

La reforma del régimen legal de los sujetos débiles *made by* Mary Shelley: notas al margen de una novela que no pudo tener peor final



Yuri VEGA MERE*

En esta oportunidad el autor, luego de realizar un intenso recorrido por todas las propuestas normativas que han tratado de adecuar nuestro sistema jurídico a los parámetros de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, indica que la reforma que trae consigo el Decreto Legislativo N° 1384, si bien goza de aspectos positivos, no resulta ser satisfactoria, puesto que, de alguna u otra manera, se han creado circunstancias que perjudican enormemente a las personas con discapacidad mental o intelectual.

RESUMEN

MARCO NORMATIVO

- **Ley que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, Decreto Legislativo N° 1384 (04/09/2018):** *passim*.
- **Ley General de la Persona con Discapacidad, Ley N° 29973 (24/12/2012):** art. 50.
- **Código Civil:** *passim*.

PALABRAS CLAVE: Incapacidad / Discapacidad / Curatela / Apoyo / Capacidad restringida

Recibido: 02/10/2018

Aprobado: 05/10/2018

I. Dejando a salvo el nombre de Mary Shelley

Mary Shelley fue una escritora británica que tuvo una sólida formación en terrenos tan disímiles como la filosofía, la narración y la política (esta última por influencia de su padre). Por su estilo narrativo, es considerada como parte del movimiento literario conocido como romanticismo. A pesar de que su producción no fue pequeña (pero tampoco vasta), ha sido poco difundida entre los no entendidos debido a que su joven novela de ciencia ficción –que escribió apenas a los 18 años– catapultó su nombre y lo ha hecho perdurar a lo largo de la historia sin que se

* Profesor honorario de la Universidad Católica de Santa María.

conozca el abanico de los otros escritos que dejó. Me refiero a *Frankenstein o el moderno Prometeo* (1818).

Curiosamente esta obra fue escrita luego de que Shelley, su esposo y algunos amigos se encontrarían en Suiza durante el verano de 1816 ni más ni menos que con Lord Byron, quien los retó, tras narrar un tenebroso relato, a escribir algo de ese mismo matiz.

Frankenstein o el moderno Prometeo replicaba los experimentos del filósofo del siglo XVIII, Erasmus Darwin, de quien se sostenía habría animado materia muerta y, además, habría explorado la posibilidad de devolverle la vida a un cadáver o a distintas partes del cuerpo haciendo uso de la electricidad.

La novela no solo era un intento de concebir una historia macabra que especulara sobre los resultados de laboratorio y del recurso a la ciencia. También era un serio cuestionamiento moral a aquellos científicos que pretendían erigirse en Dios y crear vida por medio de experimentos.

Shelley, sin embargo, escribió otras obras que mostraban de una forma diferente su sólida formación literaria, su enorme compasión y sus permanentes viajes y amor por la historia. Y en ello solo los críticos que conocen sus escritos pueden hacer justicia de su legado.

Debido a ello, debo ser cauto de dejar expresa constancia que con el título del presente ensayo no puedo ni pretendo mellar su imagen ni minimizar sus novelas que, por lo demás, no conozco. Mi único propósito es valerme del nombre de su más conocido libro para intentar explicar el poco cuidadoso

trabajo que se advierte en la redacción del Decreto Legislativo N° 1384, norma que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, aparecido en el diario oficial *El Peruano* el 4 de setiembre del año en curso. Y es que en el argot popular o en el habla coloquial se ha acuñado una frase que tiene un significado que quiero rescatar y que no menoscaba la belleza de la obra de Shelley: “hecho al estilo Frankenstein”, que no es otra cosa que crear o construir “algo” tomando partes que no necesariamente encajan de manera apropiada y que, por el contrario, revelan la procedencia de esas partes de fuentes disímiles como sucedió con el cuerpo de la criatura a la que dio vida Víctor Frankenstein en la obra de Shelley.

II. Recordando algunos antecedentes locales sobre la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio

El tratamiento legal de la capacidad de goce y de ejercicio ha sido motivo de crítica en los últimos lustros. Fue el mismo ponente del Libro de Personas del Código, Carlos Fernández Sessarego¹, quien desde siempre destacó que la capacidad jurídica o de goce es inherente al ser humano (como aptitud para ser titular de situaciones jurídicas subjetivas) y que, por tanto, resultaba y resulta irrelevante regularla en el orden jurídico, constituyéndose, más bien, en el presupuesto de otra faceta que sí atañe al espectro normativo: me refiero a la capacidad de ejercicio o de obrar, que no es otra cosa que la actuación autónoma basada o sustentada en el despliegue de los actos autorizados por las situaciones jurídicas subjetivas o los derechos de los cuales una persona es titular.

¹ Véase los siguientes trabajos de Fernández Sessarego: *El histórico problema de la capacidad* (1995, pp. 75-136) y *Enmiendas propuestas al Libro primero del Código Civil sobre el derecho del concebido y de las personas naturales. Con breves referencias al proyecto de Código Civil para la república argentina (1998)* (2000, p. 181 y ss.)

Uno de los más claros cuestionamientos de Fernández Sessarego venía dado por el error de admitir que la capacidad de goce era pasible de ser limitada habida cuenta de que la condición de sujeto de derecho que exhibe el ser humano hace posible que sea destinatario de derechos y deberes sin más, por su sola existencia. Diferente será, entonces, decidir bajo qué condiciones puede actuar con autonomía. Y es en este segundo momento, de ejecución de una decisión, en el que aparece la posibilidad de sancionar alguna restricción pero que no afecta la capacidad jurídica o de goce. El clásico ejemplo del extranjero que no puede adquirir ciertos bienes dentro de los 50 kilómetros de la frontera con otro país a que se refiere el artículo 71 de la Constitución no aniquila la capacidad de dicha persona para ser propietario; simplemente no puede ejercer ese derecho dentro de esa franja de territorio. En suma, con este ejemplo lo que se quiere demostrar es que cualquier eventual limitación debe recaer sobre la capacidad de obrar².

A ello debo sumar que hace algunos buenos años³ también sostuve que la capacidad de obrar presupone que el sujeto es capaz pero, sin embargo, requiere de otras condiciones. Reconocer a la persona la autonomía y posibilidad de obrar válidamente depende, en general, del nivel o grado de madurez que se exija a un individuo para que pueda actuar según cierta racionalidad, sin ligereza o sin dejar de concebir las consecuencias de sus actos. Recuerdo haber sostenido, también, que los conceptos de capacidad de goce y capacidad de ejercicio no encierran verdades absolutas y que son expresiones equívocas. Si, como se dice, la capacidad de goce es la aptitud para ser titular de derechos y

Comentario relevante del autor



Uno de los más claros cuestionamientos de Fernández Sessarego venía dado por el error de admitir que la capacidad de goce era pasible de ser limitada habida cuenta de que la condición de sujeto de derecho que exhibe el ser humano hace posible que sea destinatario de derechos y deberes sin más, por su sola existencia.

deberes, todo parecería indicar que se trataría de una potencialidad antes que de una realidad. Y, consecuentemente –aun cuando pueda ser contradictorio– no se “gozaría” (de modo actual) de ninguna situación jurídica subjetiva. Si, en cambio, la capacidad de goce implica titularidad “actual” de derechos y deberes, la expresión “capacidad de goce” adquiere una dimensión mucho más concreta y virtual. Si se estima que la capacidad de ejercicio consiste en la puesta en marcha de los derechos que se reconoce a un sujeto, habría que decir que, inclusive, una persona que no cuenta con capacidad de ejercicio puede, en muchos casos, llevar a cabo semejante resultado, es decir, actuar y tomar la ventaja de sus titularidades, sin que en nada interfiera el concepto en cuestión.

Quien goza de derechos –afirmé entonces– usa de ellos, inclusive sin necesidad de ser representado y aun frente a terceros, sin que sea necesario tener capacidad de ejercicio. No todos los actos que lleva a cabo un

2 De allí que resulte errónea la hoy antigua redacción del artículo 3 del Código Civil cuando admitía la posibilidad de restringir la capacidad de goce: “ Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley”.

3 Véase: Vega Mere (1996, p. 41-B y ss.).

“incapaz de obrar” son, *strictu sensu*, negocios jurídicos que le exijan tener capacidad de ejercicio. Como tan sabiamente lo ha hecho el Código de los Niños y Adolescentes (artículos 10 y 11) aquellos tienen capacidad para expresar su opinión, sus creencias, etc. Estos son hechos que no podrían quedar subordinados al cumplimiento de los dieciocho años, pues sería tanto como limitar la libertad de los menores de edad, sobre la base del prejuicio de su presunta inhabilidad. Inclusive, el goce del derecho fundamental a la vida involucra toda una gama de actos que el sujeto puede llevar a cabo, desde el disfrute mismo de ese don hasta su defensa, por una serie de medios, frente a cualquier persona. Y entonces, ¿se requiere capacidad de obrar? Sin duda, no. Y en ello el artículo 455 del Código Civil también fue claro cuando sancionó que los menores capaces de discernimiento también puede ejercer derechos estrictamente personales, pero se quedó corto pues el “gocce” no es una sola “aptitud” ni una pura “acumulación” de prerrogativas, sino el despliegue mismo de la libertad en no pocos casos en los que el sujeto no tiene planificado concluir un acto jurídico que parece ser la idea que perturba a algunos a reconocer esta capacidad de obrar en algunos sujetos considerados como débiles.

La doctrina italiana resolvió esta cuestión al diferenciar las situaciones jurídicas existenciales de aquellas otras patrimoniales. Las primeras no requieren de ninguna capacidad para su desenvolvimiento. Esta afirmación

merecería algunos matices pero la idea es extraordinariamente buena para lo que se pretende enfatizar hasta este punto: la necesidad de no privar a las personas menores o sujetas a algún régimen de protección (curatela, para ser más exacto) a limitaciones que tiren por la borda la protección que se quiere dispensar y que, por el contrario, muestren –esos paraguas tuitivos– connotaciones extremadamente paternalistas e, inclusive, punitivas.

La idea de desterrar la referencia a “incapaces”, como lo promovía Fernández Sessarego, traduce la intención de no afectar la capacidad de goce (también llamada subjetividad) y reconocer espacios de autonomía a favor de quienes usualmente han sido privados de la capacidad de obrar, especialmente para actuar situaciones subjetivas existenciales que no tenían ni tienen ninguna relación con la llamada capacidad comercial e, inclusive, descubrir y admitir que algunas situaciones jurídicas patrimoniales también pueden ser objeto de despliegue por algunos de los sujetos débiles sin que esa posibilidad represente un riesgo para ellos mismos y, de ser el caso, para su entorno familiar⁴.

Juan Espinoza también había abordado con solvencia esta materia y producto de ello (además de algunos ensayos precursores) fue su interesante trabajo sobre la protección de los sujetos débiles en el que cuestionaba severamente el tratamiento legal de la capacidad de goce y de ejercicio y en el que

4 De alguna manera el artículo 591 del Código Civil lo admite cuando prescribe que el pródigo, el mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano (sujetos a curatela previa declaración de interdicción) no pueden litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador. Sin embargo, el juez, al instituir la curatela, puede limitar también la capacidad del interdicto en cuanto a determinados actos de administración. En otros términos, la norma no limita ni restringe el ejercicio de los derechos personales ni algunos actos de contenido patrimonial. Para otros, de mayor gravedad, basta el consentimiento del curador sin que sustituya al interdicto. Pese a ello, antes de la reforma que analizamos en el texto, dentro del Código Civil había algunas sanciones incomprensibles como, por ejemplo, no permitir a los pródigos o a los malos gestores otorgar testamento que, en términos puntuales, no afectaba su situación patrimonial de manera inmediata, dado que se trata de un acto de última voluntad que tiene como presupuesto el deceso del testador.

puso de cabeza la forma en que se estructuró, sobre todo, la curatela para personas mayores de edad por razones fundamentalmente de orden patrimonial. Su trabajo contiene un interesante recorrido por la experiencia extranjera de distintos países que pone en duda las clasificaciones de las personas “vulnerables” y los catálogos de enfermedades, especialmente cuando no hay criterio científico que los justifique. Quizá lo más resalante del trabajo de Espinoza son sus propuestas de tratamiento legal de los sujetos vulnerables y sus ideas de consagrar un régimen de capacidad restringida (para suprimir la referencia a las limitaciones a la capacidad de goce y a los “incapaces” absolutos y relativos)⁵ que con los años ha ido afinando pues si se confronta aquellos planteamientos con las recientes propuestas de enmienda al Código Civil (me refiero al Grupo de Trabajo nombrado por R.M. N° 0300-2016-JUS) se advierte un enfoque mucho más maduro e interesante en las ideas que se sugiere implementar. Ya luego regresaré sobre este punto.

Sin embargo, creo que, hasta ese momento (y quién sabe si incluso hasta hace poco), ninguno de los escasos civilistas que transitamos por esta materia reparamos en la necesidad de acercar dos realidades (a veces abordadas sin mayor distinción dentro del análisis del régimen de la capacidad) que, para variar, dio origen a legislación allende las fronteras del Código Civil como producto de la consagración de instrumentos internacionales más avanzados que la legislación local

que terminaría impactando sobre esta: me refiero a la aparición de declaraciones y catálogos de derechos y a la sanción de tareas a cargo de los Estados para proveer un adecuado régimen jurídico a los discapacitados.

III. La elaboración de una primera propuesta del sistema de apoyo como alternativa a la curatela del Código Civil para los discapacitados

La preocupación por la condición de los discapacitados no es nueva. Lo que ha variado es la comprensión de su real situación con el objeto de poder ofrecerles un adecuado marco jurídico de integración bajo una perspectiva novedosa de contextualización y socialización que, como tal, no tiene muchas décadas.

La referencia a los discapacitados es parte de la historia y su relación con el entorno ha recibido toda clase de respuestas: mientras que en los textos bíblicos aparecen como personas destinatarias de compasión y de milagros o, contrariamente, como víctimas de posesión diabólica (como el caso de los epilépticos), en la edad media también recibieron una mayor dosis de atención pero sin descartarse la creencia (acientífica) de una presencia demoniaca para explicar el comportamiento de algunas personas inhábiles. Si bien la medicina y su constante progreso alivió su condición sobre todo desde el siglo XVIII⁶ hacia adelante, los instrumentos

5 Véase: Espinoza Espinoza (1998). La preocupación de Espinoza se remonta a inicios de los años 90 del siglo pasado cuando escribió dos ensayos: *Tutela giuridica dei soggetti deboli: il rovescio dai sogni dogmatici dei giuristi* (1993) y *Tratamiento jurídico de la capacidad en la experiencia nacional* (1995).

6 A mediados del siglo XIX, Louis Braille (Francia) inventó un alfabeto que hoy lleva su nombre, concebido para la lectura de textos mediante un sistema táctil. Braille era ciego desde adolescente por un accidente y cuando estudiaba en la Escuela de Ciegos y Sordos de París, el director de dicha escuela le entregó un sistema creado por un militar francés para dar órdenes a puestos de avanzada sin que nadie más lo comprendiera a efectos de no revelar las posiciones de la milicia. Braille lo reinventó y lo modificó utilizando un esquema de 6 puntos que sigue vigente. No se trata de un aporte de la medicina, pero sin duda facilitó el acceso de los ciegos a la información.

Comentario relevante del autor



La preocupación por la condición de los discapacitados no es nueva. Lo que ha variado es la comprensión de su real situación con el objeto de poder ofrecerles un adecuado marco jurídico de integración bajo una perspectiva novedosa de contextualización y socialización que, como tal, no tiene muchas décadas.

legales⁷ que se concibieron para su protección no fueron apropiados al asumirse que no eran capaces de llevar a cabo una serie de actos en el contexto en el que se desenvuelven y, por ende, se les restó autonomía y se les impuso un modelo de “guarda” que neutralizaba su iniciativa y desconocía sus otras habilidades bajo el pretexto de que carecía de alguna de ellas⁸.

Durante los años ochenta del siglo pasado en el seno de las Naciones Unidas se dio inicio a la discusión sobre la materia hasta llegar a la publicación de unas “Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad”, aprobadas por la Asamblea General en 1993. Luego, en 2001, se nombró a un Comité Ad Hoc para considerar las propuestas para la elaboración de documento base. Tras unos años de debate el 13 de diciembre de 2006 se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El objetivo de dicha 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.

La convención contiene una definición de discapacitado que ha sido observada por los países que la han ratificado: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás”.

La discapacidad involucra una serie de casos heterogéneos irreductibles a una unidad. La conocida “Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud” (CIF), aprobada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en el año 2001⁹, sistematiza los distintos dominios de una persona en un determinado estado de salud (esto es, aquello para lo que es hábil). La CIF concibe a la “discapacidad” como un término que comprende déficits y genera limitaciones y restricciones a las actividades y participación (dando pie a la minusvalía), esto es, a los aspectos negativos de la interacción entre la persona y el medio social. La deficiencia que se advierte en un discapacitado es la pérdida de una estructura corporal o de alguna función fisiológica que puede ser el origen de la discapacidad.

Estos datos son de especial importancia para entender que la calificación de discapacitado solo encuentra sentido si crea limitaciones

7 No debe olvidarse que en la época de Bismark se sancionó una legislación especial para los accidentes de trabajo que constituye, sin duda, uno de los casos frecuentes de discapacidad. Entre los seguros que supo en vigencia se cuentan el de accidentes de trabajo (1884) y el de invalidez y vejez (1889), entre otros.

8 Algunas referencias históricas en Padilla-Muñoz (2010, pp. 391-398).

9 Y que reemplaza la versión inicial (y provisoria según los entendidos) de 1980.

y restricciones en su interacción social. La socialización de la discapacidad, sin embargo, es de ida y vuelta. La minusvalía que provoca alguna deficiencia alude a una situación social de desventaja que requiere de corrección, de ajustes razonables que compensen esa desventaja a todo nivel: en educación, en el mercado de trabajo, en el acceso a la información, en los medios de transporte, en las vías de acceso, etc., que en conjunto permitan a los discapacitados una adecuada integración y traduzcan un trato igualitario y un respeto irrestricto por su dignidad.

Un aspecto de vital importancia que movería los cimientos sobre los que se asentaba el tratamiento de la capacidad en el Código Civil viene dado por lo dispuesto en el numeral 12.2. de la Convención cuando señala que:

“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”.

Y si ese principio quería cumplirse resultaba fundamental modificar la legislación local para eliminar las diferencias en el régimen de la capacidad de los sujetos débiles que aún seguía alojado al interior del Código Civil.

Si bien en un primer momento se promulgó la Ley N° 27050, Ley General de la Persona con Discapacidad, fue, en verdad, la Ley N° 29973 la que mejor actuó la Convención y la que además ordenó que el Código Civil regulase los sistemas de apoyo y los ajustes razonables^{10 11 12}.

10 El artículo 2 de la Convención señala que por “ajustes razonables” se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

A su turno, el artículo 50 de la Ley N° 29973, Ley General de las Personas con Discapacidad, apenas modificado por el Decreto Legislativo N° 1417, establece:

Artículo 50. Ajustes razonables para personas con discapacidad.

50.1 La persona con discapacidad tiene derecho a ajustes razonables en el proceso de selección de recursos humanos y en el lugar de trabajo.

50.2 Los ajustes razonables en el proceso de selección comprenden la adecuación de las metodologías, procedimientos, instrumentos de evaluación y métodos de entrevista. En el lugar de empleo de las personas con discapacidad, los ajustes razonables comprenden la adaptación de las herramientas de trabajo, las maquinarias y el entorno de trabajo, incluyendo la provisión de ayudas técnicas y servicios de apoyo; así como la introducción de ajustes en la organización del trabajo y los horarios, en función de las necesidades del trabajador con discapacidad.

50.3 El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y los gobiernos regionales prestan asesoramiento y orientación a los empleadores para la realización de ajustes razonables para personas con discapacidad en el lugar de trabajo. Los empleadores públicos y privados generadores de rentas de tercera categoría tienen una deducción adicional en el pago del impuesto a la renta sobre los gastos por ajustes razonables para personas con discapacidad, en un porcentaje que es fijado por decreto supremo del Ministerio de Economía y Finanzas.

50.4 Los empleadores del sector público y privado están obligados a realizar los ajustes razonables, salvo cuando demuestren que suponen una carga desproporcionada o indebida, de conformidad con los criterios fijados por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que se aplican en el sector público y en el privado”.

11 Artículo 9. Igual reconocimiento como persona ante la ley.

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

12 Resulta curioso, por decir lo menos, que la legislación extramuros sea objeto de recodificación. Sin embargo, era inevitable que las nuevas disposiciones sobre el reconocimiento de la capacidad plena de los discapacitados incidieran sobre distintas instituciones cuya *sede materiae* es el Código Civil, como es el caso del matrimonio, la patria potestad, el testamento, entre otras.

Si la tendencia promovida por la Convención era redimensionar la condición del discapacitado y reconocer el pleno goce de sus derechos, ese mandato resultaba incompatible con seguir catalogándolo como incapaz y limitar su participación. Por el contrario, y especialmente teniendo en cuenta que los casos son asaz heterogéneos, sin perjuicio de contar con cláusulas generales, resultaba urgente eliminar algunas barreras y propiciarse el recurso a instrumentos de ayuda o soporte y ajustes adecuados sin someterlo a un régimen legal que lo inhabilite y que en lugar de ofrecer algún tipo de ayuda castre su actuación y lo aniquile socialmente.

Por ello, la Ley N° 29973 derogó el inciso 3 del artículo 43 al desterrar de la lista de “incapaces absolutos” a las personas con limitaciones sensoriales (sordomudos, sordociegos y ciegosordos) pero dejó vivas las referencias a: i) las personas privadas de discernimiento (término muy utilizado en la doctrina legal para aludir, usualmente, a la capacidad natural de entender las consecuencias de los propios actos a que se refería, hasta hace poco, el inciso 2 del artículo 43 del Código Civil); ii) a los retardados mentales (inciso 2 del artículo 44); y, iii) a los que sufren de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad (inciso 3 del artículo 44), lo que hacía pensar que aún existía espacio (asumo que clínicamente) para justificar esas diferencias.

La Ley N° 29973 abordó diversos aspectos dentro de los cuales debía variarse los paradigmas para facilitar una adecuada equiparación en el reconocimiento pleno de los derechos de los discapacitados, pero dejó pendiente la tarea que encomendó al Código Civil.

Por ello, hacia el año 2014, el Ministerio de Justicia elaboró una propuesta que atacaba frontalmente la subsistencia de las normas sobre capacidad o, mejor dicho, sobre los incapaces absolutos y algunos relativos y cuestionaba drásticamente, no sin razón, el recurso a la interdicción y a la curatela para los discapacitados y sugería, como alternativa, un sistema de apoyos “(...) como una herramienta para asegurar el efectivo ejercicio de su capacidad jurídica sin que sean sustituidos en sus decisiones”^{13 14}. Este sistema, a diferencia de la curatela, apuntaba a que la personas que prestasen apoyo a los discapacitados no los reemplazaran; por el contrario, y tal como se prevé en legislaciones como la alemana, austriaca o de Québec, esos terceros actuarían como “asistentes” y no como representantes que decidieren lo que –a su criterio– conviniera a las personas con alguna minusvalía.

La propuesta contemplaba:

- a) Que todos los discapacitados sean beneficiarios del sistema de apoyo.
- b) Que se respete la diversidad reconociendo que los discapacitados y que las medidas que se adopten deben ser apropiadas para permitir que tenga espacios para que puedan actuar solos en determinados actos y establecer en cuales requiere auxilio.
- c) Que la persona que asista a un discapacitado debe mantener un grado de confianza con el discapacitado prefiriéndose a alguien del entorno familiar.
- d) Un concepto flexible de apoyo, acorde con la evolución del concepto de discapacidad y capacidad jurídica.

13 Así se lee en la página 12 del “Informe preliminar. Propuesta de reforma del Código Civil en relación al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”.

14 Como sucede con el curador del interdicto especialmente en los casos de discapacidad.

- e) Cuando cambie o desaparezca la discapacidad, las medidas de apoyo deberán modificarse para que sean un reflejo del estado físico y mental de la persona.
- f) El juez deberá escuchar al discapacitado para evaluar directamente el grado de discapacidad.
- g) El juez debe solicitar todos los informes que considere necesarios para emitir sentencia. Los informes no solo deben ser de médicos sino también de otros especialistas: pedagogos, abogados, sociólogos, entre otros expertos.

Por ello, en este documento se contempló modificar no solo el Código Civil, sino también otras normas: educativas, universitarias, de salud, laborales, del impuesto a la renta, etc., que no es del caso listar.

El trabajo fue acompañado de una propuesta de incorporación de nuevas disposiciones al Código Civil que incluyan el sistema de apoyo para discapacitados que transcribo para no traicionar la intención que se tuvo:

Artículo 659-A.- Capacidad jurídica de las personas con discapacidad

Las personas con discapacidad tienen capacidad de goce y de ejercicio en todos los aspectos de sus vidas, en igualdad de condiciones que las demás personas.

Artículo 659-B.- Sistemas de apoyo

Las personas con discapacidad tienen el derecho a decidir si recurren al sistema de apoyo, para lo cual proponen y solicitan al juez competente el nombramiento o la revocación de las personas naturales o jurídicas encargadas de asistirles en la toma de las decisiones para la realización de determinados actos que estimen pertinentes, sin que eso implique la subrogación de su voluntad.

Artículo 659-C.- Uso del sistema de apoyo

Se reconoce que las personas con discapacidad ejercen sus derechos de acuerdo a sus propias características. En tal sentido, el sistema de apoyo reconoce y respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, por lo cual es diverso y debe ajustarse a las necesidades específicas de cada individuo. La forma de comunicación de la persona con discapacidad no constituye un obstáculo para obtener el apoyo. Para tales efectos, el juez califica el grado de dependencia de una persona al sistema de apoyo a través de la evaluación multidisciplinaria, de tal manera que exista un control previo y permanente del apoyo a otorgar.

Artículo 659-D Supervisión de las personas designadas a prestar apoyo.

Las personas designadas a prestar apoyo son sujetas a supervisión periódica por el juez competente con el propósito de verificar que el ejercicio de su función no haya perjudicado los derechos e intereses de la persona apoyada.

Artículo 659-E.- Personas impedidas de prestar apoyo

No podrá actuar como persona encargada de brindar el apoyo quien tenga conflicto de intereses respecto al patrimonio del beneficiario o quien haya mantenido o mantenga litigio con este. En caso que cualquier persona advierta el ejercicio del apoyo a pesar de haberse producido alguna de estas circunstancias, deberá proponer el hecho a conocimiento de la autoridad judicial para defender los derechos de la persona con discapacidad.

Artículo 659-F.- Sistema de apoyo obligatorio

Excepcionalmente, se establece el sistema de apoyo obligatorio cuando las

personas con discapacidad se encuentren en circunstancias extremas en las que no puedan expresar su voluntad por ningún medio. En estos casos, la prestación del apoyo es para la adopción de decisiones particulares en resguardo de sus derechos a intereses y en ningún caso trae como consecuencia el desconocimiento de su capacidad jurídica.

Su designación es realizada tomando en consideración la proximidad y el conocimiento sobre las circunstancias personales y necesidades de la persona con discapacidad que no puede expresar su voluntad por ningún medio.

Para tales efectos, siempre que cumplan con los requisitos expresados en el párrafo precedente, se podrán considerar la manera preferente a las siguientes personas para que puedan cumplir con la asistencia:

1. Al cónyuge no separado judicialmente o notarialmente y que cumpla lo establecido en el artículo 289.
2. A los padres.
3. A los descendientes, prefiriéndose el más próximo al más remoto y en igualdad de grado, al más idóneo. La preferencia la decide el juez, oyendo al consejo de familia necesariamente.
4. A los abuelos y demás ascendientes, regulándose la designación conforme al inciso anterior.
5. A los hermanos.

En el caso que ninguna de las personas señaladas pueda cumplir con la condición de asistencia a la persona con discapacidad, el juez podrá designar a la persona natural o jurídica que cumpla con lo señalado en el segundo párrafo del presente artículo.

Artículo 659-G.- Revocación del apoyo

La revocación del apoyo puede ser solicitada por el beneficiario en el caso previsto por el artículo 659-B del Código Civil o por aquella persona que el supuesto del artículo 659-F del Código Civil considere que el prestador del apoyo no ejerce de manera adecuada su rol.

Artículo 659-H.- Ajustes razonables

Las personas que con discapacidad tienen derecho a vivir, ser atendidos y exigir ambientes que sean universalmente accesibles o que tengan ajustes razonables. Estos últimos son aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas requeridas en un caso particular que no imponen una carga desproporcionada o indebida. Tienen por objeto que las personas naturales y personas jurídicas públicas y privadas garanticen a las personas con discapacidad su autonomía, como también el goce y el ejercicio de todos sus derechos en igualdad de condiciones que a los demás individuos”.

Como se puede apreciar, la propuesta se centra en un sistema de apoyo basado en la decisión de un juez pero que, además, no desconoce, sino que, por el contrario, respeta los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, gracias a la evaluación multidisciplinaria que aquel debe realizar. El sistema de apoyo se vuelve obligatorio cuando la persona discapacitada no puede expresar su voluntad por ningún medio.

Este documento de trabajo, finalmente, incluye un cuadro de reformas adicionales al Código Civil que plantea:

- a) derogar el inciso 2 del artículo 43;
- b) derogar los incisos 2 y 3 del artículo 44;
- c) eliminar la referencia al enfermo mental del inciso 1 del artículo 274, pero sin

proponer su supresión; con lo que no habría nulidad si el contrato lo contrajera un enfermo mental;

- d) eliminar el inciso 2 del artículo 274 para facilitar el matrimonio de los discapacitados sensoriales (sordomudos, ciegosor-dos y ciegomudos);
- e) eliminar la referencia al “enfermo men-tal” del artículo 333;
- f) derogar el artículo 368;
- g) eliminar la referencia a los artículos 43 y 44 del artículo 389;
- h) eliminar, del artículo 564, la referen-cia a los incisos 2 y 3 del artículo 43 y a los incisos 2 a 8 del artículo 44, para que solo se sujete a los ebrios habituales, toxicómanos, pródigos y malos gestores a curatela;
- i) derogar los artículos 569, 571 y 572;
- j) modificar el artículo 687 para precisar que son “incapaces”¹⁵ para otorgar tes-tamento: i) los menores de edad salvo lo dispuesto por el artículo 46; y, ii) los ebrios habituales y toxicómanos, y los que carecen, al momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad nece-sarias para otorgar testamento.

IV. Una propuesta liderada por el Congreso de la República

No quisiera detenerme demasiado en esta propuesta (sin fecha, por lo menos en el docu-mento al que he accedido) que estuvo a cargo de una comisión especial encargada de revi-sar el Código Civil en lo referido al ejercicio

Comentario relevante del autor



Si la tendencia promovida por la Con-vención era redimensionar la condi-ción del discapacitado y reconocer el pleno goce de sus derechos, ese mandato resultaba incompatible con seguir catalogándolo como incapaz y limitar su participación.

de la capacidad de la persona con discapaci-dad (por mandato de la Ley N° 29973) presi-dida por el congresista John Reynaga Soto e integrada por diversos sectores del Estado y de algunas organizaciones en representación de los discapacitados (Sociedad Peruana Síndrome Down y Centro de Promoción de la Salud Mental).

Se trata de un documento de trabajo bastante riguroso en casi todos los aspectos aborda-dos en el mismo, especialmente cuando ana-liza la incidencia de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapaci-dad sobre el modelo del Código Civil y las limitaciones de la curatela. El enfoque fue anclado en el modelo social de la discapa-cidad al promover una interacción que posi-bilite que el entorno no resulte adverso sino todo lo contrario, esto es, que facilite una participación plena y efectiva de los discapa-citados en la sociedad.

Para esta comisión (que llamaré congresal por conveniencia) se debe promover un cam-bio radical en la comprensión de la situa-ción del discapacitado y superar su califica-ción como “incapaz”, además de abandonar el modelo de la curatela para migrar a un

15 Adviértase que al mantenerse parte del artículo 43 como del artículo 387 (y otras normas que no viene al caso) que se modifica, esta propuesta no erradica la calificación de “incapaz”.

sistema de apoyos a la luz de las normas de la Convención.

Tal como se comenta en este documento de trabajo, se asume que las personas con discapacidad mental o intelectual son capaces de tomar decisiones y de conocer las consecuencias de las mismas.

Por ello, una de las más acertadas críticas en este *paper* (p. 35) se advierte cuando se critica el artículo 43 del Código Civil al señalar que el supuesto de aquellas personas que por cualquier causa se encuentren privadas de discernimiento no debería comprender a las personas con discapacidad mental o intelectual. Quien carece de discernimiento no sabe qué decisión tomar porque no sabe si algo es bueno o malo. La persona con discapacidad mental o intelectual –según este documento– sí son sujetos capaces de tomar decisiones porque no carecen de discernimiento.

Pese a esbozar aquella diferencia –al criticar el inciso 2 del artículo 43 del Código Civil– se propone que la falta de discernimiento se restrinja a las personas que se encuentran en estado de coma. Tal asimilación –creo– podría no ser exacta pues no siempre un discapacitado que no pueda expresar su voluntad o que no sepa distinguir lo bueno de lo malo puede ser equiparado a la situación de quien está en coma. La afirmación me parece exagerada.

Este documento también cuestiona que se discrimine o trate inapropiadamente (p. 36) a aquellos que sufren de “retardo mental” o a quienes adolecen de deterioro mental que les impide expresa su libre voluntad (referidos en los incisos 2 y 3 del artículo 44 del Código Civil, respectivamente) y se postula la derogación de su sujeción a interdicción.

Para esta comisión congresal la expresión “deterioro mental” implica un daño progresivo de las facultades intelectuales que puede

tener como causa la edad o alguna otra razón, es decir, se trata de un debilitamiento que se produce en el tiempo. Y por “retraso mental” se alude a quien tiene un desarrollo intelectual que está por debajo de su edad.

Por ello, el documento propone que se derogue el régimen de la incapacitación que restrinja el derecho de las personas con discapacidad mental e intelectual y para ello asume que quien sufre de retraso o de deterioro mental es un discapacitado. No se señala, por cierto, que quien carece de discernimiento sea discapacitado, pero la falta de discernimiento de un discapacitado se explica a través de un –exagerado– cuadro de coma.

Pese a los objetivos nobles y loables de esta propuesta, se pasa por alto la condición del discapacitado que sin llegar a encontrarse en estado de coma no puede actuar por sí mismo y que también, en mi opinión, debería ser destinatario de algún mecanismo de asistencia.

Adicionalmente, la comisión congresal propuso que las personas menores de 18 años, pero mayores de 12, sean considerados sujetos con capacidad de ejercicio restringida (y modificar el artículo 43 del Código Civil en ese sentido) para celebrar los actos jurídicos que les permita el Código o las leyes especiales. Al leer la idea se aprecia que no hay edad ni límite para el ejercicio de los derechos personales y para aquellos otros que no exijan la llamada capacidad negocial, sin perjuicio de afirmarse que la capacidad de goce no pueda ser restringida (y que debería expresarse en un nuevo artículo 44).

El documento propone alterar otras normas del Código Civil, entre las que destaca la intención de derogar las disposiciones contrarias a la Convención de los derechos de las personas con discapacidad. He aquí la transcripción de algunas de las proyectadas reformas:

Artículo 42.- Toda persona humana mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio

Artículo 43.- Los menores de dieciocho años pero mayores de doce años tienen capacidad de ejercicio restringida para celebrar los actos jurídicos que les permiten el Código Civil o las leyes especiales.

Artículo 44.- Solo por ley pueden establecerse restricciones a la capacidad de ejercicio de la persona humana. La discapacidad no comporta en ningún caso una restricción de la capacidad de ejercicio.

Artículo 45.- Las personas con discapacidad pueden designar representantes o contar con apoyos de su libre y voluntaria elección según las disposiciones de este código y de las leyes especiales.

Artículo 564.- La persona con discapacidad puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos que considere pertinentes para posibilitar su capacidad de ejercicio.

Artículo 565.- Los apoyos son formas de asistencia que se prestan a la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, la comprensión de los actos jurídicos y sus consecuencias y la manifestación de la voluntad.

Artículo 566.- La persona con discapacidad determina la forma, alcance y duración del apoyo.

Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas.

Artículo 567.- Las entidades públicas y privadas garantizan las medidas de accesibilidad y los ajustes razonables

Comentario relevante del autor



Todo parecería indicar que la avidez de los autores de la norma por querer modificar el Código Civil por mandato de la Ley Nº 29773 (Ley General de las Personas con Discapacidad) nubló supremamente su capacidad de anticipar las consecuencias de los cambios que se introducirían.

que se requieran para facilitar la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad

Artículo 568.- La persona con discapacidad puede designar ante una notaría o un juez de paz letrado una o más personas de apoyo para facilitar su capacidad de ejercicio. Deben prestarse las medidas de accesibilidad y los ajustes razonables necesarios para la realización de este acto.

Artículo 568-A.- Toda persona mayor de edad puede designar por escritura pública el o los apoyos que considere necesarios en previsión de requerir en el futuro asistencia para su capacidad de ejercicio. Asimismo, la persona puede disponer en que personas o instituciones no debe recaer tal designación, así como la forma, alcance, duración y directrices del apoyo a recibir. En la escritura pública debe constar el momento en que estas directivas entran en vigor.

Artículo 569.- El juez puede determinar de modo excepcional los apoyos necesarios cuando la persona con discapacidad se encuentre imposibilitada de manifestar su voluntad, incluso después de habersele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables y

sea necesario para el ejercicio y protección de sus derechos.

El proceso se inicia por una persona con legítimo interés o por el Ministerio Público.

El juez debe determinar sobre quien recae el apoyo, el tipo de apoyo necesario, sus alcances y directrices, respetando la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y atendiendo a su trayectoria de vida.

La persona con discapacidad puede negarse al apoyo en cualquier momento del proceso.

Artículo 602.- La persona que administra los bienes no puede ejecutar otros actos administrativos que los de custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas. Sin embargo, los actos que le son prohibidos serán válidos si, justificada su necesidad o utilidad, los autoriza el juez, previa audiencia del consejo de familia.

Artículo 603.- Corresponde a la persona que administra los bienes, la representación en juicio. Quienes tengan créditos contra los bienes podrán reclamarlos de la respectiva persona que administra los bienes.

Artículo 605.- Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 603 y 604, el juez que nombra a la persona que administra los bienes puede señalarle sus facultades y obligaciones, regulándolas, según las circunstancias, por lo que está previsto para los tutores.

Artículo 696.- Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:

(...)

2.- Que el testador exprese por sí mismo su voluntad o, tratándose de

una persona con discapacidad, con la asistencia de apoyos, si así lo requiere, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.

(...)

6.- Que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponden a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad, podrá expresar su asentimiento u observaciones directamente o a través de intérpretes o apoyos.

V. Las propuestas del Anteproyecto (“no oficial”) de reforma al Código Civil peruano

Mediante Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS se nombró un nuevo grupo de trabajo para proponer enmiendas al Código Civil, integrado, en su mayoría, por profesores de una generación distinta a la de los autores del Código. El documento, conocido como “Anteproyecto no oficial”, tiene algunas propuestas interesantes sobre la capacidad y los derechos de los discapacitados en las que me detendré rápidamente, aunque las ideas que aporta en torno a dichos tópicos requieren, considero, una revisión adicional.

El documento de trabajo da un salto de calidad con relación a los otros proyectos analizados previamente al eliminar la referencia a los incapaces absolutos cuando propone modificar el artículo 43 del Código con la siguiente redacción:

Artículo 43.- Régimen de capacidad de ejercicio restringida

Están comprendidos dentro de un régimen de capacidad de ejercicio restringida:

1. Los menores de dieciocho años, salvo aquellos actos determinados por la ley.
2. Los que por cualquier causa y habitualmente estén privados de discernimiento, o no puedan expresar su voluntad de manera indubitable y que hayan sido sometidos judicialmente bajo este régimen.

En segundo lugar, y como se aprecia, la propuesta se ocupa de restringir la capacidad de ejercicio a personas privadas de discernimiento o que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable para las cuales se sugiere el régimen de capacidad restringida por decisión judicial. Sin embargo, el documento no desarrolla los alcances de ese tratamiento y todo parecería hacer pensar que la consecuencia sería algo así como una curatela o una figura menos restrictiva que esta. Pero no se cuenta con una respuesta.

Por su parte, el artículo 44 que se propone alude a un régimen de asistencia pero que se aplicará a las personas no privadas de discernimiento que sufren de alguna minusvalía física, psíquica o mental, esto es, a los discapacitados:

Artículo 44.- Régimen de asistencia

Se declarará judicialmente un régimen de asistencia para:

1. Las personas que por efecto de una disminución física, psíquica, sensorial o de comportamiento que, sin afectar el discernimiento, se encuentran en

la imposibilidad, incluso temporal, de atender apropiadamente el cuidado de sí mismas o de su patrimonio. 2. Los condenados con pena que incluye la inhabilitación.

Sin embargo, en este “Anteproyecto no oficial” no se define cuál es la situación legal de las personas calificadas como pródigos, malos gestores, toxicómanos y ebrios habituales ni se señala a qué clase de institución supletoria quedarán sujetos pues en este documento se deroga, sin más, las normas de la curatela. Tales personas quedan al margen de la proyectada reforma. No es un error pequeño¹⁶ pues aquellas normas que regulaban la curatela son reemplazadas por un régimen de asistencia que aplica solo para los discapacitados. Por ello, y para ser cauto, creo que este *paper* es un trabajo que puede considerarse preliminar. Veamos qué se perfila sobre el sistema de apoyos a los discapacitados:

Capítulo Tercero

Del Régimen de Asistencia

Artículo 564.- Personas sujeta a asistencia

Cuando una persona, debido a una disminución física, psíquica o sensorial, se encuentre en la imposibilidad, incluso temporal, de proveer al cuidado de los propios intereses o de administrar el propio patrimonio, el juez especializado en lo civil de familia de su domicilio, en proceso sumarísimo, procede al nombramiento de un asistente

¹⁶ Sin embargo, la redacción de un proyectado artículo 45 refiere la curatela mostrando, por ello, poco cuidado en la sistematización y organicidad de la propuesta:

Artículo 45.- Representación legal

Los representantes legales o asistentes de los sujetos comprendidos dentro de un régimen de capacidad de ejercicio restringida ejercen los derechos civiles de estos, según las normas referentes a la patria potestad, asistencia, tutela y curatela.

Artículo 565. - Fines de la asistencia

1. El juez, al nombrar al asistente, establece cuales son los actos, incluso de naturaleza procesal, que este asistente tiene el poder de ejecutar en el interés del beneficiario.
2. Salvo que el juez disponga lo contrario, los actos distintos a la administración ordinaria no pueden ser ejecutados por el asistente sin autorización judicial. En caso de inobservancia, tales actos pueden ser anulados a pedido del Ministerio Público, del sujeto al régimen de asistencia o de sus herederos.

Artículo 566. - Actos realizados con la intervención del asistente

El juez puede disponer que determinados actos pueden ser efectuados por el sujeto al régimen de asistencia solo con la intervención del asistente. Si tales actos son efectuados sin la prescrita asistencia pueden ser anulados a pedido del asistente, del Ministerio Público, del sujeto a tal régimen o de sus herederos.

Artículo 567. - Curador provisional

1. Cuando el sujeto al régimen de asistencia, el asistente, los familiares o el Ministerio Público, consideran que ya no se verifican los presupuestos establecidos en el artículo podrán solicitar judicialmente el cese del régimen de asistencia, su sustitución o la modificación.
2. El juez amparará la pretensión solicitada cuando se compruebe, directamente o por medio de un examen pericial, la necesidad del cese o de la sustitución.

Artículo 569.-Aplicación supletoria de las reglas de la tutela

Rigen para el régimen de asistencia supletoriamente las reglas relativas a la

tutela, con las modificaciones establecidas en este capítulo.

Nuevamente y para concluir: mientras en el Libro de Personas se apunta hacia una erradicación de las “incapacidades”, en la propuesta de modificaciones del Libro de Familia se deja fuera de los alcances de la figura de asistencia a aquellos que son sujetos de capacidad restringida pero en ninguna de las dos secciones se contempla la situación de aquellas otras personas que no pueden ser abandonadas sin más por la propuesta de reforma del Código, esto es, los pródigos, malos gestores, ebrios habituales y toxicómanos que no son discapacitados y que, para dar coherencia a la propuesta, deberían también ser sujetos a un régimen de capacidad de ejercicio restringida de acuerdo a la decisión que sobre el particular adopte el juez en cada caso.

VI. And the Oscar goes to ... the Legislative Decree N° 1384

Pese a todo, el premio al desorden y al desconcierto sobre esta materia lo gana el Decreto Legislativo N° 1384.

¿Cuáles son los aportes de esta norma?

Creo, sin temor a equivocarme, que esta ley ha incorporado algunos avances importantes:

- a) Actúa adecuadamente el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y para ello ha modificado el artículo 42 del Código Civil. Sin embargo, no era necesario decirlo de manera expresa en dicha norma. Ya era parte de la Convención que es también fuente formal del derecho del país que ratificó la Convención. Pero allí está esa declaración. Y se ha irradiado al modificar otras normas del Código generando no poca controversia.
- b) Se califica como sujetos con capacidad restringida a los mayores de 16 años, a

los pródigos, a los toxicómanos, a los ebrios habituales, a los malos gestores, a los que sufren como pena anexa la interdicción civil y a los que se encuentran en estado de coma.

- c) Incorpora la institución del apoyo a favor de los discapacitados a quienes no se sujetará a curatela bajo la clara idea de que son personas que pueden ejercer plenamente sus derechos, sin restricciones, sin perjuicio de valerse de la asistencia o del soporte de un tercero que no los reemplaza ni sustituye. Es más, la designación (artículo 45-B) la puede hacer el mismo discapacitado ante notario y solo si no puede expresarse el apoyo lo designará el juez.
- d) Si luego la persona (discapacitado) se encuentra en estado de coma, la designación del apoyo que hizo antes se mantendrá vigente.
- e) También el juez puede designar apoyo para quien se encuentra en estado de coma.

Posiblemente se me critique por no listar otros aciertos, si es que existen. Y no es que la norma no los contenga. Por ahora prefiero concentrarme en aquellas materias de la reforma que han causado plejidad.

Todo parecería indicar que la avidez de los autores de la norma por querer modificar el Código Civil por mandato de la Ley N° 29773 (Ley General de las Personas con Discapacidad) nubló supremamente su capacidad de anticipar las consecuencias de los cambios que se introducirían.

Apurado por querer pasar a la historia y granjearse la simpatía de los colectivos de los discapacitados, el legislador prendió fuego a cuanta norma le parecía infausta e incompatible con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y no midió los alcances de lo que hacía y finalmente hizo.

Comentario relevante del autor



La reforma urge de reforma. Necesitamos un legislador ordenado, coherente, que no haga experimentos, que no dé vida a monstruos o experimentos que podrían sorprender al propio Víctor Frankenstein.

Entre las perlas de este Decreto Legislativo tenemos:

- a) La conservación de un régimen residual para “incapaces absolutos” al no modificar adecuadamente el artículo 42 del Código Civil. Esto es, los menores de 16 años seguirán recibiendo esa calificación pese a todos los precedentes doctrinarios y a lo que se buscaba en las otras propuestas a las que hemos echado un rápido vistazo, esto es, desterrar la nomenclatura legal de incapaces.
- b) Siguiendo –al parecer– las huellas del documento de la comisión congresal (ver punto IV de este ensayo) se ha derogado toda referencia a los retrasados mentales, a los que se encuentran privados de discernimiento y a los que sufren de deterioro mental equiparando situaciones diferentes bajo el entendido de que todos son discapacitados. Pero, ¿realmente todos lo son? La ciencia médica deberá decirlo y si es así, pues habrá que seguir lo que diga. Si son discapacitados entonces al aplicar el nuevo artículo 42, todos aquellos (con retraso o deterioro mental) podrán actuar autónomamente y sin impedimentos. Y solo podrá considerarse privado de discernimiento a un discapacitado en estado de coma, como veremos luego. Y nadie les podrá poner límites para nada ni se podrá nombrar a alguien que les dé soporte, a no ser que

se verifique que no pueden expresar su voluntad. Y mientras tanto ¿podrán disponer de sus bienes, del dinero en sus cuentas bancarias y de la herencia que puedan recibir?; ¿podrán gastarse su dinero en apuestas y juegos, en diversión y en cualquier propósito?

- c) Mientras puedan expresar su voluntad aquellos discapacitados podrán designar notarialmente a quien se ocupe de ser su “apoyo”. Es más, para el nuevo artículo 659-B del Código, la persona que asista al discapacitado **no es su representante** a no ser que así lo señale y decida el discapacitado (o el juez, cuando ello suceda).
- d) Es más, hoy todos los discapacitados pueden casarse, todos, a no ser que se encuentren en estado de coma. Y es que ni siquiera cuando se les designe un apoyo judicial (en aplicación del inciso 2 del nuevo artículo 45-B) se ha previsto que estén impedidos de casarse. Y entonces surge la pregunta, ¿se casarán a través de su representante, si así lo nombra el juez, aun cuando no sepa expresarse? Porque el único impedido a contraer matrimonio –según el nuevo inciso 2 del artículo 241 del Código Civil– será el que esté en estado de coma “en tanto no exista manifestación de la voluntad expresa o tácita sobre esta materia”. ¿Era necesario incluir esta frase final si la persona se encuentra en estado de coma?; ¿acaso existe una persona en situación comatosa que sí pueda expresarse? No sé en qué pensaba el autor de esta norma al redactarla. Lo cierto es que hoy se pueden casar todos inclusive los que no saben o no pueden manifestar su voluntad si no presentan un cuadro comatoso. A eso nos ha conducido este Decreto Legislativo.
- e) Y también podrán casarse quienes padezcan de enfermedad mental crónica, al derogarse el inciso 3 del artículo 241.

¿Qué harán los alcaldes cuando se presente un esquizofrénico o un paranoico, un psicótico violento o una persona que sufre de un avanzado grado de Alzheimer y que no se encuentra en estado de coma?; ¿casarlo? El matrimonio, si se celebra, no será nulo gracias a la derogación del inciso 1 del artículo 274 del Código Civil. No hay prohibición que subsista luego de esta reforma. ¿Tendremos que recurrir al concepto de “sujeto plenamente capaz” al que se refiere el nuevo inciso 1 del artículo 140 o al inciso 1 del artículo 219 para alegar ausencia de voluntad y con ello privar de efectos al matrimonio?; ¿acaso las causales de nulidad del matrimonio no eran específicas y se apartaban del régimen general de las nulidades del acto jurídico? Vaya embrollo.

- f) Y a lo expuesto se suma el derecho de todos los discapacitados y sujetos con capacidad restringida, con clara exclusión de los ebrios habituales, toxicómanos y personas en estado de coma, para otorgar testamento. Al legislador no le importa que sea alguien que sufra de retraso mental, de deterioro intelectual, de síndrome de Down, de un cuadro de una severa enfermedad psíquica, salvo que se verifique que no puede expresarse. Aun en este último caso, si queremos ser ortodoxos con la posición del legislador, tampoco hay prohibición expresa.
- g) Y si se trata de inconsistencias escandalosas, debo anotar que cuando el artículo 659-B señala que el apoyo no tiene facultades de representación a no ser que así lo decida la persona que lo designe o el juez en el caso del artículo 569, se olvida que la única disposición derogatoria del Decreto Legislativo N° 1384 priva de efectos al numeral 569 del Código Civil, es decir, a una norma que se menciona en uno de los nuevos artículos incorporados al Código.

h) No solo se ha agredido instituciones familiares o sucesorias. El original artículo 1358 del Código Civil se refería a los incapaces no privados de discernimiento, a quienes se permitía celebrar contratos vinculados a la satisfacción de sus necesidades ordinarias de la vida diaria. Hoy se ha limitado esa pequeña capacidad negocial a los ebrios habituales, a los toxicómanos, a los malos gestores, a los pródigos y a los que sufren pena de interdicción civil, privando a los menores de 18 años a practicar o celebrar dichos contratos. ¡Tamaña torpeza!

La reforma urge de reforma. Necesitamos un legislador ordenado, coherente, que no haga experimentos, que no dé vida a monstruos o esperpentos que podrían sorprender al propio Víctor Frankenstein. No recuerdo haber leído ley alguna que exhiba tanta inconsistencia y falta de organicidad. No sé qué antecedentes revisó el autor o los autores del Decreto Legislativo N° 1384. Pero podría apostar que al igual que el hacedor de aquella horripilante criatura a la que dio vida la pluma de Mary Shelley tomó prestadas partes de diferentes cuerpos y nos obsequió con un engendro que ocupará un lugar privilegiado en los anales de la legislación bizarra de la nación.

Referencias bibliográficas

- Espinoza Espinoza, J. (1993). Tutela giuridica dei soggetti deboli: il rovescio dai sogni dogmatici dei giuristi. *Revista critica del Diritto Privato*, XI(3-4).
- Espinoza Espinoza, J. (1995). Tratamiento jurídico de la capacidad en la experiencia nacional. *Notarius. Revista del Colegio de Notarios de Lima*.
- Espinoza Espinoza, J. (1998). *La capacidad de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*. Lima: Grijley.
- Fernández Sessarego, C. (1995). El histórico problema de la capacidad. En *Diez años del Código Civil peruano. Balances y perspectivas. Congreso Internacional, Universidad de Lima* (Tomo I). Lima.
- Fernández Sessarego, C. (2000). Enmiendas propuestas al Libro primero del Código Civil sobre el derecho del concebido y de las personas naturales. Con breves referencias al proyecto de Código Civil para la república argentina (1998). En *Código Civil del siglo XXI* (Tomo I). Lima: Ediciones Jurídicas.
- Padilla-Muñoz, A. (enero-junio de 2010). Discapacidad: contexto. Concepto y modelos. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*(16).
- Vega Mere, Y. (1996). El ocaso de la incapacidad de ejercicio (¿o el ocaso de sus defensores?). *Gaceta Jurídica*(37).