

La novísima manifestación de voluntad en los actos jurídicos celebrados por las personas con discapacidad

The very new manifestation of will in the legal acts celebrated by people with disabilities

MANRIQUE URTEAGA, Sandra Verónica(*)

SUMARIO: I. Introducción. II. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. III. Las personas con discapacidad intelectual. IV. La Manifestación de Voluntad en el Código Civil de 1984. V. El Decreto Legislativo N.º 1384 y su impacto en la Manifestación de Voluntad. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

Resumen: La reforma sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad ha causado un gran impacto en la teoría general del acto jurídico, hasta ahora estructurada en función a la consideración de per-

(*) Abogada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestro en Ciencias, Mención Derecho. Línea: Derecho Civil y Comercial por la Escuela de Posgrado de la UNC. Doctora en Ciencias mención Derecho por la UNC. Conciliadora Extrajudicial y Árbitro. Máster en Familia e Infancia por la Universidad de Barcelona, España. Docente de pre- y posgrado y directora de la Escuela Académico profesional de Derecho de la Universidad Nacional de Cajamarca. Correo electrónico: smanrique@unc.edu.pe.

sonas capaces e incapaces y la imposibilidad de estos últimos de celebrar por sí solos actos jurídicos. A partir de los postulados de la convención y, en el fuero nacional, de las modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo N.º 1384 y su reglamento, es que todas las personas mayores de dieciocho años, independientemente de su discapacidad, están aptas para celebrar actos jurídicos directamente; con lo que se posibilita, en el caso que voluntariamente lo decidan o así lo ordene el juez, que se les provea de apoyos para la toma de decisiones. De ese modo, en tanto la intervención de apoyos modifica el proceso de formación y declaración de voluntad, consideramos que resulta determinante una reestructuración o complementación de lo que hasta ahora concebimos como manifestación de voluntad de los vicios que pueden afectar el proceso de formación y declaración y de las causales de invalidez del acto jurídico celebrado por la persona con discapacidad que actúan con apoyo; ante lo cual, en el presente artículo, se plantean algunas propuestas.

Palabras clave: personas con discapacidad, capacidad jurídica, apoyos, manifestación de voluntad

Abstract: The reform on the legal capacity of persons with disabilities has caused a great impact on the general theory of the legal act, until now structured according to the consideration of capable and incapable persons, and the impossibility of the latter to celebrate acts on their own. legal. And it is that, from the postulates of the Convention and in the national jurisdiction, of the modifications introduced by Legislative Decree 1384 and its Regulations; All persons over the age of eighteen, regardless of their disability, are eligible to enter into legal acts directly, making it possible, in the event that they voluntarily decide or the judge so orders, that they be provided with support for decision-making. This being the case, while the intervention of supports modifies the process of formation and declaration of will, we consider that a restructuring or complementation of what until now we conceived as a manifestation of will, of the vices that can affect the process of formation and declaration of will, is decisive. declaration and the grounds for invalidity of the legal act entered into by the person with disabilities who act with support; before which in the present article some proposals are raised.

Key Words: *people with disabilities, legal capacity, support, expression of will*

I. Introducción

El reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad constituye uno de los mayores logros en materia de derechos humanos que, partiendo de la protección de los principios de igualdad y de no discriminación, se ha generado en los últimos tiempos.

Las personas con discapacidad pueden, entonces, vincularse jurídicamente a partir de la celebración de actos jurídicos, de los cuales —por decisión voluntaria o determinación judicial— algunos deberán configurarse con la asistencia de apoyos.

Esto último significa que, más allá del reconocimiento de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad, debe ponerse especial atención a la estructura del acto jurídico y a la particular manera de configuración de la manifestación de voluntad de las personas con discapacidad que cuenten con apoyos. Por ello, no será suficiente aplicar la tradicional conformación de la manifestación de voluntad pensada y elaborada bajo el supuesto de personas sin discapacidad (capaces del ejercicio de la anterior nomenclatura), porque se reconoce que ello tendrá consecuencias determinantes en la teoría de invalidez del acto jurídico y sus causales.

Actualmente, a casi cuatro años de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N.º 1384, es que se empiezan a conocer las diferentes situaciones que, en el plano fáctico, se dan respecto a la celebración de actos jurídicos de las personas con discapacidad con la asistencia de apoyos. Muchas de ellas están relacionadas con la estructuración de los actos jurídicos; específicamente, respecto a la conformación y declaración de la manifestación de voluntad y la intervención del apoyo en este proceso, así como de la calificación de circunstancias, como la influencia indebida y el conflicto de intereses como factores que podrían ser considerados como vicios de la voluntad que afectan a las personas con discapacidad en su proceso de formación de voluntad y que, por ende, serían causales de anulabilidad del acto jurídico, hoy por cierto no legisladas de dicha manera.

II. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad

Este tratado internacional, elaborado en Nueva York el 13 de diciembre del 2006, ratificado por el Perú el 30 de enero del 2008 —y cuya vigencia se produjo el 3 de mayo del 2008—, es el primer instrumento internacional de derechos humanos que establece el reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad. Asimismo, dicho tratado proclama en su artículo 12 que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas en todos los aspectos de su vida, y obliga a los Estados parte a adoptar las acciones pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad el acceso a las medidas de apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La Convención replantea el tradicional paradigma de que la capacidad de la persona está en estricta correspondencia con circunstancias de la “normalidad” que descarten toda anomalía física, sensorial, intelectual o síquica. Esto quiere decir que, en caso de darse, justifican la sustitución en la toma de decisiones de las personas con discapacidad, para adoptar un sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona, quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. De manera que asume una visión amplia e inclusiva en la que toda persona, con independencia de su discapacidad, puede decidir respecto a los actos de su vida civil con la necesidad de la implementación de apoyos para la efectivización de sus derechos y su participación plena.

Para Munar Bernart (como se citó en Sánchez, 2022):

[se trata del] cambio de un sistema de sustitución en la adopción de decisiones por un sistema de asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona, refiriéndose al cambio de un sistema de exclusión por otro de protección y apoyo. (p. 18)

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

La discapacidad ha sido históricamente abordada a través de tres modelos: prescindencia, rehabilitador y social (Sordo, 2018).

Bajo el modelo de prescindencia (segregación), la discapacidad se origina en motivos de carácter religioso, que encierran mensajes diabólicos y son producto de la ira de los dioses. De ese modo, las personas que sufrían de alguna discapacidad eran calificadas como innecesarias para la sociedad, por ello, era posible prescindibles, en su manifestación más radical, a través de prácticas eugenésicas, como el infanticidio. En una versión menos radical, se parte de la marginación y exclusión, y se consideran a las personas con discapacidad como objeto de compasión.

De acuerdo con el modelo médico rehabilitador (normalización), las causas que originan la discapacidad se encuentran en la propia persona y son de carácter médico, por lo que existe cierto déficit en ella producto de enfermedad, un accidente o alguna condición de salud. A diferencia del modelo anterior, que prescindía y marginaba, este modelo busca recuperar o “normalizar” a la perso-

na con discapacidad a partir de un tratamiento médico individualizado que le permita asemejarla a una persona sin discapacidad. La crítica a este modelo es que el pasaporte de la integración pasa a ser el ocultamiento de la diferencia, considerando a la persona con discapacidad desviada de un supuesto estándar de normalidad (Palacios, 2008).

Para el modelo social, la discapacidad se origina en las deficiencias de la sociedad traducidas en barreras discapacitantes y no en la deficiencia de la persona con discapacidad. De ese modo, las causas que la originan son eminentemente sociales. Según este modelo, las personas con discapacidad están en la aptitud de aportar a la comunidad en igual medida que el resto de personas sin discapacidad, pero valorando y respetando su condición de personas diferentes.

El modelo social se encuentra plasmado en la CDPD. Alemany (2017) señala al respecto:

La Convención parte de un concepto de discapacidad que tiene tres características: 1) el “modelo social”, de modo que la discapacidad es un “concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y el entorno” (Preámbulo, apartado “e”). El objetivo principal de la Convención es evitar la discriminación de las personas discapacitadas. (p. 204)

Bregaglio (2020, p. 35) precisa que, para el modelo social, la deficiencia (lo biológico) se distingue de discapacidad (lo social); es decir, no es una cuestión estática intrínseca a la persona, sino una construcción social dinámica que se origina en la interacción que se produce entre las deficiencias de la persona y las barreras que impone la sociedad. De manera que se traslada al Estado y a la sociedad la responsabilidad de la inclusión de las personas con discapacidad mental.

El modelo social se sustenta en el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, su inclusión plena a la sociedad respetando y valorando las diferencias, la necesidad de que el Estado y la sociedad remuevan las barreras discapacitantes y prevalezcan la igualdad jurídica y la no discriminación en el ejercicio de sus derechos.

El artículo 1 de la Convención⁽¹⁾ recoge —de manera muy ilustrativa— los postulados del modelo social de discapacidad adoptado. Al respecto, este precisa:

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

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

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

Así, en su artículo 12⁽²⁾, establece que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que el resto, en todos los aspectos de la vida. Asimismo, las considera como sujetos de derecho y no como objetos de protección, independientemente del tipo de discapacidad que las afecte.

Con la Convención se propugna un cambio de mentalidad: no tiene sentido incapacitar a una persona con algún tipo de deficiencia —limitación intelectual—, puesto que privar a una persona de su capacidad de decidir por sí misma

(2) “Igual reconocimiento como persona ante la ley. 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria”.

o actuar como un representante para ella constituye una forma de marginación y exclusión (Sánchez, 2022, p. 22).

III. Las personas con discapacidad intelectual

De forma cotidiana y tradicional, se entiende que las personas con discapacidad intelectual son aquellas que no poseen el discernimiento necesario para comprender un acto o un contrato, porque carecen de capacidad suficiente no solo para querer, sino para entender acerca del acto, sus alcances y consecuencias. Por tanto, no resulta adecuado ni para la persona con discapacidad intelectual ni para los terceros que se vinculen jurídicamente con ella o que se le dote de capacidad jurídica.

Lo determinante aquí es resolver en qué medida la persona con discapacidad intelectual ve limitada la posibilidad de ejercer sus derechos, pues tal discapacidad no debe significar una negación total de capacidad, sino una manera especial de ser capaz (Sánchez, 2022, p. 22).

Encontrándose las personas con discapacidad intelectual ante una forma especial de ser capaz, por las dificultades que suelen presentarse para que puedan formar una voluntad libre y totalmente consciente al celebrar actos jurídicos, se descarta —a partir de la Convención del 2006— toda postura que les margine e impide decidir por sí mismas, a través de la designación de un representante. De ese modo, de manera inclusiva, se les habilita a ejercer esa forma especial de ser capaz a través de los apoyos en la toma de decisiones, los cuales respetarán su voluntad, intereses y preferencias y no, precisamente, decidir lo que —según otros— sería adecuado para ellas.

En ese sentido, es preciso resaltar que, de manera excepcional, ante supuestos severos de discapacidad intelectual, en los que sea imposible que la persona con discapacidad forme y exprese su voluntad, el apoyo tendrá facultades de representación⁽³⁾.

(3) Esta postura queda recogida en el artículo 659-B del CC que prescribe: “Definición de apoyos. Son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo. El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 659-E».

Lledó y Monje (año, como se cita en Sánchez, 2002) precisan, respecto a los apoyos y el alcance de sus funciones, lo siguiente:

[...] Y así, el sistema de apoyo debe ser diverso, individualizado y centrado en las necesidades de la persona adaptándose a las diferentes situaciones personales y sociales teniendo en cuenta, entre otras circunstancias, el tipo de figura de apoyo y el tipo de acto jurídico implicado. Las medidas de apoyo deben cubrir todo el proceso de toma de decisiones pudiendo consistir, en función de cada situación, en la asistencia para la traslación, comprensión y/o evaluación de información relevante, valoración de las diferentes opciones y sus consecuencias, expresión de voluntad y preferencias etc. El sistema de apoyo debe ser diseñado como un «continuum», contemplando apoyos más o menos intensos. Los apoyos más intensos, como antes se señaló, pueden llegar a consistir en la práctica en decidir por la persona y no con la persona. Pero no se trata de una sustitución en la toma de decisiones similar a la existente en los sistemas de incapacitación. (p. 23)

IV. La manifestación de voluntad en el Código Civil de 1984

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

El elemento central vital del acto jurídico es la unidad formada entre la voluntad interna y la voluntad manifestada (Torres, 2008, p.122). De ahí que la manifestación de voluntad importa la concurrencia del elemento subjetivo que se verifica a través de la voluntad interna y del elemento objetivo que se plasma en la voluntad manifestada o declarada.

En palabras de Vidal (1998), “la voluntad constituye la esencia misma del acto jurídico, la conjunción de la voluntad y su manifestación es el resultado de un proceso que va de lo subjetivo a lo objetivo, de la voluntad interna a la voluntad exteriorizada” (p. 90).

La concurrencia de la voluntad interna y la manifestada dan sentido al acto jurídico, de manera que “la manifestación de la voluntad es la exteriori-

Art. 659-E. “Designación excepcional por el Juez de apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad y para quienes se hallen con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44”.

zación de un hecho psíquico interno destinado a producir efectos jurídicos. Si estos son queridos por el agente, se trata de declaración de voluntad” (Espinoza, 2008, p. 49).

De acuerdo con lo establecido en el artículo 140 CC, “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas”.

Una vez construida la voluntad, en uno de los elementos fundamentales para la configuración del acto jurídico, se exige para su validez que se haya generado con la convergencia de elementos internos, como el discernimiento, intención y libertad, y externos como la manifestación (Torres, 2008, p. 119).

En la exigencia de estos tres elementos internos, importa atender al proceso formativo de la voluntad que reúne tres fases: i) el discernimiento que es la aptitud para percibir las diferencias en relación a aquello que guarda conformidad con nuestra conveniencia o sentido moral, es decir, diferenciar lo bueno de lo malo y comprender y valorar las consecuencias de algo; ii) la intención, el propósito encaminado a una finalidad prevista por el sujeto, y iii) la libertad, facultad de elección voluntaria por parte del sujeto para decidir si celebra o no un acto jurídico (Vidal, 1998, p. 91).

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

Entonces, una vez conformada la voluntad interna, y exteriorizada, se deben cumplir los requisitos para dar plena validez al acto jurídico; es decir, debe tratarse de declaraciones serias y sin factores perturbadores que produzcan distorsión y que trastocuen el proceso normal de formación de la voluntad, esto es, libres de vicios que los afecten, como el error, dolo, violencia o intimidación.

Tal como se concibe en la teoría general del acto jurídico, la manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita, en atención a si su exteriorización se ha realizado por medios directos y precisos, como la palabra oral, escrita, gestos, medios electrónicos u otros análogos. Asimismo, cuando para poder conocerla es necesario inferirla de ciertos comportamientos del sujeto o sujetos que desembocan en conclusiones respecto a lo que se quiso expresar, de manera que se obtiene indirectamente a partir de los denominados hechos concluyentes.

El texto del artículo 141 CC, antes de la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo N.º 1384, establecía lo siguiente:

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

A través de la lectura de la referida norma, puede colegirse que la concepción de manifestación de la voluntad y la forma en la que se exterioriza se construyó doctrinaria y normativamente, teniendo en cuenta —de manera exclusiva— que las únicas personas que podrían formar y expresar válidamente su voluntad serían aquellas que cuenten con capacidad de ejercicio, excluyéndose de su configuración a quienes no se encuentren en la aptitud de hacerlo, como los incapaces absolutos (locos, dementes, quienes se hallen privados de discernimiento). Ello explica por qué la norma no hace referencia a ninguna consideración respecto a las personas que no posean capacidad de ejercicio. Sobre esto, creemos que, simple y llanamente, la razón es que para ellas estaba prohibida la posibilidad de autorregular de manera directa su propia esfera jurídica y, por tanto, vincularse jurídicamente.

En conclusión, de acuerdo a la legislación civil antes de la modificatoria, se asume que la teoría general del acto jurídico construyó el contenido de la manifestación de voluntad, en base única y exclusivamente, a las personas con capacidad de ejercicio de aquellas que por sí solas podrían formar y expresar su voluntad.

V. El Decreto Legislativo 1384 y su impacto en la manifestación de voluntad

El Decreto Legislativo 1384 modifica la redacción original del Código Civil en lo que respecta a la manifestación de voluntad en forma válida jurídicamente. Amplía las formas, antes reconocidas, de manifestación de la voluntad suficiente para crear efectos jurídicos, en especial, en los casos de personas con discapacidad física o intelectual (Mejía, 2019, p. 72).

A diferencia de la concepción respecto a la manifestación de voluntad que se ha mantenido hasta hace pocos años en el Código Civil peruano, la actual redacción producto de la reforma de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, atiende al proceso existente para la toma de decisiones. Así, Bariffi (citado por Varsi, 2021) señala que:

el modelo de asistencia del código derogado (argentino) se centraba en *la formalización del acto jurídico* en tanto que el modelo de apoyos no solo

se centra en dicho ámbito, sino que además se proyecta sobre *el proceso de toma de decisiones*. (p. 169)

Respecto a la cita, nos lleva a repensar acerca de las tradicionales instituciones del derecho civil, que fueron elaboradas bajo la dicotomía de los capaces e incapaces absolutos y relativos, tales como la manifestación de voluntad. Por tanto, difícilmente, en su concepción pétrea y original, podría adecuarse al actual modelo de derechos humanos respecto a la discapacidad, el cual entiende que todas las personas tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás, independientemente de su discapacidad. Abordando esa situación, en posición que compartimos, precisa Varsi (2021) lo siguiente:

Los apoyos irrumpen en el derecho civil cambiando paradigmas; nos fuerzan a entender que la toma de decisión con relevancia jurídica (patrimonial o personal) no solo es la manifestación de voluntad (que es un *acto final*), sino es el proceso humano de toma de decisiones (que es un *acto integral*), el cual se estructura tomando en cuenta que la persona: se informe, comprenda, se comunique y manifieste su voluntad. (p. 170)

De ese modo, la actual redacción del artículo 141 CC señala:

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente 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. (art. 141 CC)

Esta nueva redacción, por efecto del reconocimiento de capacidad jurídica a las personas con discapacidad, considera —dentro de la manifestación de voluntad expresa— la lengua de señas o cualquier medio alternativo de comunicación e incluye el uso de apoyos o de ajustes razonables que requiera la persona con discapacidad; asimismo, en la manifestación de voluntad tácita, tiene en cuenta que esta puede deducirse de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia, de manera que toma en cuenta a las personas con discapacidad, para regular que —respecto a ellas— también puede inferirse una manifestación de voluntad tácita.

Entonces, la manifestación de voluntad ya no se agota en su formalización a través de la declaración, sino que, en el caso de las personas con discapacidad, involucra atender a ese proceso integral de formación y, finalmente, de manifestación, en el cual, los apoyos se convierten en una pieza fundamental para que la persona con discapacidad pueda formar y expresar su voluntad, es decir, vincularse jurídicamente. Esto se explica dado el impacto de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, así lo precisa Pau Pedrón (citado por Sánchez, 2022):

En la Convención de 2006, se propugna una reforma para cambiar la mentalidad ya que no tiene sentido incapacitar a una persona con algún tipo de deficiencia- limitación intelectual-, puesto que ello supone marginalarla o dejarla a un lado al privarla de su capacidad de decidir por sí misma, actuando por ella su representante. Lo que tiene sentido es ayudar o apoyar a esa persona para que logre tomar la decisión que esa persona con discapacidad quiere, la que desea, la que sea de su interés (en sentido subjetivo), facilitándole que quiera algo, atendiendo a su voluntad, a sus deseos o preferencias —no objetivamente en el sentido de buscar lo que según otros le conviene—. (p. 22)

En este sentido, conforme lo precisado por Sánchez (2022):

Si la persona con discapacidad intelectual no tiene clara su voluntad o su preferencia, la persona de apoyo, en interés de la primera, debe intentar ayudar a que tenga su propia voluntad, a buscar el deseo y preferencia de aquélla. (p. 23)

Esta nueva concepción se ve reflejada de manera puntual en la reforma introducida en el Código Civil peruano, respecto al acto jurídico testamentario y la capacidad para testar, pues se les reconoce a las personas con discapacidad el derecho a otorgar testamento por escritura pública, expresando directamente su voluntad o con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos. De ese modo, conforme a lo establecido en el artículo 696, inc. 2, CC⁽⁴⁾, quien otorga testamento puede dictar al notario las disposiciones testamentarias o alcanzarlas por escrito, se admite así, que en el momento de otorgamiento del testamento esté

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

presente el o los apoyos a solicitud del testador, modificándose la exigente privacidad antes de la reforma. Asimismo, en el otorgamiento del testamento por escritura pública, el notario está obligado a verificar al final de cada cláusula, el asentimiento u las observaciones del testador. Esta formalidad se cumplía estrictamente con la manifestación de voluntad del testador, expresada por sí mismo; sin embargo, el Decreto Legislativo N.º 1384 ha incorporado la posibilidad de que la manifestación de voluntad se realice a través de ajustes razonables o apoyos, en caso lo requiera (Mejía, 2019); como puede verificarse de lo establecido por el artículo 696, inc. 6, del Código Civil⁽⁵⁾.

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

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

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

Se establecen algunos criterios a considerar para determinar si la persona con discapacidad puede manifestar o no su voluntad. De esta manera, se corrobora si la persona con discapacidad establece comunicación e interacción con su entorno; asimismo, se comprueba que la persona con discapacidad manifiesta voluntad de manera expresa y se comprenden los alcances y los efectos que produce la realización del acto jurídico.

En palabras de Mejía (2019), con ello, queda establecido que la capacidad mental no es lo que determina si una persona manifiesta o no voluntad, no existiendo limitación alguna para que la persona con discapacidad manifieste voluntad con la asistencia de una persona de confianza o la intervención de apoyos y ajustes razonables. En ese sentido, las únicas consideraciones que podrían determinar que no manifiesta voluntad, serán la no comunicación e interacción con el entorno y la no comprensión del acto que se va a realizar y sus efectos, a pesar de la participación de los apoyos y de haberse realizado ajustes razonables y esfuerzos considerables para ello (2019).

(5) Las formalidades especiales del testamento por escritura pública son las siguientes: inc. 6. Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad, puede expresar su asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos, en cualquier caso.

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

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

Bregaglio (como se cita en Varsi, 2021) precisa lo siguiente: ¿la manifestación de voluntad es solamente comunicar algo o tiene que haber un contenido mínimo que evidencie la comprensión de la realidad? (p. 175).

En palabras muy acertadas de Varsi (2021):

toda esta nueva teoría de la capacidad influye en la clásica estructura del acto jurídico; no llega a encajar a cabalidad, lo que genera un nuevo pensamiento que podríamos denominar de la siguiente manera: hacia una nueva teoría especial del acto jurídico en materia de capacidad. (p. 172)

Creemos que lo determinante no versa en la declaración o comunicación de la voluntad, sino en la necesidad de comprensión de la realidad por parte de la persona con discapacidad; sin embargo, esta no es una postura pacífica, de manera que Muñoz (como se citó en Sánchez, 2021), en posición crítica a la reforma similar introducida en España por la Ley 8/2021, indica al respecto:

Lo importante es que el pretendido cambio que se quiere adoptar ha de garantizar indubitadamente la seguridad del tráfico jurídico, y en esta consecuencia falla la reforma, porque representa una mayor seguridad a este respecto para los terceros la situación precedente, es decir, la actual; si se quiere modificar habría que hacerlo con un sistema que no deje duda a los terceros con quienes se contrata de la estabilidad de su negocio. Entender poder realizar actos jurídicos válidos sin necesidad de

incapacitación cuando la persona está afectada obviamente de deficiencias intelectuales, simplemente asistido por la indefinición de un apoyo cuando tampoco está profesionalizado, no representa una adecuada seguridad, ni para los terceros ni para el mismo incapaz. (p. 20)

La postura planteada coloca especial atención en la seguridad jurídica y la protección al tercero contratante o al destinatario de un determinado acto jurídico, creo yo, sin abandonar la clásica construcción de la teoría contractual diseñada bajo la idea de una excluyente “normalidad”. Frente a esta postura, se plantea una posición enfocada en la inclusión e igualdad de derechos de las personas con discapacidad, así Bariffi (como se citó en Varsi, 2021) precisa que:

Mientras el modelo clásico de protección se ha centrado exclusivamente en la formalización del acto jurídico —principalmente actos jurídicos de contenido patrimonial— y ha considerado a la “seguridad jurídica” como máximo bien a tutelar, el modelo de apoyos que recoge la CDPC resulta mucho más amplio al entender la formalización del acto jurídico como la última instancia de un proceso complejo y humano, y donde el principal bien jurídico a tutelar es la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona. (p. 176)

Esto nos obliga a comprender a la manifestación de voluntad como requisito de validez para la celebración del acto jurídico, de manera que se incluyan estos nuevos matices y la función que los apoyos cumplen en la misma; y también a la necesidad de, por ejemplo, considerar al conflicto de intereses y a la influencia indebida como circunstancias que puedan afectar el adecuado proceso de formación de la voluntad de la persona con discapacidad, el cual es comparable a los tradicionales vicios de la voluntad: error, dolo, violencia e intimidación; por lo tanto, verificada su existencia, debería ser sancionada con la anulabilidad del acto jurídico.

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

Exp. N.º 2017-1042-Cajamarca (discapacidad intelectual: síndrome de Down y retraso mental grave)

- i) Se designa como APOYOS de AAA, a sus dos hermanos XXX y YYY, y a su tía ZZZ quienes tendrán la labor permanente e indefinida (según sus arribos a esta ciudad) de velar por su bienestar físico y psicológico (otorgándole las adecuadas condiciones de vida para sobrellevar su enfermedad); asimismo, la labor permanente e indefinida (según sus arribos a esta ciudad) de ayudar, orientar y/o guiar a la tutelada en la expresión de su voluntad para la toma de decisiones y su accionar respecto a situaciones cotidianas de la vida (garantizando y respetando con esto su autonomía, voluntad y preferencias);
- ii) Se precisa que XXX, podrá actuar como representante de AAA, en la realización de cualquier trámite administrativo o judicial en estricto beneficio de ésta (Vgr. tramitar la pensión de orfandad), debiendo las autoridades y/o funcionarios de las instancias administrativas respectivas reconocer esta designación y prestar las facilidades del caso, dejando de exigir las resoluciones judiciales que declaran la interdicción, bajo responsabilidad funcional;
- iii) Se establecen como SALVAGUARDIAS: a) Durante la vigencia del sistema de apoyos, las personas designadas deberán en todo momento respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de AAA (por más básica que sea); b) Los apoyos brindados deben ser proporcionales y adaptados a las condiciones y necesidades de AAA; c) Los hermanos y la tía de AAA no deben ejercer influencia indebida hacia ella para la toma de sus decisiones, y deben abstenerse de intervenir cuando exista conflicto de intereses en el apoyo a prestar en dicha toma de decisiones, debiendo informar inmediatamente al Juzgado de presentarse un conflicto de intereses; y d) Para el caso de actos de disposición o administración que comprometan el patrimonio de AAA, en pleno ejercicio de su capacidad jurídica deberá adoptar sus decisiones con la participación necesaria de sus apoyos, **bajo sanción de nulidad del acto jurídico celebrado**. En caso de no poderse realizar de esa manera, deberá solicitarse autorización en vía judicial [énfasis agregado].

En el auto antes descrito, el magistrado genera una causal de nulidad derivada de la no participación del apoyo en la celebración de actos de disposición o administración que comprometan el patrimonio de la persona con discapacidad, de manera que se señala expresamente que si ello no ocurriera, el acto se declararía nulo; sin embargo, nos preguntamos, ¿puede generarse una causal de nulidad a partir de una decisión jurisdiccional? Ello no afectaría el principio de legalidad aplicable a la invalidez del acto jurídico, en el sentido de que única-

mente se consideran como tales aquellas causales establecidas por ley, es decir, en los artículos 219 y 221 CC.

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

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

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

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

Con ello, nos encontraríamos ante un supuesto de nulidad perfectamente aplicable de conformidad con lo establecido en el artículo 219, inc. 7, CC.: “cuando la ley lo declara nulo”.

Asimismo, consideramos —como otra propuesta— la modificación del Código Civil, de manera que se otorgue también la posibilidad de que las causales de nulidad puedan ser generadas a través de la decisión judicial, específicamente estableciéndolas como una salvaguardia.

VI. Conclusiones

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

- El modelo de apoyos tiene como principal objetivo reconocer y garantizar los derechos, la autonomía y la independencia de las personas con discapacidad, y está constituido por mecanismos para facilitar la toma de decisiones en el marco de la celebración de actos con relevancia jurídica.
- Se debe comprender la manifestación de voluntad —como requisito de validez para la celebración del acto jurídico— de las personas con discapacidad como resultado de un proceso en el que se incluya la función que los apoyos cumplen en el mismo. De manera que se considera al conflicto de intereses y a la influencia indebida como circunstancias que pueden afectar el adecuado proceso de formación de la voluntad de la persona con discapacidad, comparable a los tradicionales vicios de la voluntad: error, dolo, violencia e intimidación.
- La reforma de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad exige complementar y reestructurar la teoría de invalidez del acto jurídico hasta ahora asumida; pues, tal y como se halla esbozada, resulta insuficiente para resolver los conflictos jurídicos que puedan presentarse respecto a la validez de los actos jurídicos celebrados por personas con discapacidad que requieran de apoyo para la toma de decisiones.

VII. Referencias

- Alemany, M. (2018). Igualdad y diferencia en relación con las personas con discapacidad. (Una crítica a la Observación General N.º 1 (2014) del Comité (UN) de los derechos de las personas con discapacidad). *Bioética y Bioderecho*, 52, 201-222. <https://doi.org/10.30827/acfs.v52i0.6556>
- Bregaglio, R. y Constantino, R. (2019). Un modelo para armar: La regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 4(1), 32-59.
- Naciones Unidas. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (2014, 19 de mayo). Observación general N.º 1 [Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad]. https://tbin-tinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD/C/GC/1&Lang=en
- Espinoza, J. (2008). *Acto Jurídico Negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Gaceta Jurídica.

- Martínez, A. L. (2020) A propósito de la reforma de la legislación española en materia de capacidad jurídica: la voluntariedad como nota esencial del apoyo. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (42).
- Mejía, R. (2019). La reforma de la capacidad de la persona en la legislación civil y notarial. Implementación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. En *Capacidad legal de las personas con discapacidad* (pp. 62-97). Ministerio de Justicia y de Derecho.
- Organización de las Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.
- Palacios, A. (2008). *Modelo Social de la Discapacidad, orígenes, caracterización y su plasmación en la Convención Internacional sobre Derechos de las personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca.
- Poder Ejecutivo. (2018, 4 de setiembre). Decreto Legislativo N.º 1384. *El Peruano*.
- Poder Ejecutivo. (2019, 23 de agosto). Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1384. *El Peruano*.
- Sánchez, A. (2022). Aspectos Generales de la Reforma del Código Civil relativa a las Personas con Discapacidad Intelectual en el ejercicio de su capacidad jurídica. *Revista Boliviana de Derecho*, (33),14-51.
- Torres, A. (2007). *Acto Jurídico* (3.ª ed). Idemsa.
- Varsi, E. (2021). *Tratado del derecho de las Personas. Capacidad*. Fondo Editorial Derecho Universidad de Lima.
- Vidal, F. (1998). *El Acto Jurídico* (4.ª ed.). Gaceta Jurídica Editores.