



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Escuela Académico Profesional de Derecho

XIX PROGRAMA DE ACTUALIZACIÓN PROFESIONAL

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE

ABOGADO

**INCONSISTENCIAS EN LA REGULACIÓN INTRODUCIDA POR
EL DECRETO LEGISLATIVO N°1384 A LA LEGISLACIÓN
PERUANA**

PRESENTADO POR:

TATIANA ROSALVA SILVA LLANOS

Cajamarca, marzo de 2021

A mi madre, por aplazar sus sueños cuando despertaron
los míos, siendo mi motor y motivo. Sin cuya presencia
nada tendría, ni someramente, el mismo sentido.
Gracias por todo y perdón por tan poco, te amo.

ÍNDICE

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN | 6 |
| CAPÍTULO I | 9 |
| ASPECTOS METODOLÓGICOS | 9 |
| 1.1. Descripción del tema | 9 |
| 1.2. Justificación | 10 |
| 1.3. Objetivos | 11 |
| 1.3.1. Objetivo general | 11 |
| 1.3.2. Objetivos específicos | 11 |
| 1.4. Metodología | 12 |
| 1.4.1. Método Deductivo | 12 |
| 1.4.2. Método Exegético | 12 |
| 1.4.3. Método Dogmático | 13 |
| 1.4.4. Método de Interpretación (Jurídica) | 13 |
| 1.4.5. Método de la Ratio Legis o Método Lógico | 13 |
| 1.4.6. Método Argumentativo | 14 |
| CAPÍTULO II | 15 |
| MARCO TEÓRICO | 15 |
| 2.1. Fundamento del Modelo Social de Discapacidad | 15 |
| 2.1.1. Modelo de Prescendencia | 15 |
| 2.1.2. Modelo Rehabilitador | 16 |

| | |
|---|----|
| 2.1.3. Modelo Social de Discapacidad | 16 |
| 2.2. Cambios en la Capacidad | 18 |
| 2.2.1. En la Capacidad Jurídica | 19 |
| 2.2.2. En la Capacidad de Ejercicio Restringida | 22 |
| 2.3. En el Derecho de Personas | 25 |
| 2.3.1. Matrimonio de mayores de 14 años | 25 |
| 2.3.2. Paternidad como nueva vía de emancipación | 25 |
| 2.4. En el Acto Jurídico | 26 |
| 2.4.1. Sujeto en el Acto Jurídico | 26 |
| 2.4.2. Capacidad de ejercicio restringida en beneficio propio | 27 |
| 2.5. En el Derecho de Familia | 27 |
| 2.5.1. Solicitud de Interdicción | 27 |
| 2.5.2. Derogación del Artículo 569° | 28 |
| 2.6. En el Derecho Sucesorio | 28 |
| 2.6.1. Capacidad Testamentaria | 28 |
| 2.6.2. El apoyo es beneficiario del testamento | 29 |
| CAPÍTULO III | 31 |
| DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS | 31 |
| CONCLUSIONES | 33 |
| RECOMENDACIONES | 35 |
| REFERENCIAS | 36 |

**INCONSISTENCIAS EN LA REGULACIÓN INTRODUCIDA
POR EL DECRETO LEGISLATIVO N°1384
A LA LEGISLACIÓN PERUANA**

INTRODUCCIÓN

En el mundo, los sujetos que lo conformamos somos distintos, por nuestro credo, raza, edad, etc.; pero si hablamos de las deficiencias en problemas de salud, nos referimos a las personas con discapacidad por su limitación física, mental o sensorial, las cuales acarrearán múltiples impedimentos sociales, políticos, económicos, además del aspecto jurídico en que anteriormente han sido tratadas con desigualdad, pues se les ha colocado innumerables barreras para la realización de actividades. Todo eso sumado a ser colocados en una posición de inferioridad, y ser tratados como personas que no pueden valerse por sí mismas, disponer de su patrimonio, realizar actos jurídicos y demás que han impedido su total inclusión en nuestra sociedad.

Debido a esta situación el ordenamiento jurídico peruano vela por el bienestar de los ya mencionados, agrupándolos a ellos junto con otros ciudadanos con características divergentes en situaciones, como: capacidad plena de ejercicio, incapacidad absoluta y relativa, con esto se establecía normas jurídicas que le brinden ciertas figuras por su condición, que con el paso del tiempo como veremos en adelante se han ido modificando.

Así, en la presente monografía vamos a desarrollar un tema de actualidad jurídica, que nos ha sido dada en el Decreto Legislativo N°1384 denominado "Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones", el cual analizaremos a detalle, señalando algunas de las inconsistencias significativas que ha traído esta regulación a nuestra legislación, ya que, al ser un decreto que ha traído múltiples modificaciones, este tiene trascendencia significativa en el ámbito jurídico del país, pues se ha efectuado importantes cambios en nuestro Código Civil, Código Procesal y el Decreto Legislativo del Notariado, modificándose 29, incorporando 11 y derogando 23 artículos. Vamos tanto al hecho de las transformaciones hechas, como al cambio de la concepción de la capacidad jurídica y de ejercicio de esta por las personas con discapacidad, entrando a tallar para un grupo de personas el modelo social de discapacidad, el cual busca como señala Victoria (2013) los derechos de la población con discapacidad, estén dirigidos a equilibrar

el acceso al pleno ejercicio de sus derechos en una sociedad donde se pueda desarrollar planes y proyectos de vida.

También, es necesario tener en cuenta que lo que se ha logrado con todos estos cambios entre otras cosas; es una coexistencia de patria potestad, tutela, curatela con interdicción, curatela sin interdicción y apoyos y salvaguardias, todo esto con el afán de reprimir actos discriminatorios hacia las personas con discapacidad, buscando el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones. Logrando así, que una persona con discapacidad mayor de edad pueda esta manifestar su voluntad en actos que puedan tener efectos jurídicos o no. Empero, todo no es color de rosa, pues muchos de los cambios en lugar de traer consigo una mejora, ha acarreado confusiones y contradicciones que en la presente las vamos a distinguir.

Entonces, la presente monografía la realizaremos de una manera ordenada y concisa, tomando como punto de partida el análisis del Decreto Legislativo N°1384, teniendo en cuenta sus antecedentes, su envergadura nacional por el motivo de esta rige a este nivel.

La monografía, está distribuida en tres capítulos, el Capítulo I que nos servirá como aspectos metodológicos, presentaremos la descripción del tema: incidencias que hemos podido encontrar en este Decreto Legislativo, justificación, objetivos, tanto el objetivo general como los objetivos específicos, también en este capítulo hemos creído conveniente colocar la metodología de nuestro estudio.

En el Capítulo II, se desarrollará nuestro marco teórico, en el cual se mostrarán los antecedentes teóricos de la investigación, así como también las bases de la investigación, revisión de literatura precedente y definiremos los términos básicos para que nuestra monografía pueda ser lo más entendible posible.

En el Capítulo III se desarrollará la discusión y análisis de resultados, donde descubriremos cuan beneficioso es este cuerpo normativo en nuestra legislación.

Finalmente encontrarán las conclusiones y recomendaciones a las cuales hemos llegado luego de haber hecho todo este estudio que de todas maneras será de provecho para la sociedad.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Descripción del tema

En nuestro sistema jurídico peruano, el abordar situaciones que incluyan a toda la sociedad, es una política de Estado, pues se busca erradicar todo acto discriminatorio que pueda vulnerar derechos de los ciudadanos, es por ello que nuestros legisladores han creído conveniente instaurar cuerpos normativos que ayuden a la correcta incursión de personas con capacidades y/o ciudadanos con características diferentes, algunos casos por genética, situaciones médicas o cronológicas: menores de 18 años, ebrios habituales, privados de discernimiento, como algunos ejemplos.

Antes de la modificación nuestra legislación señalaba en los artículos 43° y 44° del Código Civil de 1984 que existían incapaces absolutos o relativos, según sea el caso, así se preveía que estas personas con ayuda de un tercero puedan ser representados para manifestar su voluntad; esta situación ha ido cambiando con el paso del tiempo, no siendo solo el caso el peruano, sino que de manera internacional se han abordado históricamente modelos de la discapacidad, y con el afán de cumplir con lo establecido en el artículo 12° de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se adoptó este nuevo decreto publicado el 03 de septiembre del 2018 que busca implementar el modelo social de discapacidad para que este conviva con el ya adoptado modelo rehabilitador, siendo esta cohabitación contraproducente pues uno es de corte científico y el otro no.

El Decreto Legislativo N°1384, ha traído una serie de inconsistencias las cuales pretendemos señalar en la presente monografía, pues los cambios generados son un tanto perniciosos, aunque la iniciativa de nuestro legislador ha sido buena, pues es un modelo útil socialmente pero no para nuestro país, ya que se olvidó que ciertos ciudadanos tienden a caer en actos ilegales que contravienen con las normas jurídicas, con esto algunos

buscarán el beneficio propio y no para lo que realmente ha sido creada, pues es como abrir una caja de Pandora que crea inseguridad, por los múltiples y engorrosos problemas prácticos que ha generado el legislador y que al final deberán ser solucionados por el juez, quien poco o nada sabe del tema pues ha sido un cambio tan exabrupto y repentino, que no ha tenido en cuenta que se necesitaba una preparación previa.

Podemos decir entonces, que “esta reforma urge de una reforma” (Vega, 2018, p. 45) pues como sociedad merecemos respeto, teniendo leyes que sean coherentes y donde no se hagan tanteos inexactos en una realidad como la nuestra.

1.2. Justificación

Sabemos que el Perú es parte de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmado el 30 de marzo de 2007 y ratificado un año después el 30 de enero de 2008, este constituye una serie de principios y fines siempre con miras a salvaguardar derechos de las personas con discapacidad, así se busca la creación de una sociedad más respetuosa e inclusiva, imponiendo que los Estados desarrollen políticas públicas para lograr los fines de dicha convención, como: independencia de las personas, la no discriminación, el respeto a la dignidad inherente, por señalar algunos. Empero, nuestros legisladores han olvidado por completo nuestra realidad, Torres (2018) señala que las personas con discapacidad no deben de ser objeto de simples políticas asistenciales que denotan un perfil de beneficencia y solidaridad, antes que un verdadero respeto de sus derechos. Es por ello que con esta monografía buscamos detectar inconsistencias para no caer en errores garrafales.

Nos hemos formulado una serie de interrogantes por las múltiples inconsistencias encontradas a la vista de un cuerpo normativo que peca de inocente, ya que en lugar de generar un remedio, al final este será peor que la enfermedad, sino nos creen traten de responder al faro de este decreto: ¿una persona en estado de coma, que no ha designado apoyo tiene capacidad de ejercicio restringida? Entonces, ¿una persona en estado de

coma, que ha designado apoyo con anterioridad tiene capacidad de ejercicio plena? Y esto ¿para qué serviría? Ya que ese estado es imposible que este pueda ejercer sus derechos, aunque sea de manera parcial, además no se podría alterar la naturaleza de la figura apoyo, y en todo caso este necesitaría a un representante legal. Si usted ha quedado tan confundido como nosotros, trate de contestar otras más ¿quiénes ejercitan paternidad son aquellos que han tenido hijos o quienes se hacen responsables de ellos? Y ¿cuál sería el marco de responsabilidad?, ¿cumplir con la obligación alimentaria?, ¿convivir con ellos? o ¿el hermano mayor que se hace cargo de sus hermanos menores?, si al final no ha podido obtener respuestas claras, buscaremos dilucidar y analizar las conjeturas dadas en el señalado decreto el cual como señala Vega (2018) para su creación el legislador prendió fuego a cuanta norma le parecía infausta e incompatible con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Buscaremos que, con la presente, se tenga en cuenta la problemática dada en las diferentes esferas del Derecho Civil, como en: el derecho de personas, acto jurídico, derecho de familia y derecho sucesorio, no solo que se analice, sino que se busque reformar o modificar artículos, pues lo único que han hecho es confundirnos más a pesar de ser entendidos jurídicos.

1.3. Objetivos

1.3.1. Objetivo general

- a. Determinar las principales inconsistencias en la regulación introducida por el Decreto Legislativo N°1384 a la Legislación Peruana.

1.3.2. Objetivos específicos

- a. Analizar el modelo social de discapacidad implantando en nuestra legislación con el Decreto Legislativo N°1384.
- b. Determinar si el Decreto Legislativo N°1384 cumple con salvaguardar los Derechos de la población con discapacidad.

1.4. Metodología

Nuestra monografía, tendrá un diseño descriptivo el cual se basará en las múltiples dimensiones del Derecho Civil: derecho de personas, acto jurídico, derecho de familia, y derecho sucesorio, pues estos han sido tocados con el asolador decreto, teniendo amplia vinculación por las modificaciones y derogaciones en nuestro código civil que están devastando años de doctrina y avances legislativos, los cuales describiremos, analizando, no con una suerte de verdugos sino más bien una especie de salvadores, iluminando errores para su posible corrección. Además de un diseño explicativo señalando que salpicaduras ha traído implementar un texto legislativo de manera grotesca y sin tener en cuenta realmente a las personas con discapacidades, indicando que es lo que está pasando realmente en circunstancias que serán desconcertantes, donde al final no se sabrá que hacer y se dejará todo en manos del juez; así, señalaremos las condiciones y particularidades que ha traído consigo el mencionado decreto.

Utilizaremos métodos de investigación que nos ayudarán como aparejos para analizar el cuerpo normativo, sobre todo las incidencias que hemos encontrado en este; de esta manera, procederemos a indicar cada método a utilizar:

1.4.1. Método Deductivo

Este método es genérico por ende es aplicable, pues resulta importante para establecer exégesis de las incidencias que se encontrarán en el Decreto Legislativo N°1384, partiremos de la distinción del modelo social de discapacidad el cual ha sido implementado a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el cual hemos ratificado, así sabremos si es correcta su incursión en nuestra legislación, además de extraer e identificar lógicos acaecimientos perennes.

1.4.2. Método Exegético

Utilizaremos este método pues se estudiará las disposiciones jurídicas vigentes que influenciaron el decreto materia de análisis,

además de la aplicación del modelo social de discapacidad en nuestra sociedad peruana, estudiando y asumiendo la normativa como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, teniendo en cuenta claro está la sumisión a la literalidad normativa que existe alrededor de salvaguardar los derechos de las personas con capacidades diferentes, pues se indagará artículo por artículo para detectar contradicciones que se encuentran establecidas y que amenazan la sistematicidad de nuestro país.

1.4.3. Método Dogmático

Al ser necesario el uso de la doctrina, este método es aplicable, además de ser un suplemento del método anterior, analizando figuras jurídicas nacionales y extranjeras, disposiciones legales algunos criterios de autores referidos al tema en cuestión. Asimismo, se podrá describir los problemas encontrados, pudiendo ser por la interpretación y la mala redacción, esto implica la descripción de una indeterminación del positivismo jurídico, facilitando el estudio y transmisión de lo que realmente se quiso lograr en un primer momento que era amparar a las minorías.

1.4.4. Método de Interpretación (Jurídica)

Este método es aplicable, buscando verter el cuestionado decreto reformulándolo para así lograr un reforzamiento de la argumentación jurídica, pues es necesario entender como concepciones jurídicas que se sobreponen, como el nuevo artículo 42 del Código Civil con el artículo 241, serán posibles en nuestra realidad, puesto que causan confusión de acuerdo a la edad mínima para casarse, y este es solo un ejemplo de los vastos que encontraremos, por ello nos ayudará que “todo texto normativo es susceptible de interpretación jurídica” (Ramos, 2007, p. 152).

1.4.5. Método de la Ratio Legis o Método Lógico

Método que busca a establecer el objetivo que permite trazar la ley, encontrando cual es la funcionalidad por la que esta opera, es decir:

¿cuál fue la razón de la existencia del Decreto Legislativo N°1384?, justamente tal tarea es uno de nuestros objetivos específicos; el saber si se cumple con salvaguardar los Derechos de la población con discapacidad aplicable, además de descubrir si esta es efectiva o no.

1.4.6. Método Argumentativo

Este método se emplea cuando exista incertidumbre en la aplicación de una norma, es decir lagunas normativas. Así en nuestra monografía, la incertidumbre se presenta en la necesidad de producir una interpretación total de las incidencias encontradas en el Decreto Legislativo materia de análisis desde el punto de vista de la incorporación del modelo social de discapacidad en nuestra sociedad peruana, así tener el fundamento base en la salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Fundamento del Modelo Social de Discapacidad

Hace unos años no tan lejanos, la atención de la discapacidad era tomada desde el enfoque de la caridad, no tomando en cuenta la incursión en la sociedad de aquellas personas con capacidades diferentes, y esto por las brechas y/o limitaciones carentes de sensibilidad, hasta del propio ordenamiento jurídico; por ello históricamente han existido contradicciones en cuanto al tratamiento de la discapacidad, hasta llegar a lo que hoy en día gracias a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se ha implantado en nuestra legislación, hablamos así del modelo social de discapacidad. Empero, según Palacios (2008) para hablar del modelo social de discapacidad es menester partir de que han existido cuando menos dos modelos anteriores de concepción de este fenómeno.

2.1.1. Modelo de Prescindencia

Este modelo concibe como causa de la discapacidad a motivos religiosos, donde las personas en esta condición son consideradas innecesarias, pues no contribuyen a la sociedad, creencias místicas y sobrenaturales de su origen.

Dentro de este modelo, se considera posible distinguir la existencia de dos submodelos: el eugenésico y el de marginación.

A. Submodelo Eugenésico

Con la consideración de innecesaridad se perseguía la implantación de políticas eugenésicas, es decir que la persona con discapacidad tiene una vida que no merece la pena vivirla, por las múltiples limitaciones que esta tiene para desarrollarse en la sociedad. Pongamos un ejemplo dentro de la historia griega, al hablar de los Espartanos, los cuales usaban el monte Taigeto, que era utilizado por estos para la ejecución de recién nacidos con deformidades, pues no les servía para poder ir a

una posible guerra; en el medioevo las personas con discapacidad eran usadas como diversión y burla, un ejemplo más cercano es el de la eugenesia nazi, donde se buscaba una vida digna de ser vivida (genocidio o esterilización forzada).

B. Submodelo Marginación

Aquí la prescindencia de una persona con discapacidad se alcanza a través de la exclusión de la sociedad, ya sea por rechazo, compasión, temor o menosprecio, donde la sociedad no está preparada para brindar facilidades sociales en todos los ámbitos. Aquí ya no se practican políticas eugenésicas, sino que se realizan omisiones hacia estas personas, por no haber estándares protectores hacia estas personas, simplemente se ignoraba su existencia.

2.1.2. Modelo Rehabilitador

La causa de la discapacidad deja de tener contextos religiosos y pasa hacer causas científicas, y por ello ya no son excluidos, sino que se busca brindar rehabilitación a estas para que logren de acuerdo a sus posibilidades insertarse a la sociedad. Según Tantaleán (2018) afirma: “la discapacidad se sitúa en el individuo y las causas son el resultado de sus limitaciones” (p. 64). Al ser aspectos científicos, la discapacidad se determina por profesionales de la salud, donde todo ronda desde un diagnóstico médico buscando la inclusión a la sociedad.

2.1.3. Modelo Social de Discapacidad

Este modelo indica que la causa de la discapacidad ya no es ni lo religioso ni lo científico, sino las barreras sociales existentes en una sociedad que se hace de la vista gorda con los desiguales.

Según Palacios (2008) este modelo tiene dos presupuestos: el primero de ellos se enfoca en que las limitaciones no son individuales sino limitaciones de la sociedad. El segundo considera que una persona con discapacidad tiene demasiado que aportar a la

sociedad o hacerlo en la misma contribución que las demás sin discapacidad.

El 13 de diciembre de 2006, este modelo se consolida en un cuerpo legislativo cuando se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas, la cual entró en vigor el 03 de mayo de 2008. Por ello nuestro País ha optado por sacar a luz el Decreto Legislativo N°1384 adecuándose a la Convención en su artículo 12.2, que obliga a implementar a los Estados una serie de medidas para la no discriminación de las personas con discapacidad, siendo este el fin central.

Teniendo en cuenta a Palacios (2017) citado en Tantaleán (2018) cuando señala que este nuevo paradigma se cimienta en 4 ejes principales:

Primero: se busca superar el modelo de sustitución de toma de decisiones garantizando apoyos, reconociendo la capacidad jurídica y la prestación de una nueva figura denominada Apoyos y Salvaguardias que busca el respeto a la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad.

Segundo: encaminar a la igualdad y la no discriminación para que las personas con discapacidad puedan gozar de sus derechos.

Tercero: barreras en la mayoría de áreas con respecto a mujeres y niñas con discapacidad.

Cuarto: cimienta el derecho a la educación inclusiva, lo que supone instrucción sin discriminación e igualdad.

Este modelo ha sido implantado en nuestra legislación actual de manera abrupta, pues se han derogado leyes que se han creído vulneradoras, implementando una política desde una visión humanística de los derechos, buscando ser la solución a problemas

de un grupo determinado, y está expresamente reconocido en el mencionado decreto legislativo, justamente en la Primera Disposición Complementaria Transitoria, en su parte final.

Nuestros legisladores han olvidado que nos encontramos en un país acriollado, donde los ciudadanos siempre están en busca de la insidia para lograr el beneficio propio, y así se trata modificar una realidad social ya establecida, lo que es totalmente discutible, aunque no debemos de olvidar que es un modelo útil y amable, pero el cómo ha sido enfocado no va con nuestra realidad, ya que se ha implantado un nuevo modelo que debe coexistir con el rehabilitador, que a todas luces es contraproducente por la naturaleza de los mismos, uno científico y otro social.

Con respecto a lo antes señalado hemos tenido que buscar entender para que tipo de persona será un determinado modelo u otro, pues uno es de datos objetivos como lo es la ciencia, mientras que el otro chocará con supuestos complicados como en el caso de una persona que es un incapaz absoluto, ¿cómo podrá el dar a conocer su voluntad? Pues según el decreto y la convención nadie podrá suplir voluntad alguna más que ser solo un apoyo.

2.2. Cambios en la Capacidad

Es necesario primero señalar que doctrinalmente existe la capacidad de goce y la de ejercicio, donde esta última es mencionada literalmente en el decreto en cuestión.

Capacidad de goce (de derecho o jurídica) es innata e inherente al ser humano, por ello sería ilógico limitarla o restringirla por ley, pues implica la titularidad de las situaciones subjetivas; como la vida, el honor, la voz, la salud y demás derechos, basta su existencia, donde no es necesaria su aceptación. La capacidad de ejercicio (de hecho, obrar o actuar) es como Torres (2018) señala: que es “la aptitud para el ejercicio de los derechos subjetivos y de los deberes jurídicos” (p. 58). Así va desarrollando las

facultades y atribuciones, donde esta “solo puede ser restringida por ley” (Cieza & Olavarría, 2018, p.53).

Debemos tener en cuenta que nada tiene que ver la restricción de la capacidad (de ejercicio) con la discapacidad, ya que esta última tienen que ver con la genética o por circunstancias sobrevivientes, es decir factores somáticos o psíquicos que hacen que las personas no puedan desarrollarse naturalmente en la sociedad, es por esta razón que su capacidad de ejercicio puede verse restringida, teniendo en cuentas aspectos cronológicos: como los menores de edad, o la falta de discernimiento que con la modificatoria se ha dejado de lado.

Precisemos que antes de este decreto, la comunidad jurídica de nuestro país concebíamos: capacidad plena de ejercicio, incapacidad relativa de ejercicio, incapacidad absoluta de ejercicio; hoy con las modificatorias tenemos capacidad de ejercicio plena, capacidad de ejercicio restringida e incapacidad absoluta de ejercicio que solo considera a los menores de 16 años salvo excepciones. Todos estos cambios parten de la concepción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que busca cumplir la libertad de tomar sus propias decisiones, la independencia, autonomía individual y la capacidad jurídica en igualdad de condiciones: buscando no restringir derechos a las personas con discapacidad sino que estas tengan el control y si en caso necesitaran asistencia, esto sería a través de apoyos y salvaguardias, los cuales no los sustituirán como las figuras de la representación, curatela o interdicción, sino que serán una ayuda o podemos llamarle un salvo conducto de apoyo.

2.2.1. En la Capacidad Jurídica

La denominada Capacidad Jurídica en el artículo 3° versión del Decreto Legislativo N°1384, ahora dispone:

“Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos.

La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida”.

Al igual que la Capacidad de Ejercicio Plena, regulada hoy en el artículo 42° del Código Civil, el cual señala:

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

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

Y la derogación del inciso 2 del artículo 43° del Código Civil, que ha letra dice:

“Son absolutamente incapaces:

- 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
- 2.- (derogado)”

Antes de la modificatoria a las personas con discapacidad, principalmente en el ámbito mental e intelectual, no se les reconocía la capacidad de ejercicio pues se les era restringida y estaban sometidas a interdicción, un proceso engorroso y molesto, estas modificatorias buscan que las propias personas se hagan cargo de sus actos jurídicos o no. Para nosotros es una concepción que peca de inocente pues se ha desaparecido el denominado agente capaz, lo cual podría acarrear fraudes y aprovechamiento de estas personas, como aquellas personas que son absolutamente incapaces para valerse por sí mismas, entonces también son incapaces para expresar su voluntad, entonces ¿Cómo harán estas

para ejercer la capacidad de ejercicio por sí mismas? Pues la figura de apoyos y salvaguardias, solo es para apoyar a manifestar la voluntad de un discapacitado más no actuar por la otra persona. Esto también concuerda con el inciso 2 del artículo 43° que ha sido derogado, por ello las personas que se encuentran privadas de discernimiento en el plano jurídico serían plenamente capaces concordando así con el artículo 3° del Código Civil, esto nos da a entender que los incapaces absolutos son solo los menores de 16 años. Así notamos que el legislador no ha tomado en cuenta estos casos, eliminando la representación, la curatela o interdicción para estos que sería la mejor vía.

A. Tratamiento Actual de los Incapaces Absolutos

Originalmente los incapaces absolutos, según Tantaleán (2018):

“Se contemplaban bajo tres tipos de sujetos: a los menores de 16 años, a los privados de discernimiento y a las personas con discapacidad que no podían expresar su voluntad de modo indubitable”. (p.73)

En la actualidad y producidas las modificatorias, todo ha quedado así:

El menor de 16 años es considerado incapaz absoluto según el inciso 1 del artículo 43, sujetándose a la patria potestad o tutela según sea el caso, siguiendo a los artículos 45-A y 502.

El sujeto privado de discernimiento es un sujeto con capacidad de ejercicio plena, y le corresponde la figura de apoyo y salvaguardia judicial conforme a los artículos 45-B numeral 2 y 659-E. Con respecto a este punto, líneas arriba ya hemos hecho notar la falta de tino del legislador al pretender que personas que carecen de pensamiento de decisión ahora también tengan que expresarlo, cosa que será imposible por ello era necesario que la interdicción se mantenga para ellos.

2.2.2. En la Capacidad de Ejercicio Restringida

En el artículo 44 del Código Civil, el cual señala:

“Tienen capacidad de ejercicio restringida:

(...)

9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad”

Es importante señalar que, si el sujeto antes de caer en estado de coma nombró un apoyo, entonces la medida es la de apoyo y salvaguardia previamente designado, conforme al artículo 45-B numeral 4. Pero si no designó apoyo la medida será la de apoyo y salvaguardia judicial.

No creemos que necesario incluir la frase de las personas en estado de coma, ya que al estar en esta situación es imposible que pueda manifestar voluntad alguna o ¿existe forma alguna que personas en ese estado puedan expresar voluntad?, no sabemos qué es lo que estaba pensando el autor para redactar así esta norma. Rubio (1992) citado en Cárdenas & Della Rossa (2018) nos señala que cuando alguien tiene capacidad relativa puede realizar algunos actos, y los que no deben ser realizados a través de alguien que tiene poder sobre él.

Pero a nuestro entender este sujeto sería un incapaz absoluto por las razones ya expuestas, además otra vez se estaría desnaturalizando la figura de apoyo ya que, aunque aquella persona haya designado un apoyo con anterioridad, este ya no actuará como ayuda, sino que será una especie de representante pues no hay voluntad alguna que él pueda canalizar, más de la que el verá conveniente.

A. Tratamiento Actual de los antes llamados Incapaces Relativos

Al respecto, Tantaleán (2018) sostiene:

“Se ha generado un sistema mixto en donde coexisten; la patria potestad, la tutela, la curatela con interdicción, la curatela sin interdicción y el sistema de apoyo y salvaguardia voluntario (notarial) y judicial”. (p. 72-73)

Los mayores de 16 años, pero menores de 18 años son considerados sujetos con capacidad de ejercicio restringida, correspondiéndoles según los artículos 45-A y 502 tutela o patria potestad.

El retardado mental, el que sufre deterioro mental, tienen capacidad plena de ejercicio, si tiene voluntad le corresponde según los artículos 45, 564 y 566 apoyo y salvaguardias judicial o notarial; si no cuenta con voluntad le corresponde solo apoyo y salvaguardia judicial, en virtud de los artículos 45-B incisos 1 y 2 y 659-E. Debemos aquí precisar lo ilógico que es considerar a un menor de 16 años como incapaz absoluto, empero a un falto de discernimiento se lo considera un sujeto con capacidad plena de ejercicio.

Para el pródigo, mal gestor, ebrio habitual y el toxicómano, son sujetos con capacidad de ejercicio restringida, la medida sigue siendo la curatela con previa interdicción, ello según los artículos 45-A y 581.

El penado con interdicción civil es un sujeto con capacidad de ejercicio restringida y la medida es la curatela sin interdicción, según el artículo 45-A.

Esa serie de cambios ha generado desajustes en todos los ámbitos del Derecho Civil no patrimonial, donde el resultado final es este:

| CUADRO 1: Variación de la Capacidad con la Vigencia de D.L.°1384 | | | | | | |
|--|-----------------------------------|------|--|------------------------------------|------|--|
| Supuesto | ANTES | | | AHORA | | |
| | Situación | Art. | Medida | Situación | Art. | Medida |
| Mayor de 18 años | Capacidad plena de ejercicio | 42 | ¿? | Capacidad de ejercicio plena | 42 | |
| Casado mayor de 14(16) años | | | | | | |
| Ejerce Paternidad | | | | | | |
| Mayores de 14 (solo para reconocimiento gastos de embarazo, tenencia, alimentos, filiación extramatrimonial) | | 46 | | 46 | | |
| Mayor de 16 años con título de profesión u oficio | | | | ¿? | ¿42? | |
| Entre 16 y 18 años | Incapacidad relativa de ejercicio | 44.1 | Patria Potestad o Tutela (45, 502) | Capacidad de ejercicio restringida | 44.1 | Patria Potestad o Tutela (45-A, 502) |
| Retardado mental | | 44.2 | Curatela con Interdicción (45,564,566) | Capacidad de ejercicio plena | 42 | Con Voluntad: apoyo y salvaguardias judicial o notarial (45-B.1) |
| Deterioro mental | | 44.3 | | | | |
| Pródigo | | 44.4 | | | | |
| Mal gestor | | 44.5 | | Capacidad de ejercicio restringida | 44.4 | Curatela con Interdicción (45-A,581) |
| Ebrio habitual | | 44.6 | | | | |
| Toxicómano | | 44.7 | | | | |
| Penado con Interdicción civil anexa | | 44.8 | | | | |
| Estado de coma sin apoyo | | ¿? | Curatela sin Interdicción (45,564,566) | Capacidad de ejercicio restringida | 44.8 | Curatela sin Interdicción (45-A) |
| | | | | | 44.9 | Apoyo y Salvaguarda previo (45-B.4) o judicial posterior (45-B.5, 659-E) |

| | | | | | | |
|--|-----------------------------------|------|---|-----------------------------------|----|---|
| Menor de 16 años salvo excepciones | Incapacidad absoluta de ejercicio | 43.1 | Patria potestad o tutela (45, 502) | Incapacidad absoluta de ejercicio | 43 | Patria potestad o tutela (45-A, 502) |
| Privado de Discernimiento | | 43.2 | Patria potestad, tutela o curatela (45, 502, 564) | Capacidad de ejercicio plena | 42 | (sin voluntad) apoyo y salvaguardias judicial (45-B.2,659-E) |
| Personas con discapacidad que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable | | 43.3 | | | | (con voluntad) apoyo y salvaguardias judicial o notarial (45-B.1) |

Fuente: Gaceta Jurídica (2018)

2.3. En el Derecho de Personas

2.3.1. Matrimonio de mayores de 14 años

Volviéndonos a basar en el artículo 42° en su último párrafo nos indica: "(...) Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad".

Lo que indica este nuevo artículo es descabellado y nada viable, pues según el artículo 241° solo podrán casarse los mayores de 16 años siempre y cuando el juez de su aprobación con una inminente manifestación de voluntad de casarse, por lo que esta nueva concepción es imaginaria, no pudiéndose dar pues el artículo 241° no ha sido derogado ni modificado en esta área.

2.3.2. Paternidad como nueva vía de emancipación

Artículo 42°: "(...) Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad".

Aquí nace la duda de ¿a qué se refiere el legislador con "ejercer la paternidad"? porque habría dos caminos: los que han procreado

hijos y el otro es aquellos que han procreado y son responsables con los mismos. Hacemos hincapié en la responsabilidad, pues en nuestra sociedad como en otras, hay padres de familia que no se hacen cargo de sus descendientes. Si se opta por el primer camino, se estaría premiando la inmadurez de un menor de edad que es padre, además de caer en una situación discriminatoria, ya que un menor de edad que no ha sido padre deberá de esperar cumplir la mayoría de edad para alcanzar plena capacidad de ejercicio. Si optamos por la segunda interpretación, deberá ser una responsabilidad real, pero ¿cómo se puede probar esto? Además, genera otra posible situación, como el hermano mayor (menor de edad) que se hace cargo de sus hermanos menores; ¿este también adquiriría plena capacidad? Como puede notar la literalidad de este artículo genera múltiples interrogantes difíciles de responder.

2.4. En el Acto Jurídico

2.4.1. Sujeto en el Acto Jurídico

El inciso 2 del artículo 219° derogado:

“El acto jurídico es nulo:

- 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
- 2.- (Derogado)”

El actual artículo 140° inciso 1:

“(…) Para su validez se requiere:

1. Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley. (…)”

Existe errores al tratar de relacionar los anteriores artículos, pues se ha derogado el inciso en el que el acto jurídico es nulo cuando haya sido practicado por incapaz absoluto, empero en el artículo 140° se tiene el requisito fundamental de la plena capacidad de ejercicio,

entonces es incoherente derogar el inciso 2 del artículo 219° aludiendo claro está a los únicos incapaces absolutos que serían los menores de 16 años, pero el camino no era la derogación sino la precisión.

2.4.2. Capacidad de ejercicio restringida en beneficio propio

Según el nuevo artículo 226°, a letra dice:

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

Aquí podemos notar un error en cuanto a que solo se habla de capacidad de ejercicio restringida y no de los incapaces absolutos que son los menores de 16 años, es decir que si yo contrato junto con un menor de 15 años puedo salir beneficiado, pues solicito la nulidad del contrato por persona incapaz, aludiendo al nuevo artículo 140, y esto se presenta únicamente por no incluir a ambos tipos de incapaces, lo que no pasaba con el texto original

2.5. En el Derecho de Familia

2.5.1. Solicitud de Interdicción

Primero debemos señalar que esta figura se ha mantenido solo para los casos del pródigo, el mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano, y señala que son personas legitimadas para pedirla: cónyuge, parientes o Ministerio Público, olvidando al conviviente, teniendo en cuenta que este tiene derechos relativos al matrimonio, pero en este artículo se ha olvidado, vulnerando derechos que en otros cuerpos normativos ya han sido superados, expresamente en la Ley N°30907.

2.5.2. Derogación del Artículo 569°

El artículo 659-B señala lo siguiente:

“Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.

El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 569 (...)”

Así, nos damos cuenta que este nuevo artículo nos direcciona al artículo 569°, no entendemos el por qué este ha sido derogado sin argumento válido, podemos suponer que es por eliminar la curatela legítima, ya que en este artículo hace mención a los artículos 43° y 44°, empero la solución no sería la derogación sino una correcta modificación del artículo 659-B o del artículo 569°.

2.6. En el Derecho Sucesorio

2.6.1. Capacidad Testamentaria

El artículo 687° del Código Civil ha quedado del siguiente modo:

“Son incapaces de otorgar testamento:

- 1.- Los menores de edad, salvo el caso previsto en el artículo 46.
- 2.- Los comprendidos en el artículo 44 numerales 6, 7 y 9.
- 3.- Los que carecen, en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesarias para el otorgamiento de este acto”.

Aquí existe una inadvertencia, pues cómo es posible que se pretenda que personas que adolecen de deterioro mental que les permite expresar su voluntad o aquellas personas que sufren de

retardo mental grave puedan otorgar válidamente testamento, ya que los únicos incapaces son: ebrios habituales, toxicómanos y las personas en estado de coma, esto es grave pues se presta a la vulneración de su patrimonio y de los herederos de estos, pues personas malintencionadas pueden aprovecharse para su propio beneficio.

Por otro lado, volvemos a caer en el supuesto de la persona en estado de coma. Como diría Cárdenas & Della Rossa (2018) las personas en estado de coma están dentro del supuesto de los que se encuentran privados de discernimiento). Por ello es engorrosa su individualidad, sin embargo, siguiendo la literalidad del texto normativa, nos viene la interrogante de ¿Qué pasaría si la persona en estado de coma si ha designado un apoyo con anterioridad? ¿podría esta persona entonces otorgar testamento? Bueno la respuesta claramente es negativa, ya que es un acto personal y no se podría alterar la naturaleza de la figura de apoyo, ya que esta no se extiende a la representación.

2.6.2. El apoyo es beneficiario del testamento

Artículo 696°, señala:

“Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son:

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

Sobre este punto es necesario basarnos en el artículo 688, que indica que es nula la disposición testamentaria a favor de los testigos testamentarias, para evitar algún cuestionamiento del acto, pues se busca la absoluta imparcialidad, empero en este artículo que viene siendo analizado se da la potestad al juez de decidir, donde también no se tiene claro cómo se haría la solicitud para que el juez

intervenga, cosa que dilataría más el proceso, siendo mejor que el testador otorgue la libertad a su apoyo antes de que este realice su testamento, manteniendo así su voluntad para con su ex apoyo.

CAPÍTULO III

DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE RESULTADOS

El problema de nuestra investigación está centrado en las inconsistencias en la regulación introducida por el Decreto Legislativo N°1384 a la Legislación Peruana, exponiendo de que se trata y cuáles son las consecuencias que este nuevo marco normativo ha acarreado, podemos decir que como entendedores jurídicos nos hemos llevado una mala sorpresa, ya que hemos notado una serie de aspectos que se contraponen unos con otros, y que simplemente no tienen respuesta.

La nueva normativa implantada ha generado demasiada polémica en varios ámbitos del Derecho Civil, como ya hemos mencionado con anterioridad, cuyo desarrollo debería ser más amplio por especialistas en el tema, pero que hemos buscado contribuir con el presente desarrollo.

Consideramos que mediante el tema propuesto de revisión es necesaria una reforma sustancial, buscando tratar por igual a los iguales y desigual a los desiguales, no cayendo en la discriminación ni pecar de solidarios, ayudando a algunos y perjudicando a otros. Pues al tratar de no caer en la discriminación hemos pecado de extremistas cambiando términos, modificando artículos, derogando otros e implantando modelos internacionales de países del primer mundo; que como hemos visto no ha sido la mejor alternativa.

En cuestión a los objetivos planteados en el capítulo de aspectos metodológicos se puede concluir lo siguiente:

- a. Analizar el modelo social de discapacidad implantando en nuestra legislación con el Decreto Legislativo N°1384.

Se identificó que el modelo social de discapacidad introducida a nuestra legislación, ha sido noble en cuanto a un posible objetivo de eliminar cualquier barrera o limitación hacia las personas con discapacidad, pero de aquí a que este sea efectivo hemos demostrado que hay aspectos que el legislador ha dejado pasar en cuanto a la implementación de este modelo; así confunde el método que corresponderá a un grupo de personas y cuál

será el método que corresponderá a las otras, rehabilitador (científico) o social (no científico). Además de las confusiones con las figuras jurídicas, todo con el afán de respetar la convención que hemos ratificado.

- b. Determinar si el Decreto Legislativo N°1384 cumple con salvaguardar los Derechos de la población con discapacidad

No todo es cuestión de cambiar palabras para poder defender derechos, es necesario una correcta evaluación de las perspectivas y de las posibles consecuencias, es por ello que este objetivo tiene como conclusión que a pesar de haber buscado la salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad, lo ha hecho con una serie de deficiencias o lagunas, que han cubierto necesidades de algunos, pero perjudicando a otros como es el caso de quitar la figura de representación para los sujetos en estado de coma.

CONCLUSIONES

1. De la revisión del Decreto Legislativo N°1384, se logró identificar las principales inconsistencias que este cuerpo normativo evidencia, pues como hemos podido hacer notar se generan consecuencias como el papel que acontecerá en ruindad de los juzgadores, donde estos tendrán que ingeniárselas para solucionar los vacíos legales, los cuales violan principios como la celeridad del proceso y la motivación de resoluciones, entre otros. Ya que al ser un cambio exabrupto en nuestra legislación, no se tomó en cuenta artículos que están profundamente vinculados los unos a los otros, es decir, no se puede metamorfosear un artículo sin afectar o crear confusión con artículos que por la premura de crear un cuerpo normativo que supuestamente va a beneficiar a cierto grupo de la población no se tomaron en cuenta o no se modificaron.
2. Sobre la inclusión del nuevo modelo social de discapacidad implantando por el Decreto Legislativo N°1384, concluimos que este tiene aciertos y desaciertos, aunque es un modelo que funciona en otros países, lo cierto es que debe de adecuarse a nuestra realidad, buscando solucionar las inconsistencias encontradas de manera asertiva; pues otra reforma abrupta traería más problemas como en los procesos ya iniciados con petitorio de apoyos y salvaguardias. Además, se debe de tener una previa preparación con ayuda de asociaciones y grupos a los cuales se pretende beneficiar, además de tomar en cuenta propuestas legislativas existentes como el Anteproyecto del Cedis o la del Grupo de Trabajo bajo la dirección del profesor Gastón Fernández Cruz, las cuales consideramos son efectivas y mejor elaboradas.
3. Se concluye que el deseo de salvaguardar los Derechos de la población con discapacidad, quedó en una mera aspiración pues con el afán de la protección de derechos en igualdad de condiciones, solo se ha logrado generar trabas tanto para las personas a los que va dirigido el Decreto Legislativo N°1384 como para los juzgadores a los cuales se pondrá en cuestionamiento cualquier decisión que se tome y la manera en que este interpretará dicho

cuerpo normativo. No podemos decir que, con la modificación sobre la capacidad, antes: capacidad plena de ejercicio, incapacidad relativa de ejercicio, incapacidad absoluta de ejercicio; hoy con las modificatorias tenemos capacidad de ejercicio plena, capacidad de ejercicio restringida e incapacidad absoluta de ejercicio se soluciona o se protege a totalidad a la población con discapacidad, pues no es más que el cambio de terminología jurídica que ha producido una serie de desbarajustes y mescolanzas que hemos visto líneas arriba.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda al legislador incorporar una reforma urgente al Decreto Legislativo N°1384, en todos los aspectos antes mencionados, no olvidando que la sociedad se conforma por personas distintas y que necesitan que sean tratadas de igual manera sin distinción alguna.
2. Se recomienda a nuestros funcionarios públicos que implementen políticas de estado para que se trabaje con este decreto, a favor de las personas con discapacidad, buscando siempre la salvaguarda de la minoría, pero no para darle un trato diferenciado, sino para igualar las condiciones de derecho.
3. Se recomienda a los juzgadores que soliciten, charlas o congresos de la aplicación de esta ley, para que se tenga una sola jurisprudencia y no se solucionen los problemas desde primera instancia y no se llegue a convertir en una situación engorrosa y dramática. Además de que sus resoluciones siempre busquen lo mejor para la población vulnerable, teniendo mucho cuidado en la resolución de las mismas.

REFERENCIAS

- Cárdenas Krenz, R., & Della Rossa Leciñana, A. (Noviembre de 2018). Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil en materia de Capacidad. *Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral/Notarial*.
- Cieza Mora, J., & Olavarría Parra, M. (Octubre de 2018). Capacidad Jurídica en el nuevo Artículo 3° del Código Civil. *Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral/Notarial*.
- Jorge A., V. M. (2013). El Modelo Social de la Discapacidad: una cuestión de Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.
- Palacios, A. (2008). *El Modelo Social de Discapacidad: Orígenes, Caracterización y Plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: CINCA.
- Ramos Nuñez, C. (2007). *Como hacer una Tesis de Derecho y no envejecer en el intento* (4 ed.). Lima: El Búho E.I.R.L.
- Tantaleán Odar, R. M. (Octubre de 2018). El Decreto Legislativo N°1384 y su influencia en algunos aspectos del Derecho Civil No Patrimonial y Procesal. *Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral/Notarial*, 64.
- Torres Vásquez, A. (Noviembre de 2018). Capacidad Jurídica en el nuevo artículo 3 del Código Civil. *Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral/Notarial*.
- Vega Mere, Y. (Octubre de 2018). 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. *Gaceta Civil & Procesal Civil, Registral/ Notarial*,
64, 45.