Las modificaciones materia del presente artículo se reducen en algunos casos a meros cambios terminológicos, los cuales, aparte de quedarse a veces en lo meramente formal, pueden ser hasta peligrosos, ya sea por la confusión que generan o por los mismos vacíos que dejan.

Referencias bibliográficas

Bolaños Salazar, E. R. (2018). *La reforma del régimen peruano de interdicción de personas con discapacidad mental y psicosocial desde la perspectiva de los Derechos Humanos* - Tesis para optar el título profesional de abogado. Lima: Universidad de San Martín de Porres.

Cuenca Gómez, P. (2012). El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. *REDUR Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*.

Espinoza Espinoza, J. (2003). La capacidad de los sujetos de derecho. En *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica.

Espinoza Espinoza, J. (2003). *Supuestos de incapacidad absoluta de ejercicio*. Lima: Gaceta Jurídica.

Fernández Sessarego, C. (2012). *Derecho de las personas*. Lima: Motivensa.

García Garnica, M. (2011). *Estudios sobre dependencia y discapacidad*. Pamplona: Editorial Aranzadi.

Guevara Pezo, V. (2004). *Personas naturales*. Lima: Gaceta Jurídica.

Padilla Muñoz, A. (2010). Discapacidad: concepto, contexto y modelos. *International law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*.

Ríos Hernández, M. I. (2015). El concepto de discapacidad: de la enfermedad al enfoque de derechos. *Revista CES Derecho*(49).

Rubio Correa, M. (1992). *El ser humano como persona natural*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Santillán Santa Cruz, R. (2014). La capacidad de ejercicio de los ciegosordos, sordomudos y ciegomudos. Discapacitados pero no incapacitados. En *Estudios críticos sobre el Código Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, E. (2014). *Tratado de Derecho de las Personas*. Lima: Gaceta Jurídica.

Vidal Ramírez, F. (2003). Definición del acto jurídico y elementos de validez. En *Código Civil comentado* (p. 465). Lima: Gaceta Jurídica.

Vidal Ramírez, F. (2013). *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica.

Villanueva, D. (16 de julio de 2018). El problema está en confundir la gramática con el machismo. (I. Seisdedos, entrevistador).