

INVALIDEZ DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS REALIZADOS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD*

INVALIDITY OF LEGAL TRANSACTIONS CARRIED OUT BY PEOPLE WITH DISABILITIES

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 1082-1121

* Esta investigación se ha realizado y financiado en el marco del proyecto de investigación titulado "Invalidez de los negocios jurídicos realizados por personas con discapacidad", patrocinado por el Instituto de Investigaciones Científicas (IDIC) de la Universidad de Lima, con código presupuestario PI.61.003.2023. El presente documento recibió la contribución de Renata Alejandra Velásquez Arévalo, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima en su calidad de practicante.

Enrique VARSI-
ROSPIGLIOSI y
Jairo Napoleón
CIEZA MORA

ARTÍCULO RECIBIDO: 19 de noviembre de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: Las personas con discapacidad son capaces, pueden generar efectos civiles válidos con su deseo y actuar. Tema de especial interés es el discernimiento en los actos jurídicos realizados por las personas con discapacidad y cómo estos actos pueden verse afectados por causales de nulidad ante la ausencia de manifestación de voluntad, por contravenir normas de orden público, o por anulabilidad por vicios, o de ineficacia por un actuar deficiente del apoyo. Y es que la validez de los actos jurídicos celebrados por personas con discapacidad es un tema complejo que amerita de un estudio serio y pormenorizado. Se necesita estudiar la relación entre la falta de discernimiento y la ausencia de voluntad, realizando un análisis del discernimiento como categoría jurídica para evaluar la eficacia y validez negocial. Con esta investigación se busca establecer los criterios teóricos a tenerse a fin de que los operadores legales puedan tener mayor predictibilidad en los casos de invalidez o ineficacia en los actos jurídicos celebrados por las personas con discapacidad.

PALABRAS CLAVE: Invalidez; ineficacia; discapacidad; capacidad; manifestación de voluntad; discernimiento.

ABSTRACT: *People with disabilities are capable; they can enter into legitimate agreements and contracts with other parties, which includes their ability to express their will. A topic of special interest is the expression of will in legal acts carried out by people with disabilities and how these acts can be affected on the grounds of nullity in the absence of manifestation of will for contravening rules of public order, or for invalidity due to defects, or ineffectiveness due to a deficient act of the support. The validity of legal acts performed by people with disabilities is a complex issue that requires a serious and detailed study. It is necessary to study the relationship between the lack of discernment and the absence of will, making an analysis of discernment as a legal category to evaluate the effectiveness and validity of the negotiation. This research aims to establish theoretical criteria to be considered so that legal operators can have greater predictability in cases of contractual invalidity or ineffectiveness in acts performed by people with disabilities.*

KEY WORDS: *TInvalidity; ineffectiveness; disability; manifestation of will; discernment; capacity.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. CAPACIDAD JURÍDICA.- I. (In – dis) capacidad, restricción de la capacidad y validez del acto.- III. MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD Y VALIDEZ.- 1. Falta de discernimiento.- 2. Estado de coma.- A) El acto realizado por persona en estado de coma.- B) El acto realizado por el apoyo nombrado previamente por la persona privada de discernimiento por estar en estado de coma.- C) Discapacidad transitoria.- D) Discapacidad intelectual.- IV. INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS REALIZADOS POR LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.- I. Invalidez del documento.- A) Falta de formalidad.- 2. (In) validez o (in) eficacia de los actos celebrados por el apoyo.- A) Cuando el apoyo actúa sin representación.- B) Cuando el apoyo actúa con representación.- C) Cuando el apoyo con representación se excede o contraviene las facultades.- D) Cuando el apoyo que no respeta las salvaguardias (previas, coetáneas o ex post) del acto jurídico.- E) Cuando el apoyo con representación reconstruye la voluntad de la persona con discapacidad de forma errónea o no la reconstruye o no realiza el acto en beneficio de esta.- 3. Invalidez de los actos celebrados por la persona con discapacidad.- A) El acto jurídico realizado por persona con discapacidad que requiera de la intervención de un apoyo.- B) El acto jurídico realizado por persona con discapacidad prescindiendo de la intervención del apoyo designado.- a) No cumplir con la norma imperativa.- b) Falta de manifestación de voluntad.- C) El acto jurídico viciado realizado por la persona con discapacidad. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

EL Decreto Legislativo 1384, del 03 de setiembre de 2018, modificó casi todos los libros del Código Civil (salvo el Derecho internacional privado) en lo que se refiere a la capacidad de los sujetos para la realización de actos jurídicos. Este cambio se dio en virtud de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convención), suscrito el 30 de marzo de 2007, adecuando el Código a este instrumento internacional.

La Convención modifica el antiguo régimen de la representación para las personas con incapacidad sustentado en la sustitución de la voluntad regidos por la curatela. Este sistema se había agotado pues convertía a los incapaces en una especie de “muertos civiles”, al no poder celebrar contratos, aceptar donaciones, herencias o legados sin la participación de un curador, lo que vulneraba su dignidad y derechos. Frente al sistema de representación, la Convención incorpora el régimen social por el cual las personas con discapacidad tienen autonomía en la toma de sus decisiones, implementándose el sistema ajustes razonables de apoyo y salvaguardias.

• Enrique Varsi-Rospigliosi

Abogado. Doctor y Magister en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Universidad de Lima, Instituto de Investigación Científica (IDIC), Grupo de Investigación en Derecho civil, Carrera de Derecho, Perú. Email: evarsi@ulima.edu.pe ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7206-6522>

• Jairo Napoleón Cieza Mora

Abogado. Doctorando y Magister en Derecho por la Universidad Mayor Nacional de San Marcos. Universidad de Lima, Instituto de Investigación Científica (IDIC), Grupo de Investigación en Derecho civil, Carrera de Derecho, Perú. Email: jcieza@ulima.edu.pe ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5501-7377>

Dentro de este marco es pertinente desarrollar los alcances de la teoría de los actos jurídicos realizados por las personas con discapacidad y cómo estos pueden verse afectados por causales de invalidez sea ante la ausencia de manifestación de voluntad, por contravenir normas de orden público, por algún vicio de la voluntad o de ineficacia sea cuando el apoyo actúa sin representación o no cumpla con las facultades dentro del compromiso delegado.

Y es que la validez de los actos jurídicos celebrados por personas con discapacidad es un tema complejo y amerita un estudio integral. Importa establecer criterios teóricos a tenerse en cuenta a fin de que los operadores legales puedan tener mayor predictibilidad en los casos de invalidez o ineficacia negocial en los actos celebrados por las personas con discapacidad.

Discapacidad, incapacidad e invalidez del acto jurídico es la tríada que nos convoca. Capacidad y validez; incapacidad e invalidez. Precedente y consecuente. La aptitud de toda persona de generar efectos jurídicos y trascender legalmente es la base la teoría del Derecho civil. Hay que hacer prevalecer la capacidad negocial frente a la capacidad de consentir¹, debe preservarse la capacidad de negociación en aspectos patrimoniales de las personas con discapacidad, integrándola y haciéndola partícipe directo de sus actos. No es la discapacidad lo que genera la invalidez del acto jurídico, esta se da en razón que la manifestación de voluntad prestada carece de los estándares necesarios para reconocerle virtualidad obligatoria en igualdad de condiciones con los demás², argumentar una invalidez por discapacidad es discriminatorio y contrario a los estándares de un Derecho civil contemporáneo.

El problema se presenta en la forma en que ha sido modificado el Código Civil no habiéndose interpretado correctamente lo que buscaba la Convención. Diera la impresión que se hubiese realizado un mero “barrido” de la palabra “incapacidad” en todo el Código, sustituyéndola de manera asistemática por el término “discapacidad”. Sin embargo, el Código sigue utilizando el término incapaz en veinticinco (25) artículos; en otros quince (15) el término incapacidad ha quedado reducido a la minoridad (incapacidad absoluta de ejercicio).

Lo sustancial de la modificación y que genera polémica ha sido la derogación de la categoría “discernimiento” del artículo 43 del Código como causal de incapacidad absoluta, con lo cual se trastoca el régimen legal de capacidad en el Perú. Esta derogación es discutible. Se deja sin efecto la capacidad de entender y de querer, como categoría fundamental para distinguir los actos jurídicos celebrados

1 ROSENVALD, N.: Curatela. En *Tratado do direito das familias*. IBDFAM, Belo Horizonte, 2016, p. 68.

2 LECIÑENA IBARRA, A.: “Contratación con personas de edad avanzada: un reto para la autonomía decisoria en el marco del envejecimiento”, *La Ley*, 10063, 2022, p. 4.

por personas conscientes de los efectos jurídicos de su voluntad. Refiere Espinoza³ que la obsesión latente ha sido la eliminación del discernimiento del Código Civil, eliminación incompleta pues, si bien se ha hecho en la mayoría de los libros del Código (personas, contratos, sucesiones), permanece con cuatro (4) artículos en el Libro de familia relacionada con los menores de edad y uno (1) en el Libro de sucesiones. En total tenemos cinco (5) artículos en el Código que tratan aun el discernimiento, de allí que el término y la institución sigue vigente. Entonces:

¿Cómo podemos diferenciar la razón de ser en los casos que no se aplica el discernimiento y en los casos que sí se aplica?

¿Es, acaso, una inadecuada política legislativa la que obvió esos artículos? o es que en esos casos sí corresponde aplicar limitaciones a la falta de discernimiento.

En este contexto, se presenta un problema mayor que es la impredecibilidad y la falta de seguridad jurídica de los actos jurídicos celebrados por las personas con capacidad de ejercicio plena (art. 42) o con capacidad de ejercicio restringida (art. 43), en que podrían ser invalidados por la falta de discernimiento.

La voluntad está conformada por dos elementos: discernimiento (distinción intrínseca) y volición (materialización de la decisión), de forma que cuando una persona está privada de discernimiento no puede expresar su voluntad verdadera configurándose un acto carente de valoración subjetiva⁴ Entonces, se presenta una vinculación entre la capacidad de los sujetos y los actos jurídicos realizados que pueden ser declarados inválidos o ineficaces.

La importancia de la determinación de la discapacidad o incapacidad de la persona permitirá conocer el efecto jurídico del acto jurídico celebrado. El requisito de la capacidad sirve como presupuesto para conocer la validez del acto y, funcionalmente, la eficacia que este tendrá frente a terceros.

II. CAPACIDAD JURÍDICA.

La capacidad le da contenido al acto jurídico con la participación de un sujeto apto para generar consecuencias jurídicas a través de la expresión de su voluntad.

Precisa Alpa⁵ que el jurista, y en particular que el civilista, describen la idoneidad del individuo para ser titular de derechos con el término *capacidad jurídica*, término que se remonta, a decir de Angelo Falzea, en el jurista alemán

3 ESPINOZA ESPINOZA, J.: "Capacidad de ejercicio plena", en AA.VV.: *Nuevo comentario al Código civil peruano* (coord. por J. ESPINOZA ESPINOZA, & M. GALLEGOS SALAZAR), vol. I, Instituto Pacífico, Lima, 2021, pp. 491 - 492.

4 ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Acto jurídico negocial*, Gaceta jurídica, Lima, 2008, p. 801.

5 ALPA, G.: *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, Roma, 1993, p. 63.

Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840). En ciertas áreas culturales la capacidad jurídica es considerada un concepto inútil, derivado de la religión, de la costumbre, del ordenamiento familiar; meramente un resumen de la situación de la persona física durante todo el tiempo de su vida⁶.

Para Bianca⁷ el reconocimiento de la capacidad jurídica general de toda persona física es la primera condición del principio de igualdad, reconociéndosele como un derecho fundamental y su limitación injusta constituye una forma de discriminación lesiva a la personalidad humana. Perlingieri⁸ vislumbra la superación de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, pues si la capacidad es simplemente la aptitud de apropiación de la situación subjetiva, esta aptitud pertenece a todos los sujetos jurídicos sin límites de situación jurídica; si la capacidad jurídica, por el contrario, se identifica con la capacidad de obrar, también debe discutirse que una mayor o menor capacidad de obrar se traduzca en una mayor o menor personalidad del sujeto. El negocio jurídico, válidamente formado, adquiere "fuerza de ley" entre las partes y las obliga a la ejecución de las cláusulas pactadas⁹, surgiendo el acto jurídico preceptivo, entendido como aquel acto que obliga.

Toda persona mayor de edad (capaz o incapaz) tiene plena capacidad de ejercicio (arts. 3 y 42 del CC).

Hay una base, de la cual partimos y es que se presume (*iuris tantum*) que todos tenemos capacidad de ejercicio para realizar actos jurídicos. Esta capacidad de ejercicio puede verse restringida por: una situación cronológica, siendo el caso de los menores de edad o por falta de discernimiento.

(In – dis) capacidad, restricción de la capacidad y validez del acto.

La incapacidad (absoluta y relativa), antes de la reforma, se determinaba por diversas razones: edad, entendimiento, salud síquica, gestión patrimonial, vicios e inhabilitación¹⁰.

Con la modificatoria del 2018 solo hay incapacidad absoluta por minoría de edad, y se ha variado el *nomem* de incapacidad relativa por capacidad de ejercicio restringida. La incapacidad no deviene por causa alguna, las personas con discapacidad son capaces; lo que se ha limitado --restringido-- es el ejercicio

6 RESCIGNO, P.: *Manuale del Diritto privato italiano*, 6ª ed., Jovene editore, Napoli, 1984, p. 121.

7 BIANCA, M.: *Diritto civile. La norma giuridica - I soggetti*, vol. I, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2002, p. 217.

8 PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Jovene, Napoles, 1972, p. 140.

9 VIARO, M.: *I principi generali del diritto*, Cedam, Padova, 1969, p. 174.

10 VARSÌ ROSPIGLIOSI, E.: *Tratado de Derecho de las personas*, 1ª ed., Coedición Gaceta Jurídica y Universidad de Lima, Lima, 2014, p. 855.

(art.44) para casos de edad, vicios, gestión patrimonial, inhabilitación y por el estado de coma.

Solo la ley puede establecer restricciones a la capacidad de ejercicio, de ninguna manera pueden presumirse. Este tipo de capacidad debe abordarse desde una visión solidaria, desterrando la idea que es la persona “quien la produce”. La discapacidad no es equivalente a capacidad de ejercicio restringida. Los sujetos con alguna discapacidad tienen plena capacidad de ejercicio y, de ser el caso, cuentan con ajustes razonables, apoyos y medidas de salvaguardias. El derecho proporciona herramientas jurídicas y fácticas para que la persona con discapacidad se inserte con mayor facilidad en la sociedad, coadyuvar con su desarrollo y el lograr su proyecto de vida.

La importancia de la determinación del tipo de discapacidad a la que se encuentra sometida la persona permitirá saber el efecto jurídico del acto celebrado. El requisito de la capacidad debe servir como presupuesto para conocer la validez del acto y, funcionalmente, la eficacia que este pudiera tener frente a terceros.

La reforma en materia de capacidad ha eliminado: (i) la privación de discernimiento como incapacidad absoluta, (ii) la enfermedad y el deterioro mental como incapacidad relativa, (iii) la nulidad del acto por incapacidad absoluta y (iv) la anulabilidad causada por las neuro divergencias del sujeto. Sin embargo, existen casos de personas que, sin discernimiento, sea por incapacidad natural absoluta o por cuestiones mentales, que no pueden expresar voluntad, debiéndose este problema resolverse aplicando la teoría de invalidez, en especial de la nulidad por falta de manifestación de la voluntad (inc. I, art. 219)¹¹.

A ello se suman los actos jurídicos celebrados por la persona con discapacidad que pueden estar afectos de nulidad por contravenir normas de orden público, o de anulabilidad por algún vicio de la voluntad, o de ineficacia cuando el apoyo actúa sin representación, o no cumple o se excede de las facultades dentro del compromiso delegado.

III. MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD Y VALIDEZ.

El acto jurídico es voluntad expresada con libertad que genera consecuencias jurídicas. La voluntad es la esencia del acto jurídico. Es la intención expresada jurídicamente que se da con la manifestación de la voluntad, esta es el elemento

11 BARDALES SIGUAS, L. R.: “El rol de la nulidad por falta de manifestación de voluntad frente a las modificaciones del decreto legislativo N° 1384”, en AA.VV.: *Estudios sobre los problemas y soluciones actuales del derecho civil* (coord. por Y. MEZA TORRES), Gaceta Jurídica, Lima, 2023, p. 354.

estructural y requisito de existencia del acto jurídico, debiendo haber consecuencia entre lo querido y lo expresado para que se generen los efectos jurídicos.

La manifestación de voluntad puede faltar o ser deficiente, ambos casos implican carencia de voluntad, es cuando el sujeto no puede expresar su deseo, intención y querer. Sostiene Espinoza¹² que bajo la fórmula genérica “persona con discapacidad que no puede expresar su voluntad” se comprendería a los faltos de discernimiento y a los que adolecen de deterioro o retraso mental.

Casos de falta de manifestación de voluntad.

Criterios casacionales han indicado algunos casos de falta de manifestación de voluntad:

La Casación 3254-2012-Lima cuando: el sujeto al que se le imputa la declaración carece de existencia jurídica; la manifestación de voluntad no ha sido materialmente efectuada por el sujeto o carece de relevancia negocial como: cuando no esté dirigida a crear, modificar, regular o extinguir una reglamentación de intereses; cuando no demuestre la intención de su autor de quedar jurídicamente vinculado; en caso de que exista disenso¹³ entre las partes; cuando la manifestación de voluntad es exteriorizada por la presión física sobre el sujeto.

La Casación 1241-2018-Lambayeque cuando: existe falta de manifestación de voluntad cuando el contrato fue firmado por persona distinta al titular del derecho.

Existen otros casos de falta de manifestación de voluntad que se dan cuando una persona con discapacidad mental, sea por deterioro o retardo, realizan un acto jurídico en el que no hayan expresado su voluntad.

Tenemos en términos genéricos que no pueden expresar voluntad: el que carece de discernimiento, el que se encuentra en estado de coma, por incapacidad natural, por discapacidad transitoria, por discapacidad intelectual (retraso o deterioro).

La nulidad por falta de manifestación de voluntad es un supuesto de nulidad estructural al haber quedado demostrado que el sujeto no emitió voluntad en la formación del acto jurídico por lo que no genera derecho, habiendo nacido muerto el acto negociado, más aún si contraviene el ordenamiento jurídico, tal como lo ha determinado la Casación 2709-2011-Lambayeque, *i.e.* la nulidad

12 ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*, vol. II, 8ª ed., Instituto Pacifico, Lima, 2019, p. 1345.

13 Disenso implica que se tiene una incorrecta interpretación de lo declarado por la otra parte, creyéndose, en apariencia, que se ha llegado a un acuerdo cuando no ha existido voluntad de concertar en los términos planteados. El disenso acarrea nulidad por falta de manifestación de voluntad.

estructural se presenta cuando está ausente la manifestación de voluntad del agente o la voluntad negocial¹⁴.

Téngase presente que los apoyos sólo sirven para asesorar a la persona en condición de discapacidad que va a emitir su voluntad en un acto jurídico; la voluntad es de la persona con discapacidad y no del apoyo; la voluntad de la persona con discapacidad es válida y por ende el negocio así celebrado (Woolcott, Olenka. Comunicación personal, 04/08/2023), salvo que se pruebe que el careció de manifestación de voluntad situación en la que se generaría una nulidad.

I. Falta de discernimiento.

Es la llamada incapacidad natural absoluta, incapacidad de entender y querer o, como precisa León Hilario, entre nosotros, incapacidad de discernimiento¹⁵ o capacidad negocial de hecho¹⁶.

La incapacidad está relacionada exclusivamente con la edad que, en gran medida, se vincula con el poder de discernimiento (capacidad de entendimiento, poder de decisión) que permite el proceso volitivo y la libertad en sí en sus diversas etapas: Información, Formación, Decisión y Ejecución, este es el umbral intelectual que permite formar y expresar voluntad.

Tan importante es el discernimiento que integra la formación de la declaración de la voluntad. Esta debe reunir requisitos internos (discernimiento, intención y libertad: *animi iudicium*) y externos (manifestación exterior de la voluntad), relacionados con el proceso volitivo. Debe considerarse el cumplimiento de los siguientes elementos: Habitualidad, Comprensión y Expresar voluntad de forma indubitable.

La capacidad natural es una cualidad de actuar con discernimiento, entender lo que se está haciendo. Discernir es actuar queriendo y de actuar conociendo el acto; así la incapacidad natural es actuar sin discernimiento¹⁷ de allí que, como dice Espinoza, la capacidad natural es una figura perteneciente al género capacidad de obrar¹⁸. El discernimiento es la aptitud para distinguir entre lo bueno y lo malo, lo correcto de lo incorrecto, lo justo de lo injusto o para generar conceptos

14 LEÓN HILARIO, L.: *Derecho privado. Parte general: Negocios, actos y hechos jurídicos*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo editorial, Lima, 2019, p. 85.

15 LEÓN HILARIO, L.: *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 3ª ed., Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 597.

16 LEÓN HILARIO, L.: *Derecho privado*, cit., p. 70.

17 MORALES HERVIAS, R.: *Patologías y remedios del contrato*, 2ª ed., Jurista, Lima, 2019, p. 202.

18 ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derecho de las personas*, cit., p. 1221.

abstractos. El discernimiento denota la aptitud para analizar una situación y, a partir de allí, tomar la mejor decisión¹⁹.

Técnicamente, el privado de discernimiento es quien no tiene aptitud para entender o querer el acto realizado, lo que determina que la imposibilidad de manifestación de voluntad sea una explicitación de incapacidad natural²⁰. Es un estar desconectados de la realidad, fuera de sí, el mundo pasa delante suyo sin darse cuenta, resultando imposible que exprese una intención jurídica. Morales Hervias²¹ nos dice que se trata de un caso de incapacidad natural absoluta, no de incapacidad absoluta de ejercicio, por lo que “la ausencia de querer y comprender comporta la ausencia de la declaración de voluntad”²². Implica una limitación a la capacidad de entender y decidir que afectará en la validez del acto. La falta de discernimiento es una ausencia adecuada de formación de la voluntad, si esta se llegara a expresar se consideraría una falta de manifestación de voluntad; de esta manera se reconoce una relación indesligable entre discernimiento y manifestación de voluntad de modo que al haberse establecido la falta de manifestación de voluntad como motivo de nulidad (art.219-1), se ha regulado indirectamente la falta de discernimiento como motivo de nulidad²³.

La privación de discernimiento puede ser:

- 1) Total, no hay relación con el medio.
- 2) Parcial, entendimiento trastocado de la realidad.

En el primer caso, la persona con discapacidad requerirá de un apoyo con representación. En el segundo puede funcionar el apoyo siempre que pueda llevar a cabo las siguientes acciones (art.659-B, CC y art.10, Reg.016): facilitar el ejercicio de sus derecho, orientar en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos y apoyo en la manifestación e interpretación de la voluntad requerida y comunicación, comprensión y consecuencias de los actos jurídicos.

La causal de privación de discernimiento se inaplicó por sentencia en el año 2015, considerando que las normas del Código son incompatibles con el derecho constitucional a la personalidad jurídica, a la igualdad ante la ley y los principios *pro debilis*, *pro homine* y de legalidad contenidos en los arts. 3, 8, 24 y 25 de la

19 BUNAZAR, M.: *A invalidade do negócio jurídico*, 3ª ed., Thomson Reuters, São Paulo, 2023, p. 68.

20 CAMPOS GARCÍA, H.: “Discapacidad no es incapacidad. A veces no solo bastan las declaraciones de buenas intenciones”, *Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano*, núm. 440º, 2013, p. 7.

21 MORALES HERVIAS, R.: *Patologías y remedios del contrato*, cit., p. 203.

22 MORALES HERVIAS, R.: “La inexistencia e invalidez del contrato en el Código civil peruano”, *Revista jurídica del Perú*, 2009, núm 100º, p. 99.

23 BARDALES SIGUAS, L. R.: “El rol de la nulidad”, cit., p. 355.

Convención Americana sobre Derechos Humanos y los arts. 2.1, 2.2, 3, 7, 138 y 139, inc. 8, de la Constitución Política del Perú.

El inc. 2 del art. 43 se ha derogado. Era referido a la incapacidad absoluta por privación de discernimiento. Una persona que no cuenta con discernimiento o cuenta con un discernimiento limitado es plenamente capaz de ejercicio de acuerdo con la nueva normativa. Basta que se cumplan los dieciocho años para se tenga plena capacidad de ejercicio. La capacidad de ejercicio la tienen todos los sujetos que cumplen la mayoría incluyendo a las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con todos los sujetos y para todos los aspectos de su vida, independientemente de si tienen ajustes razonables o cuentan con apoyos para la manifestación de su voluntad.

Para ello resulta de interés establecer una relación entre la falta de discernimiento y los actos jurídicos celebrados por las personas con discapacidad, realizando un análisis serio de la necesidad de la reincorporación del discernimiento como categoría jurídica para evaluar la eficacia y validez de los actos jurídicos.

La modificación del Código civil no elimina el hecho de que la falta de manifestación de voluntad, tal como se describe en el numeral 1 del artículo 219 del código civil, incluya a la falta de discernimiento de uno de los participantes en el acto jurídico, en consecuencia el acto celebrado por quien no posee el discernimiento para las diversas situaciones puede ser declarado nulo bajo la causal de falta de manifestación de voluntad²⁴.

Los principios de buena fe en la celebración de actos jurídicos y el de protección de los intereses del sujeto más débil en las relaciones no paritarias (en las que las partes no se encuentran en igualdad de condiciones) deben ser respetados por la parte contratante, quien debe tener un correcto actuar. Bunazar²⁵, planteando un análisis en el sistema brasileiro, indica que si el agente, ante la ausencia o disminución, aunque momentánea, de discernimiento de la contraparte celebra con esta un negocio jurídico puede, eventualmente, ser considerada desleal o ímproba y, por tanto, violador de lo dispuesto en el artículo 422 por ser un comportamiento cualificado como abusivo en los términos del artículo 187, lo que generaría la nulidad del acto jurídico por conducta violadora de la buena fe objetiva. Siendo la invalidez una sanción o una consecuencia jurídica negativa en la práctica del acto jurídico preceptivo, no puede aplicarse la analogía²⁶ con la finalidad de incorporar situaciones de invalidez no expresamente consagrados en la norma.

24 BARDALES SIGUAS, L. R.: "El rol de la nulidad", cit., p. 356.

25 BUNAZAR, M.: *A invalidade*, cit., p. 56.

26 BUNAZAR, M.: *A invalidade*, cit., p. 62.

Consecuencia

El acto jurídico realizado por la persona sin discernimiento es nulo por la falta de manifestación de voluntad.

2. Estado de coma.

Es conocido como estado vegetativo persistente o vigilia sin conciencia. Es una privación de discernimiento, se carece de posibilidad de manifestar voluntad.

Quien se encuentra en estado de coma está desconectado de la realidad, no responde; es un estar fuera de sí. Carece de posibilidad alguna de manifestar voluntad; es un estado de inconsciencia grave y prolongado.

El numeral 9 del artículo 44 es una innovación legal establece que la persona en estado de coma que cuente con un apoyo tiene capacidad de ejercicio restringida. El art. 45-A trata de la representación legal ejercida por los padres o el tutor para los menores de edad y el curador para el ebrio habitual y toxicómano, pródigo y mal gestor. A la persona en estado de coma no le corresponde representante legal, sino un apoyo con representación que será designado vía judicial a falta de elección previa, la norma precisa que la capacidad de ejercicio restringida corresponderá si no hay designación de apoyo con anterioridad, si la hay queda entendido que la persona en estado de coma es capaz.

Esto es lo que hace discutible su incorporación como una capacidad de ejercicio restringida, pues es un típico caso de incapacidad absoluta por carecer de capacidad de discernimiento como considera Cárdenas Krenz²⁷. Bien sostiene Espinoza²⁸, debe distinguirse entre sujetos que requieren de asistencia (apoyos y salvaguardias) del otro grupo que necesita mayor intervención. No basta con proclamar que todos tenemos los mismos derechos, debe considerarse que los derechos generan deberes, obligaciones y responsabilidades, así el “sujeto antes de ser libre de decidir, debe tener conciencia de ello: si esto no es así, negándosele además una tutela diferenciada e inventándole una voluntad se estará a contracorriente con la realidad.

Una persona puede carecer de discernimiento o puede tener una limitación de discernimiento lo cual, de acuerdo con la nueva normativa, no implica que

27 CÁRDENAS KRENZ, R., & DELLA ROSSA LECIÑANA, A.: “Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil en materia de capacidad”, *Gaceta civil y procesal civil*, núm. 65°, 2018, p. 108. CÁRDENAS KRENZ, R.: “Capacidad de ejercicio plena”, en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. por M. MURO ROJO, & M. A. TORRES CARRASCO), vol I, 4° ed., Gaceta jurídica, Lima, 2020, pp. 253.

28 ESPINOZA ESPINOZA, J.: “Las nuevas coordenadas impuestas en el Código Civil en materia de capacidad (... o el problema de la falta de discernimiento en una reforma legislativa inconsulta y apresurada)”. *Gaceta civil y procesal civil*, núm 64°, 2018, p. 25.

tenga una capacidad de ejercicio restringida; por el contrario, tiene capacidad de ejercicio plena. Sobre el particular, Cieza y Olavarría²⁹ indican que la discapacidad tiene grados en los que pueden existir discapacitados que tengan poco, mediano o nulo discernimiento, siendo estos casos de capacidad de ejercicio restringida, lo cual debería así ser aceptado por la ley; es contrario a la realidad y sin base en la legislación comparada asumir que personas sin discernimiento o con limitaciones en el mismo no pueden ser declarados sujetos con capacidad de ejercicio restringida y señalar que tienen capacidad de ejercicio plena. Para Plácido³⁰ las deficiencias de las personas no pueden ser consideradas como supuestos que restrinjan la capacidad jurídica, por lo que el estado de coma corresponde ser apreciado como un supuesto en el que para el ejercicio de derechos se requiere mayor participación del apoyo pero, de ninguna manera, ser considerado como un supuesto de capacidad restringida. Castillo Freyre y Chipana Catalán consideran que "...nos queda clara la idea de que las personas que no pueden manifestar su voluntad de manera indubitable, así como aquellas que no tienen discernimiento, no pueden en modo alguno ejercer de manera plena sus derechos, ni hacerlo a través de apoyos"³¹.

En la misma línea, Torres Vázquez considera que "las personas que no tienen voluntad no pueden ser asistidos por apoyos para declarar una voluntad que no tiene[n]"³².

A) *El acto realizado por persona en estado de coma.*

El que se encuentra en coma está privado de discernimiento, no puede manifestar voluntad, es un caso estricto de incapacidad absoluta, no de capacidad restringida de ejercicio, por lo que correspondería: un apoyo con representación o nombrarse un curador, previa interdicción, como lo plantea el Código civil y comercial argentino, artículo 32.

En esa misma línea, al analizar el art. 4, III del Código brasileiro, Tartuce³³ manifiesta que, respecto de los mayores, en especial para las personas que no tienen condiciones para expresar su voluntad y que no son necesariamente personas deficientes, parece no tener un sentido técnico-jurídico el considerarlas

29 CIEZA MORA, J., & OLAVARRÍA PARRA, M. J.: "Nosotros, los normales. Errores y aciertos de la reciente legislación acerca de la discapacidad en el Perú", *Gaceta civil y procesal civil*, núm. 64°, 2018, p. 56.

30 PLÁCIDO VILCACHAGUA, A.: "Discapacidad y capacidad jurídica. A propósito del Decreto Legislativo. N.º 1384 que adecua el Código Civil a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", *Actualidad civil*, 2019, núm. 56°, pp. 167 y 168.

31 CASTILLO FREYRE, M., & CHIPANA CATALÁN, J.: "La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad", *Gaceta civil y procesal civil*, núm. 65°, 2018, p. 49.

32 TORRES VÁSQUEZ, A.: *Acto jurídico*, vol. II, 7ª ed., Jurista, Lima, 2021, p. 1449.

33 TARTUCE, F.: *Direito civil. Lei de introdução e parte geral*, vol. I, 15ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2019, p. 146.

como relativamente incapaces. Stolze y Pamplona³⁴ consideran que las personas que no pueden expresar su voluntad no pueden ser consideradas incapaces relativos, la impresión es que el legislador cometió un error topográfico (de localización), debiendo ser una causa de incapacidad absoluta.

Las personas que se encontraban en estado de coma, con la regulación derogada, encajaban en la causal de privación del discernimiento (inc.2, art.43). Y es que la falta de discernimiento es el típico caso en el que la persona no puede manifestar su voluntad, aunque el art.659-E establece una diferencia (innecesaria).

“El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que *no puedan manifestar su voluntad* y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44”.

(Las cursivas son nuestras)

Consecuencia

El acto jurídico realizado por la persona en estado de coma es nulo por la falta de manifestación de voluntad.

B) *El acto realizado por el apoyo nombrado previamente por la persona privada de discernimiento por estar en estado de coma.*

La persona que está en coma, pero que antes de caer en dicho estado hubiera designado a su apoyo, deberá mantenerse tal figura, pues de lo que se trata es de respetar la voluntad del sujeto que, con antelación a su deterioro, manifestó su voluntad en dicho nombramiento. Responde esto a la dignidad de la persona, pues se respeta su designio, no se le impone uno, sino que si el sujeto ya eligió cuando tenía pleno uso de sus facultades se debe respetar tal decisión.

Esta debe ser la regla, pero hay que tener presente algunas excepciones como por ejemplo cuando se descubre un conflicto de intereses entre el apoyo y la persona con discapacidad. En ese caso no puede permitirse una situación así en que se esté actuando en vulneración del principio de la buena fe y en perjuicio de los intereses del sujeto débil.

Consecuencia

Es un acto válido el realizado por el apoyo con representación previamente designado.

34 STOLZE GAGLIANO, P., & PAMPLONA FILHO, R.: *Novo curso de Direito civil. Parte geral*, vol. I, 22ª ed., Saraiva, São Paulo, 2020, pp. 143-144.

C) Discapacidad transitoria.

Es el tipo de discapacidad en las personas con trastorno bipolar (TP).

Como indica Rosenvald³⁵ el sujeto bipolar, conocido *ex ante* como psicótica maníaco-depresiva, es una persona ciclotímica, que oscila entre las fases de manía y apatía, lo que representa trastornos en el estado de ánimo; en los episodios maníacos demuestra gran agitación y euforia, en la fase apática entra en depresión y se aísla; en estos extremos, el bipolar vive fases de eutimia (normalidad entre la depresión y la manía), en las que prevalece un estado de equilibrio y humor. La persona bipolar no mide el riesgo, en momentos críticos puede llevar a cabo actos perjudiciales, sean estos patrimoniales o extrapatrimoniales lo que genera la discutibilidad de los reales efectos jurídicos deseados. Analizando el sistema de Brasil, Rosenvald³⁶ plantea que en una interpretación constitucional del artículo 1.767 inciso I (aquellos que, por causa transitoria o permanente, no pueden expresar su voluntad) del Código Civil, con excepción de los casos más graves, la curatela del bipolar se caracteriza como una infracción a la regla de proporcionalidad, y es que privar a una persona de su autonomía por el hecho que accidentalmente realice actos jurídicos fuera de su condición psíquica habitual es una excesiva reprimenda del ordenamiento jurídico a quienes requieren de tratamiento y no la sanción de aislamiento por incapacidad; es necesario separar la capacidad jurídica de la persona con trastorno bipolar de la incapacidad natural de querer y comprender en un momento determinado, de esta manera se distingue entre invalidez y curatela, la primera generadora solo de la sanción de nulidad del acto jurídico practicado por la persona bipolar en momentos de apatía o euforia. En el caso de la segunda (curatela) es la institución de amparo familiar para el bipolar a fin de que el curador lo represente por ausencia de voluntad o carecer de discernimiento. En este escenario, continúa Rosenvald³⁷, la incapacidad se ubicará en relación con un acto determinado, siempre que quede probado que el bipolar sufrió un daño y el otro contratante pudo percibir su especial situación psíquica, de esta forma los principios de seguridad jurídica y estabilidad del tráfico empresarial se mantienen iguales, posibilitando un equilibrio entre la preservación de la autonomía del bipolar con la buena fe de los terceros que establecen relaciones con él.

Durante los episodios de bipolaridad no necesariamente lo que expresa, dice o cómo actúa la persona con TP es voluntario, muchos de los actos de arrebató, respondiendo a los episodios; son actos que responden a su impulsividad (rápidos,

35 ROSENVALD, N.: "Curatela", cit., p. 89.

36 ROSENVALD, N.: "Curatela", cit., p. 89.

37 ROSENVALD, N.: "Curatela", cit., p. 90.

inesperados y desmedidos) que no responden al deseo, ni expresan una voluntad real.

Consecuencia

El acto jurídico realizado por la persona con discapacidad transitoria, que le impida el discernimiento, es nulo por la falta de manifestación de voluntad.

D) Discapacidad intelectual.

Encuadramos dentro de este supuesto al retardo y el deterioro mental.

Puede ser tal el grado de discapacidad intelectual (antes retraso o retardo mental) grave (CI 20-25 a 35-40) o profunda (CI 20-25) que la persona no pueda manifestar voluntad, lo que implica un caso de discapacidad extrema que conllevaría a que el acto sea nulo por falta de manifestación de voluntad. Asimismo, el deterioro mental, normalmente relacionado con la edad avanzada, que se presenta como "un factor que incrementa el riesgo de generar patologías que dificultan el ejercicio de los derechos de estas personas de edad avanzada"³⁸.

La discapacidad por enfermedad mental es una de las manifestaciones más graves de la discapacidad al afectar la salud del sujeto y estado de bienestar general.

Michel Foucault, sociólogo, historiador, filósofo, psicólogo francés de gran influencia en el pensamiento contemporáneo, señalaba que "(...) la enfermedad (mental) sería la alteración intrínseca de la personalidad, desorganización interna de sus estructuras, progresiva desviación de su devenir; sólo tiene sentido y realidad en el interior de una personalidad mórbida. Los esfuerzos se dirigieron entonces en el sentido de definir las enfermedades mentales según la amplitud de las perturbaciones de la personalidad, y se llegó a dividir las perturbaciones psíquicas en dos grandes categorías: neurosis y psicosis"³⁹.

La doctrina nacional distingue la discapacidad mental en discapacidad intelectual y psicosocial, así tenemos entre otros los siguientes trastornos⁴⁰:

Discapacidad intelectual, personas con retraso mental: síndrome de Down, Síndrome X frágil, demencia vascular, etc.

38 LECIÑENA IBARRA, A.: "Contratación", cit., p. 2.

39 FOUCAULT, M.: *Enfermedad mental y personalidad*. Paidós, Buenos Aires, 1961, p. 14.

40 CONSTANTINO CAYCHO, R. A., & BREGAGLIO LAZARTE, A. R.: "Las salvaguardias para el ejercicio de capacidad jurídica de personas con discapacidad como una forma de paternalismo justificado", en AA.VV.: *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos* (coord. por M. BACH, & N. ESPEJO), Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2022, p. 524.

Discapacidad psicosocial, personas con alteraciones: esquizofrenia, bipolaridad, Asperger que se presentan como dolencias graves, trastornos depresivos mayores, trastorno límite de la personalidad, trastorno obsesivo-compulsivo, trastorno de ansiedad, trastorno de pánico con estrés post-traumático (CIE-10).

Ambas implican situaciones de discapacidad, temporal o permanente, que generan limitaciones en la intelectualidad o en el comportamiento social.

Los trastornos mentales están clasificados de acuerdo con el método aprobado por la OMS a través de la Clasificación estadística internacional de enfermedades y otros problemas de salud (CIE)⁴¹.

El retardo y el deterioro mental han sido eliminados como causa de incapacidad relativa (inc. 2 y 3, art.44), hoy capacidad de ejercicio restringida. Esta derogatoria abarca a las personas con trastornos psíquicos que se estudian en el mundo de psiquiatría como un punto importante. Establecer un *numerus clausus* en un Código civil para identificar a personas con enfermedad de mente o con alguna discapacidad psíquica era inadecuado y anticientífico. Es más conveniente dejar una cláusula abierta para que se pueda interpretar o establecer de manera más flexible sobre quienes tienen alguna discapacidad psíquica y no establecer corsés que restrinjan el mundo de la discapacidad mental a estereotipos no científicos que pecan de desconocimiento y hasta de sensibilidad por la manera de agresión semántica que manifiestan⁴².

La siquiatria ha avanzado mucho en materia de enfermedades mentales. Ya el alinenista Hermilio Valdizán, como lo llama Ramos Núñez⁴³, indicaba "En lo relativo a la enfermedad mental [...] No todas las enfermedades mentales producían la incapacidad absoluta para ejercer personalmente los derechos civiles; --y que estaba averiguando que muchas dolencias mentales permitían al que la sufría el ejercicio de ciertos derechos"⁴⁴.

Y es que la capacidad y la incapacidad jurídica fue un tema que interesó desde temprano al médico siquiatria Valdizán⁴⁵, dando un paso en lo que se refiere a la moderna ciencia psiquiátrica entre el Código civil el 52 y el Código del 36.

41 Toda la información y la clasificación integral se puede encontrar en la página: <http://www.psicoactiva.com/cie10/ciel.htm>, Clasificación de enfermedades mentales CIE-10, en PsicoActiva.

42 ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derecho de las personas*, vol. I, 6ª ed., Grijley, Lima, 2012, p. 943.

43 RAMOS NÚÑEZ, C.: *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, vols. T. VI, vol.I, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2006, pp. 211- ss.

44 *Actas de las sesiones de la comisión reformadora del Código civil peruano*, vol I, 2ª ed., C. M. Castrillón, Lima, 1928.

45 RAMOS NÚÑEZ, C.: *Historia del derecho civil*, cit., p. 243.

Además, decía “La psiquiatría, como las ciencias todas realiza progresos incesantes, con su cortejo habitual de ratificaciones y de rectificaciones y no es ilícito negarle a la ley el beneficio de tales adquisiciones”⁴⁶.

La discapacidad de la persona por deficiencias sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente tiene grados donde pueden existir sujetos que tengan poco, mediano o nulo discernimiento con lo cual la norma debería prever que en estos casos se trata de una capacidad de ejercicio restringida. Lo contrario es ir contra la realidad casualmente porqué al tener limitaciones leves, medianas o graves a su discernimiento necesitan los apoyos que la ley prevé. Si tuvieran una capacidad de ejercicio plena no requerirían de instrumentos para equipararlos a las personas sin discapacidad y brindarles, igualdad y autonomía.

El acto jurídico celebrado por la persona con discapacidad mental que no puede expresar su voluntad es nulo por falta de manifestación de voluntad. Ya la Casación 683-2016-Callao indicó que la demencia senil que impedía a la persona formar una voluntad interna es una forma de falta de discernimiento correspondiendo la nulidad del acto realizado.

Cuando se trata de personas que tienen enfermedad o deterioro mental que les impide expresar su voluntad libremente, no manifiestan voluntad, puede tener capacidad de formarla, pero no puedan transmitirla adecuadamente⁴⁷.

Consecuencia

El acto jurídico realizado por la persona con discapacidad intelectual severa, que le impida un discernimiento, es nulo por la falta de manifestación de voluntad.

IV. INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS REALIZADOS POR LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

La validez de los actos jurídicos se basaba, principalmente, en el discernimiento y otros caracteres como el etario (edad). Los actos jurídicos de los incapaces absolutos se calificaban como nulos y respecto de los incapaces relativos como anulables, según los arts. 219 y 221, respectivamente, del Código Civil.

La derogación de la incapacidad absoluta como causa de nulidad del acto jurídico (inc. 2 del art. 219: “cuando el acto jurídico haya sido practicado por persona absolutamente incapaz”) no significa que un sujeto incapaz absoluto pueda realizar actos jurídicos válidos, en la medida que se mantiene, con un ajuste

⁴⁶ *Actas de las sesiones de la comisión reformadora del Código civil peruano*, vol. VI, C. M. Castrillón, Lima, 1926, pp. 76-77.

⁴⁷ BARDALES SIGUAS, L. R.: “El rol de la nulidad”, cit., pp. 359.

terminológico, como requisito de validez del acto jurídico la “plena capacidad de ejercicio”⁴⁸ (inc. I del art. 140). El acto es válido cuando reúne todos los requisitos esenciales sin los cuales no podría producir efectos, el acto será inválido al no contar con tales exigencias necesarias, no produciendo efectos jurídicos⁴⁹.

El único supuesto de incapacidad absoluta de ejercicio es la minoría de 16 años, i.e. esta incapacidad ha quedado reducida al aspecto cronológico. De celebrarse un acto jurídico por una persona absolutamente incapaz, será nulo de acuerdo con el art. V del Título Preliminar y el inc. 8 del art. 219 del Código, que consagra la nulidad virtual, por contravenir normas de orden público (como son las normas de capacidad jurídica), en especial contrariar el inc. I del art. 140 del Código civil referido al elemento de la plena capacidad de ejercicio.

La doctrina nacional no ha desarrollado una teoría general de la invalidez de los actos jurídicos, básicamente se ha centrado en trabajar, directamente, la nulidad y anulabilidad y, en otros casos, el marco aplicativo de la inexistencia e ineficacia.

Pero esta posición no es solo local, en Brasil Bernardes de Mello⁵⁰ sostiene la imposibilidad de la elaboración de una teoría general de la validez (invalidez), justamente porque se trata de una materia en la que existen muchas excepciones que impiden considerar una regla general. Si bien es cierto lo indicado por el profesor brasileiro, consideramos que la invalidez no es ajena a una teoría general en la que se detalle los conceptos esenciales del acto jurídico y la trascendencia de sus efectos. Ello sin desconocer que existen excepciones o, mejor dicho, casos de tratamiento especial en las diversas áreas del Derecho civil, tales como familia y sucesiones. La invalidez debió regularse con mayor diligencia al fin que sus reglas interactuarán de forma coherente con preceptos especiales como los establecidos en familia, sucesiones y contratos⁵¹.

Señalan Stolze y Pamplona⁵² que una cuestión que viene siendo objeto de profunda inquietud, dada la ausencia de directrices nítidas sobre su disciplina jurídica, es lo referente al tratamiento de la validez del acto jurídico celebrado por la persona con deficiencia; precisan que la deficiencia no es una causa de incapacidad civil, ya no existe la invalidez, sea nulidad o anulabilidad, del acto jurídico por incapacidad derivada de deficiencia, pero queda latente la pregunta

48 Solo hubo un ajuste terminológico del ex ante “Agente capaz” por el “Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley”.

49 ROMERO MONTES, F.: *Acto jurídico*, Grijley, Lima, 2013, p. 444.

50 BERNARDES DE MELLO, M.: *Teoría do fato jurídico. Plano de validez*, 15ª ed., Saraiva Jur, São Paulo, 2019, pp. 53 y ss.

51 LEÓN HILARIO, L.: *Derecho privado*, cit., p. 82.

52 STOLZE GAGLIANO, P., & Pamplona Filho, R.: *Novo curso*, cit., p. 471.

si la persona, en virtud de su deficiencia, experimenta perjuicio al celebrar un negocio jurídico, ¿qué se debería hacer?⁵³.

En el Perú no se ha establecido una regulación especial para la validez de los actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad, ni tampoco de aquellos realizados por el apoyo. Dicen Bregaglio y Constantino: “Los académicos aún no han analizado cómo la teoría del acto jurídico se involucrará con las disposiciones del artículo 12. Haber cambiado la noción de capacidad jurídica requeriría pensar adecuadamente qué se va a poder entender como una manifestación de voluntad válida para la realización de un acto o negocio jurídico. Son varios los términos que deben interactuar con las teorías del acto o negocio jurídico: abuso, influencia indebida, conflicto de intereses o ausencia o negligencia por parte del apoyo”⁵⁴.

Para un estudio general del acto jurídico nos parece adecuado fundamentar y plantear las líneas generatrices de la invalidez. En esa línea desarrollaremos, en la medida que la reglas lo permitan, una la teoría general de la invalidez especial de los actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad.

I. Invalidez del documento.

A) Falta de formalidad.

Cuando se cuenta con un apoyo y se prescinde de su participación en el negocio celebrado se presenta un tema de vulneración de cumplimiento con la forma.

El literal i) del artículo 54 (contenido de la introducción) de la Ley general del notariado⁵⁵ establece que en la introducción de la escritura pública *debe* indicarse “la intervención de los apoyos”, lo que determina que la escritura pública que no respeta esta disposición será nula, conforme lo indica el artículo 123 de la ley notarial “Son nulos los instrumentos públicos notariales cuando se infrinjan las disposiciones de orden público sobre la materia, contenidas en la presente ley”. Será nula la escritura, pero no el acto jurídico que de ella consta.

El artículo 225 del Código civil trata la llamada nulidad refleja “No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto, aunque el documento se declare nulo”. Es la clásica y necesaria diferenciación entre el acto y el documento.

53 STOLZE GAGLIANO, P., & Pamplona Filho, R.: *Novo curso*, cit., pp. 475-476.

54 CONSTANTINO CAYCHO, R. A., & BREGAGLIO LAZARTE, R. A.: “La compleja comprensión del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Ius et Veritas*, núm. 64º, 2022, pp. 172-173.

55 DLeg.1049, (DOEP, 26/06/2008).

El negocio jurídico como declaración voluntaria del sujeto, de carácter lícito y cuyos efectos son deseados por las partes integrantes de la relación negocial, es autónomo del documento que constituye una especie de continente que incorpora al negocio para reflejar su exteriorización. Pero, la nulidad del documento no implica la nulidad o invalidez del negocio. Este persiste, es válido por contar con todos sus elementos (agente, objeto, causa y forma) y produce efectos jurídicos.

Palacios⁵⁶, a guisa de ejemplo, comenta que la nulidad declarada (como la llama) “afecta únicamente al documento que contiene al negocio jurídico – acuerdo conciliatorio (acta de conciliación), restándole mérito ejecutivo, no afectando al negocio jurídico mismo (acuerdo conciliatorio) que mantiene su plena validez”; además, hace referencia al art. 16 de la Ley de conciliación⁵⁷ cuando la norma indica que:

“...La omisión de alguno de los requisitos establecidos en los literales a), b), f), j) y k) del presente artículo [16] no enervan la validez del Acta de Conciliación, en cualquiera de los casos de conclusión de procedimiento conciliatorio señalado en el artículo 15”.

“La omisión en el Acta de Conciliación de alguno de los requisitos establecidos en los incisos c), d), e), g), h) e i) del presente artículo, dará lugar a la nulidad documental del Acta de Conciliación, que en tal caso no es considerada título ejecutivo, ni posibilita la interposición de la demanda. En tal supuesto, la parte afectada debe proceder conforme a lo establecido en el artículo 16-A”.

En el aspecto de fondo Torres Vásquez⁵⁸ manifiesta que “La nulidad del documento no afecta la validez del acto (si se anula la escritura pública que contiene un contrato compraventa –acto no formal; consensual –el acto de compraventa conserva su validez si reúne los requisitos legales” y concluye que el artículo 225 se aplica a los supuestos en que el documento constituye una forma *ad probationem* y no a la forma *ad solemnitatem* dado que esta constituye un requisito de validez, de manera que si se anula se extingue automáticamente el acto jurídico⁵⁹. Otros casos de formalidad *ad solemnitatem* se dan en el caso de la fianza (formalidad por escrito), en el suministro a título gratuito y donación de inmuebles (escritura pública), etc. En estos casos la falta de la formalidad (no de la forma) acarrearán la nulidad del negocio.

56 PALACIOS MARTÍNEZ, E.: “Nulidad refleja”, en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. por M. Muro Rojo, & M. Torres Carrasco), vol. I, 6a ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2022, p. 857.

57 L. 26872, (DOEP., 13/11/1997).

58 TORRES VÁSQUEZ, A.: *Acto jurídico*, 1a ed., San Marcos, Lima, 1998, p. 615.

59 TORRES VÁSQUEZ, A.: *Acto jurídico*, cit., p. 1625.

La norma del Código civil no indica que la intervención del apoyo en la escritura pública sea bajo sanción de nulidad, de forma que lo único afectado es el documento más no la designación. La escritura pública de designación de apoyos tiene una formalidad *ad probationem*, solo funciona como mero medio de prueba; no es una formalidad *ad solemnitatem* (requisito de forma para la validez, art. 140, inc.4). La exigencia de la escrituralidad no está sujeta a nulidad, de manera tal que la invalidez afecta solo al documento, no así a la propia designación del apoyo como acto jurídico. Una escritura pública en cuya introducción no figure la intervención del apoyo designado es nula, pero ello no afecta el acto en la medida que se trata de una mera formalidad *ad probationem*.

Respecto de la intervención de la persona de confianza en el acto y, por tanto, en la escritura pública, la ley no se pronuncia; sin embargo, a criterio de la notaria Rosalía Mejía (Comunicación personal, 11/07/2023), esto es una decisión de cada notario, menciona que ella si lo haría por una cuestión de transparencia, dejando constancia que actúa a solicitud del contratante. Esta opción nos parece razonable en pro de la transparencia que debe orientar la labora notarial. La intervención del personal de confianza en el acto y en la escritura pública debieran ser exigibles.

Consecuencia

Nula la escritura pública de designación de apoyo, pero válido el acto jurídico que de ella consta.

2. (In) validez o (in) eficacia de los actos celebrados por el apoyo.

El apoyo puede actuar “con” la persona con discapacidad o “en nombre” de la persona con discapacidad.

Por regla, el apoyo no tiene facultades de representación, salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la propia persona con necesidad de apoyo o por el juez, art. 659-B.

Respecto de la eficacia de sus actos tenemos dos escenarios:

A) Cuando el apoyo actúa sin representación.

Es el caso en que el apoyo no tiene representación, *i.e.* la persona con discapacidad no ha delegado facultad alguna y el apoyo se irroga funciones que no le corresponden.

Consecuencia

En la representación sin poder podemos considerar los siguientes criterios: Es nulo por causa ilícita. “El contrato celebrado por el falso representante en

nombre del falso representado es nulo porque su causa es ilícita, puesto que, se contraviene una norma imperativa penal artículo 196-A Código Penal⁶⁰.

Es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye, artículo 161 del Código civil, *falsus procurator* (Cas.1335-2013-Lima).

El acto resulta ineficaz cuando un apoderado se excede de las facultades otorgadas por el representado; sin embargo, éste puede ratificarlo de acuerdo con el artículo 162 del Código civil (Cas. 2873-2019-Lima).

B) Cuando el apoyo actúa con representación.

Es el caso en que el apoyo tiene representación, i.e. la persona con discapacidad o el juez ha delegado facultad al apoyo.

Se presentan dos escenarios:

El primero, el apoyo es el mecanismo que coadyuva a la concreción de la voluntad de la persona con discapacidad, realizando actos que la beneficien y que no neutralizan ni sustituyen su voluntad.

El segundo, el apoyo tiene la calidad de representante, basado en la autonomía privada de la persona con discapacidad (representado o *dominus*) por lo que podrá realizar negocios de carácter general (administración de bienes, por ejemplo) o especial (disposición de bienes del discapacitado – representado, basado siempre en el principio de literalidad).

La representación es un negocio jurídico unilateral y recepticio y, en este caso, es de carácter voluntario (hay representación legal y orgánica). Debe quedar claro que la representación es una categoría distinta al apoyo. Verlo de otra manera contradeciría el espíritu de la normativa local y de la Convención que aplican la variación de un sistema de representación a uno de índole social. Sin embargo, en la doctrina local este criterio no es compartido por Castillo Freyre⁶¹ quien indica que en el caso en que el apoyo es nombrado judicialmente, cuando la persona no es capaz de manifestar su voluntad, estaríamos frente a un representante ya que quien va a expresar voluntad representa a la persona que no puede manifestarla; sin embargo, se le hace llamar apoyo, pero en los hechos se trata de un representante.

60 BUENDÍA DE LOS SANTOS, L. L.: (Junio 2017). *Venta ilegal de predios mediante la falsa representación (Tesis para optar el título profesional de Abogado)*. Lima: Universidad de Lima, p. 136.

61 HUAMÁN PINEDA, J., CABELLO MATAMALA, C., MEJÍA ROSASCO, R., & CASTILLO FREYRE, M.: (21 de 08 de 2023). Conferencias sobre problemas prácticos relativos a la capacidad de las personas naturales con discapacidad [Discurso principal], *Academia Peruana de Derecho*, Lima, Perú.

El apoyo con representación se rige supletoriamente por las normas del Libro de acto jurídico al carecer de una regulación singular y propia.

Consecuencia

Son actos válidos los que se ejerzan dentro del encargo encomendado al apoyo, el incumplimiento puede generar una invalidez o ineficacia, según sea el caso.

C) Cuando el apoyo con representación se excede o contraviene las facultades.

Es el caso en que el apoyo con representación va más allá (excede) o transgrede (viola) las facultades conferidas.

El apoyo debe ejercer su cargo de acuerdo con las facultades conferidas, lo contrario implica una vulneración a la voluntad de la persona con discapacidad o un acto contrario a las facultades conferidas por sentencia.

Consecuencia

El acto es ineficaz:

Por defecto realiza actos que no estaba facultado, *falsus procurator*⁶².

Por exceso del límite de las facultades conferidas. Es un acto ineficaz (art. 161), esto también significa que el sujeto que actúa como apoyo, pero también como representante, resarciría a la persona con discapacidad en base a lo previsto en el artículo 158 del código civil. A estos dos casos Priori⁶³ los llama ausencia de legitimación representativa y se da en los casos del supuesto representante (tuvo facultades o nunca las tuvo) o en el caso del representante que actúa más allá de sus facultades.

Violación de las facultades conferidas, es el abuso del poder representativo y se da en los casos de: actuar en conflicto de interés con el representado, lesionar su interés o cuando el representante se aleja de las instrucciones⁶⁴.

62 Cas.1135-2013-Lima. "Fundamento 8. Queda claro que el acto jurídico del *falsus procurator* resulta ineficaz frente al falso representante como al falso representado. Sin embargo, el problema radica en cuanto a los efectos frente a terceros, para lo cual, como ya se ha mencionado, cabe recordar que la norma es clara al precisar que estos actos jurídicos son ineficaces únicamente frente al falso representado y no frente a terceros."

63 PRIORI POSADA, G.: "Representación directa sin poder", en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. por M. MUÑOZ ROJO, & M. TORRES CARRASCO), vol. I, 4a ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2020, p. 622.

64 PRIORI POSADA, G.: "Representación", cit., pp. 625.

Frente a la ineficacia puede configurarse un abuso de derecho lo que implica la viabilidad de solicitar la reparación por los daños causados.

D) Cuando el apoyo que no respeta las salvaguardias (previas, coetáneas o ex post) del acto jurídico.

Las salvaguardias son medidas impuestas para que el apoyo actúe conforme al mandato encomendado, por lo que deben ser acatadas y cumplidas.

Siendo impuestas por la propia persona con discapacidad o decretadas por el juez, el incumplimiento de las salvaguardias generará un efecto en el acto jurídico realizado, más allá de las medidas de sanción contra el apoyo (destitución o revocación del cargo), así como la reparación por los daños causados a la persona con discapacidad y en su caso a terceros.

Consecuencia

El efecto en el acto frente al incumplimiento de las salvaguardias es la nulidad del contrato que celebre el discapacitado con terceros por su ausencia de manifestación de voluntad.

E) Cuando el apoyo con representación reconstruye la voluntad de la persona con discapacidad de forma errónea o no la reconstruye o no realiza el acto en beneficio de esta.

El apoyo no representa a la persona con discapacidad; la excepción es que la representación sea delegada (representación voluntaria) o declarada por el juez (representación legal). El apoyo no debe actuar a su mejor criterio sino teniendo en cuenta la voluntad presunta. El apoyo ejercerá la facultad de representación en favor de la persona con discapacidad respetando (art. 659-B, y num. 2, art. 2, num. 11.2., 11.3., art. 11, Reg. 016), la llamada reconstrucción de la voluntad bajo la base de:

- 1) Los derechos.
- 2) La voluntad y preferencias.
- 3) Y conforme al criterio de la mejor interpretación de la voluntad:

Considerando la trayectoria de vida de la persona.

Cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

Las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos.

La información con la que cuentan las personas de confianza de la persona asistida.

Existen dos criterios que se utilizan para la interpretación de la voluntad. El subjetivo que es una evaluación histórica y el objetivo que se centra en velar el interés superior de la persona con discapacidad. Tantaleán⁶⁵ considera que no se trata de criterios opuestos ya que, la evaluación histórica o voluntad pretérita (preferencias, gustos, etc.) no solo es una evaluación subjetiva sino que, también, posee tamiz objetivo al ser indispensable que el sujeto solicitante acredite cuál ha sido la voluntad previa y esto requiere de un análisis objetivo; del mismo modo en el caso del interés superior, esta evaluación no podría llevarse a cabo sin un análisis subjetivo, así como el sustento de las bases reales y certeras.

Castillo Freyre⁶⁶ rechaza la idea de la reconstrucción de una manifestación presunta, no es una reconstrucción de una voluntad sino la presunción de una voluntad que desconocemos, pero la justificamos en función a conductas pretéritas; ignoramos el hecho de que esas conductas puedan ser cambiadas o alteradas con el tiempo. Existe la posibilidad de casos en los que la persona con discapacidad sufre de una enfermedad mental desde su nacimiento o desde sus primeros años de vida, lo que significa que sus padres o representantes tomaron decisiones en su nombre desde siempre, situación en la que no podemos referirnos a una voluntad pretérita al desconocerse los deseos o intenciones⁶⁷. Solo podemos a hablar de una reconstrucción de la voluntad cuando se identifica la historia de vida de la persona con discapacidad, lo contrario sería reconstruir una voluntad indeterminada, inexistente.

Consecuencia

Sería un caso de nulidad por falta de manifestación de voluntad o de ineficacia por no cumplir con las facultades dentro del compromiso delegado.

3. Invalidez de los actos celebrados por la persona con discapacidad.

El apoyo no reemplaza a la persona con discapacidad, solo cumple como coadyudador de la voluntad, esa es su participación; pero, no es una exigencia de la ley sancionada con invalidez su no participación.

65 TANTALEÁN ODAR, R.: "Interdicción vs. apoyos y salvaguardias en el ordenamiento jurídico peruano", *Gaceta de familia*, 2023, p. 115.

66 HUAMÁN PINEDA, J., CABELLO MATAMALA, C., MEJÍA ROSASCO, R., & CASTILLO FREYRE, M.: (21 de 08 de 2023). Conferencias sobre problemas prácticos relativos a la capacidad de las personas naturales con discapacidad [Discurso principal], *Academia Peruana de Derecho*, Lima, Perú.

67 TANTALEÁN ODAR, R.: "Interdicción", cit., pp. 115-116.

Plantearémos varios escenarios en los que se analiza si ¿La ley exige la participación del apoyo como requisito de validez?

Consideramos, entre otros, los siguientes casos para analizar:

A) *El acto jurídico realizado por persona con discapacidad que requiera de la intervención de un apoyo.*

Una persona que requiere apoyo es porque necesita de la colaboración para que su manifestación de voluntad genere efectos jurídicos. Es decir, el apoyo facilita la comprensión y comunicación para la manifestación de la voluntad.

La persona con discapacidad decide realizar todos los actos por sí, reservándose un actuar personal. Estaríamos ante una ausencia de manifestación de voluntad si la persona con discapacidad realiza un acto debiendo haber contado con la participación de su apoyo; por tanto, el acto sería nulo.

Sin embargo, Stolze y Pamplona⁶⁸, refiriéndose al sistema brasileiro, plantean que debe analizarse los efectos del acto jurídico realizado, evaluando si fue perjudicial o ventajoso para la persona con discapacidad y que, desde la perspectiva del principio de prohibición de retroceso social, la mejor solución es la que debe alcanzarse en respeto de la persona con discapacidad y la sociedad. El principio de prohibición de retroceso social tiene como contenido la prohibición al legislador de reducir, suprimir o disminuir un derecho social reconocido.

Si bien la persona con discapacidad es capaz, puede ser el caso que requiera de un apoyo que colabore en la toma de decisiones para manifestar voluntad; sin embargo, este apoyo no haya sido designado. En esta eventualidad el notario deberá tomar las providencias para determinar si la persona con discapacidad *necesita* o *no necesita* de un apoyo para celebrar el acto jurídico, este juicio notarial de capacidad o discernimiento es fundamental.

Consecuencia

En primera línea no implicaría nulidad del acto, salvo que el apoyo haya sido previsto por la propia persona con discapacidad en la escritura pública o en la sentencia, siempre y cuando en estos documentos se determine de manera expresa la invalidez de los negocios celebrados sin apoyo.

B) *El acto jurídico realizado por persona con discapacidad prescindiendo de la intervención del apoyo designado.*

68 STOLZE GAGLIANO, P., & PAMPLONA FILHO, R.: *Novo curso*, cit., pp. 478-479.

Podemos enfocar este tema desde dos perspectivas:

a) *No cumplir con la norma imperativa.*

La intervención del apoyo es obligatoria, así lo manda el núm. 12.1., art. 12, Reg. 016.

Determinado el apoyo no tendría sentido que no cumpla con su función, se omita su participación, ello va en contra de la norma.

La persona con discapacidad que tenga un apoyo designado debe realizar los actos jurídicos con la intervención de éste. La razón de su participación es, justamente, coadyuvar a la comprensión, manifestación de voluntad y la generación de los efectos legales deseados por la persona con discapacidad.

In limine sin causa expresa de invalidez no habría como sancionarla; sin embargo, como precisa Stolze y Pamplona⁶⁹, el acto sería nulo por inobservancia del aspecto formal (art.166-IV⁷⁰ del Código civil brasileiro) y es que la participación del apoyo integra el revestimiento formal de la propia declaración de voluntad negocial.

En nuestro ordenamiento lo podríamos asimilar con la “observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad” (inc. 4, art.140), pero téngase en cuenta esta última frase “bajo sanción de nulidad”, *i.e.* la ley “debe” indicar literalmente que la inobservancia genere la invalidez, situación que no se presenta en nuestra normativa respecto a la no participación del apoyo designado en los actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad.

La nulidad que procedería eventualmente es en base al art. V del Título Preliminar y al inc.8, art. 219 del Código, que consagra la nulidad virtual, por contravenir normas de orden público (como son las normas de capacidad), en especial contrariar el núm. 12.1, art. 12, Reg. 016. Es de considerarse que la referida norma no establece sanción expresa frente a su incumplimiento, por lo que recurrimos a la nulidad virtual o tácita.

El tema debatible. Si no hay sanción expresa frente a su incumplimiento (*i.e.* no hay nulidad por la no participación del apoyo) el caso podría ser uno de forma *ad probationem*, por lo que la presencia del apoyo solamente serviría para probar la existencia del negocio, no para enervar su validez. El argumento de la nulidad virtual (artículo 219, inciso 8) es factible por la vulneración de norma imperativa que contravendría el orden público y las buenas costumbres), sin embargo, sigue siendo polémica su invocación.

69 STOLZE GAGLIANO, P., & PAMPLONA FILHO, R.: *Novo curso*, cit., p. 478.

70 No revestir la forma prescrita por la ley.

La ley colombiana 1996-2019⁷¹, que establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, tiene un tratamiento especial tanto el artículo 19 y 39 que se refieren al deber de utilizar los apoyos (designados y vigentes) para la celebración de actos jurídicos, siendo un requisito de validez, como dice la doctrina colombiana “el cumplimiento de los apoyos constituye condición o presupuesto de validez del acto o negocio celebrado y no de existencia”⁷². Siendo los apoyos designados un requisito de validez del acto jurídico realizado por la persona con discapacidad, los actos celebrados omitiendo su participación adolecerían de invalidez, a decir de Ortiz Monsalve⁷³ de nulidad relativa, salvo se demuestre que fueron útiles, en razón que la nulidad relativa es declarada en interés y para proteger al sujeto. Se llega a esta interpretación aplicando los principios de favorabilidad y de protección: “no es nulo aquello que favorece y no perjudica”, lo celebrado en favor y provecho tiene validez.

Sobre la norma colombiana Ghiao Camargo (Comunicación personal, 04/09/2023) nos indica que en relación con el artículo 19 de la Ley 1996-2019, la nulidad relativa de los actos de las personas con discapacidad está establecida en favor de la parte más débil. De acuerdo con lo que establece la Convención, la persona con discapacidad mental ya no es incapaz de ejercicio por el hecho de dicha incapacidad. En el sistema colombiano la persona con discapacidad va a ejercer su capacidad de ejercicio con 3 posibilidades: (i) los ajustes razonables, (ii) los acuerdos de apoyo que otorgue ante el conciliador en derecho o ante el notario o, (iii) los apoyos adjudicados judicialmente por la solicitud de la propia o a pedido de un tercero con interés directo, cuando la persona con discapacidad no pueda manifestar su voluntad de ninguna manera. Si el acuerdo de apoyos se otorgó conforme a ley y el notario o conciliador verificaron que la voluntad fue conferir dicho acuerdo de apoyos para realizar un determinado acto jurídico, y se tomaron las salvaguardias específicas a fin de evitar la manipulación de esa voluntad por la otra persona, en este caso no habría dificultad frente a dicho acto; pero si en el procedimiento de otorgamiento el acuerdo de apoyos queda viciado podría solicitarse la nulidad relativa por vicios de la voluntad u otras formas de ineficacia negocial. El acuerdo de apoyos no es que blinde la validez jurídica de los negocios jurídicos que se celebren con base en él, blinda la voluntad de quien lo celebra, pero el negocio celebrado con base en un acuerdo de apoyos es válido pudiendo igualmente ser atacado si es que no cumple con los requisitos capacidad, consentimiento, solemnidad. No podemos entender el acuerdo de apoyos como un blindaje total frente a la celebración del negocio jurídico sino lo que hace es

71 Del 26 de agosto del 2019.

72 ORTIZ MONSALVE, A.: *Capacidad plena de los mayores en situación de discapacidad mental y guardas de menores emancipados*, Temis, Bogotá, 2021, p. 151.

73 ORTIZ MONSALVE, A.: *Capacidad*, cit., pp. 151-152.

permitir de una manera especial se lleve a cabo la manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad.

Este argumento es interesante al basar su razonamiento en que el acto jurídico celebrado con acuerdos de apoyo es atacable pues de no presentarse alguno de los requisitos que forman la estructura del negocio (ilicitud, objeto, formalidad) el acto será inválido (por nulidad o anulabilidad). Los acuerdos de apoyos implican la necesidad de la participación de este para que el negocio celebrado por la persona con discapacidad sea válido. Se convierte así en un elemento más para que la estructura del negocio se configure, de no estarlo el negocio será nulo o anulable. Hay blindaje a la voluntad del discapacitado mas no al acuerdo de apoyos.

En el régimen peruano no contamos con una norma como colombiana que trata la naturaleza jurídica de la participación y de los efectos de la omisión o no participación de la persona designada como apoyo como un requisito de validez del acto jurídico.

Asimismo, a criterio de Bunazar⁷⁴, a través de una interpretación a contrario del numeral 4 del artículo 1783-A del Código Civil brasileiro, se considerará como inválido e ineficaz sobre terceros la decisión tomada por la persona con deficiencia mental sin la participación de su apoyo o fuera de los límites de las facultades de este, de esta manera se considera como causa de invalidez la ausencia de la participación de los apoyos que fueren debidamente designados. Continúa el autor⁷⁵ que del análisis del numeral antes referido (4) resulta entonces que la participación de los apoyos tiene la naturaleza jurídica de asentimiento, cuya ausencia, por tanto, es una causa de anulabilidad del negocio jurídico practicado. No obstante, Colombo discrepa de esta perspectiva al no percibir un carácter prohibitivo en la norma, numeral 4 del artículo 1783 - A de Código civil y, basándose en una interpretación lógico - literal considera que la persona con discapacidad puede expresarse válidamente sin la participación de su apoyo; al examinar sistemáticamente la cuestión, Colombo concluye que no se debe excluir la capacidad civil de la persona con discapacidad, ni siquiera para aplicar analógicamente una norma dirigida a personas incapacitadas (interdicción y curatela).

Desde una perspectiva principista, basada en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Estatuto de la Persona con Discapacidad, se aboga por favorecer la capacidad civil, *in dubio pro capacitar* (Colombo, Maici. Comunicación personal, 21/11/2023).

74 BUNAZAR, M.: *A invalidade*, cit., p. 64.

75 BUNAZAR, M.: *A invalidade*, cit., p. 66.

El Código civil y comercial de Argentina establece en el art. 38 que es en la sentencia de designación de apoyos donde debe indicarse las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con la especificación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación. Y es que los apoyos son ajustes a medida que dejan atrás los sistemas representativos clásicos que, en reconocimiento de la diversidad y distintas formas de discapacidad, la toma de decisiones con apoyo adopta variadas modalidades, de allí que la forma como se ejerza el apoyo se determinará en función a sus límites o graduación de la asistencia⁷⁶. Asimismo, el artículo 44, a decir de Martínez⁷⁷, fulmina de nulidad los actos celebrados que contravengan las limitaciones establecidas en la sentencia, presentándose como una garantía que previene al sujeto de sufrir las consecuencias negativas de los actos que otorgó sin los apoyos y salvaguardias. Debe considerarse que, de acuerdo con el nuevo Código argentino al romperse el sistema dual, planteándose un sistema gradual y relativo, se determina un nuevo campo de análisis de los supuestos de nulidad en los que es fundamental en qué “condiciones se realiza el acto” y no “quién lo realiza”⁷⁸.

La ley española L. 8/2021, que reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, tiene una referencia especial en el artículo 1302-3 al sancionar con invalidez (anulación) los contratos celebrados por personas con discapacidad que prescinden de las medidas de apoyo cuando fueran precisas (requisito de validez) para el ejercicio de su capacidad de contratar; tema este que desarrolla De Verda y Beamonte⁷⁹.

La no participación del apoyo es la regla y su participación, la excepción. La designación del apoyo no implica que la persona con discapacidad pierda autonomía; cabe perfectamente que realice sus actos jurídicos sin la participación del apoyo designado en la medida en que su intervención no sea obligatoria y pueda expresar su deseo y generar efectos jurídicos deseados per se, sin necesidad del apoyo. La participación del apoyo solo será “obligatoria en caso se haya determinado en el documento de su designación” (num. 12.1, art. 12, Reg. 016), i. e., en la escritura pública o la sentencia; en tal situación, se presenta como un elemento esencial —*essentia negotii*—, un requisito o elemento de validez del acto jurídico que realice la persona con discapacidad en el que deberá intervenir —necesariamente— el apoyo. De esta manera, “durante la realización del acto

76 HERRERA, M., CAMELO, G., & PICASSO, S. B.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, vol. 1, 2a ed., SAJ, Buenos Aires, 2022, p. 100. Obtenido de <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2758>.

77 MARTÍNEZ ALCORTA, J. A.: “Cuando el sistema de apoyos oculta un régimen de sustitución”, *Revista de Derecho de familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2018, núm 84°, pp. 105-118.

78 LORENZETTI, R.: *Código civil y comercial de la nación comentado*, vol. I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014, p. 264.

79 DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 115°, 2022, pp. 23-34.

que produzca efectos jurídicos, debe dejarse constancia de la participación del apoyo solo cuando se facilite o interprete la manifestación de voluntad" (num. 12.2, art. 12, Reg. 016); en estos dos casos está justificada su participación.

El contratante, frente a alguna situación de duda, podría perfectamente verificar que la persona con la que contrata tiene un apoyo declarado (notarial o judicialmente) y verificar las facultades con las que cuenta, con o sin representación, ello es de fácil acceso en el registro público, lo que va de la mano con la debida diligencia que todo contratante debe tener.

Consecuencia

Se sanciona con la nulidad virtual art. V del Título Preliminar y el inc. 8 del art. 219 del Código por contravenir normas de orden público (como son las normas de capacidad), en especial contrariar el núm. 12.1., art. 12, Reg. 016.

b) Falta de manifestación de voluntad.

Si la persona con discapacidad cuenta con la designación de un apoyo pero no lo utiliza ¿el negocio será inválido por falta de manifestación de voluntad?

El tema es opinable pudiendo considerarse que:

a) El apoyo y su participación es potestativo de la persona con discapacidad y su falta de participación no enerva la validez del acto que se realice.

b) Es un típico caso de falta de manifestación de voluntad afectando de nulidad al acto jurídico.

La voluntad es comprendida como el elemento psíquico interno del sujeto que será exteriorizada para que sea válido el negocio. Aunque hay diversas posiciones al respecto (Teoría voluntarista, de la autoresponsabilidad, de la vigencia, declaracionista, de la confianza, etc.).

En este caso el notario deberá tomar las providencias para determinar si la persona con discapacidad *cuenta* o *no cuenta* con un apoyo. Esto representa la nueva función del notario frente a los actos realizados por la persona con discapacidad y la función del apoyo en la línea de la validez de los actos jurídicos. Una escritura pública en cuya introducción no figure la intervención del apoyo designado previamente (sea por la propia persona con discapacidad o vía judicial) será nula, más no el acto que la contiene.

En los casos que la participación del apoyo sea obligatoria, exigible por ley, por estar establecido en el documento de su designación (escritura pública o

sentencia), y este no participe implicará una manifestación de voluntad incompleta, afectando la validez del acto jurídico. Así, el acto jurídico realizado por la persona con discapacidad sería nulo, tanto el acto como el documento serán nulos por falta de manifestación de voluntad (inc.I, art.219). Bunazar⁸⁰ indica que, una vez establecido el apoyo, con el acto jurídico preceptivo practicado solo por la persona con discapacidad (apoyado) será inválido.

Consecuencia

La intervención del apoyo, si bien es una exigencia de la norma, no es un requisito de validez del acto jurídico; el acto es válido, pero puede atacarse su validez por la falta de manifestación de voluntad.

C) El acto jurídico viciado realizado por la persona con discapacidad.

El acto jurídico realizado por la persona con discapacidad puede estar afecto de un vicio de la voluntad (error, dolo, violencia o intimidación) así como de los nuevos vicios de la voluntad que pueden afectar a las personas con discapacidad⁸¹, tales como:

a) El conflicto de interés (conflictuabilidad), es cuando el apoyo hace prevalecer su interés propio, perjudicando la necesidad de la persona con discapacidad.

b) La ventaja injusta (posición de dominio), es el aprovechamiento contractual de la parte más débil, el desequilibrio inter-partes.

c) La influencia indebida (presiones), es una forma de control de la toma de decisión de la persona con discapacidad que se logra valiéndose de la confianza que el apoyo se ha ganado.

A ello se suma la posición de Ninamanco⁸² quien sostiene que frente a la eventualidad que a una persona le devenga una situación de discapacidad mental, sin haber sido diagnosticada previamente y no tenga acceso rápido al apoyo, ajustes razonables y salvaguardias, el aprovechamiento de la contraparte puede ser combatido por la invalidez del acto vía error, dolo o violencia (según sea el caso) al no haber otro supuesto de anulabilidad en el art. 221 del Código.

80 BUNAZAR, M.: *A invalidade*, cit., p. 53.

81 VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: "Los vicios de la voluntad en los actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad", *La Ley, Año LXXXVII*, núm. 154°, 2023, p. 4.

82 NINAMANCO CORDOVA, F.: "Causales de anulabilidad", en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. por M. MUÑOZ ROJO, & M. A. TORRES CARRASCO), vol. I, 4a ed., Gaceta jurídica, Lima, 2020, p. 838.

Consecuencia

La persona con discapacidad que es inducida a un vicio de la voluntad genera la invalidez (anulabilidad) del acto jurídico (inc.2, art.220).

V. CONCLUSIONES.

La discapacidad y la validez de los negocios jurídicos es un tema de especial importancia. En la práctica y en los trabajos académicos hay una falta de claridad y de preocupación en cuanto a qué negocios jurídicos realizados por personas con discapacidad pueden ser declarados inválidos o ineficaces.

La reforma del Código civil peruano en materia de capacidad ha eliminado tanto el discernimiento, la enfermedad y el deterioro mental como causas de incapacidad, así como la nulidad del acto por incapacidad absoluta y la anulabilidad por causas mentales del sujeto, pero ello no debe cambiar las consecuencias de nulidad de los actos jurídicos que celebre un sujeto sin manifestación de voluntad, sin cumplir con los requisitos de validez, de aquellos que contravengan las normas de orden público, o de anulabilidad por algún vicio de la voluntad, o de ineficacia cuando el apoyo actúa sin representación, o no cumple con las facultades dentro del compromiso delegado, resultando necesario estudiar la casuística a fin de identificar los supuestos en los cuales pueden darse, sea por el fondo, la forma o la actuación de la persona con discapacidad o del apoyo.

En cuanto al fondo: la manifestación de voluntad es la expresión que trasciende en el ámbito jurídico, su falta conlleva a que el acto jurídico sea nulo. La privación de discernimiento conlleva a la nulidad del acto jurídico por falta de manifestación de voluntad, a estos casos se suma el estado de coma, la discapacidad transitoria e intelectual, de forma que quien carece de discernimiento no puede formar una voluntad interna, menos expresarla de manera adecuada.

En cuanto a la forma: la exigencia que la designación de apoyo sea por escritura pública no está sujeta a sanción de nulidad, de modo que la escritura podrá adolecer de defectos que afecten su validez en sí, pero ello no afectará la designación del apoyo. Si la intervención del apoyo no figura en la introducción de la escritura pública, esto determinará la nulidad del documento sin afectar el acto de la designación.

En cuanto a la actuación y participación del apoyo: se presentan casos en los que el apoyo actúa sin o con representación, cuando se excede o contraviene las facultades conferidas, cuando no respeta las salvaguardias o cuando no reconstruye la voluntad de forma adecuada, casos estos en los que el acto se ve afectado de nulidad o ineficacia, según sea el caso.

En cuanto a la actuación y participación de la persona con discapacidad: tenemos los casos del acto realizado por la persona con discapacidad que requiere o que prescinde de la intervención del apoyo. En estos casos se presentan dos situaciones, (i) la necesidad de la persona de llevar a cabo un acto con el apoyo que no ha sido designado y, (ii) aquel en que la persona con discapacidad no respeta la designación de un apoyo y actúa de forma individual. Cabe precisar que la no participación del apoyo es la regla y su participación, la excepción. La designación del apoyo no conlleva a que la persona con discapacidad pierda autonomía y decisión; esta puede realizar actos jurídicos sin el apoyo designado siempre que no sea obligatoria su participación y pueda expresar su voluntad. Asimismo, debe tomarse en cuenta los vicios de la voluntad que puedan generar la anulabilidad del acto, teniendo en cuenta, especialmente, los nuevos vicios como la influencia indebida, el conflicto de interés y la ventaja injusta.

En base al principio de protección de los intereses del sujeto más débil en las relaciones no paritarias, debe plantearse una reanálisis de la teoría de la conservación del acto jurídico a fin de aplicarla a la validez de los actos practicados por la persona con discapacidad, siempre que estos sean en favor de esta, tomando en cuenta la autonomía y la preservación de la capacidad de negociación en aspectos patrimoniales.

La validez y eficacia de los actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad es un tema medular, requiere de un estudio especial por el Derecho civil tomando en cuenta la nueva dimensión en el tratamiento de la capacidad, esto con la finalidad que los operadores legales tengan una real predictibilidad en los casos de invalidez o ineficacia negocial en los actos celebrados por las personas con discapacidad.

BIBLIOGRAFÍA

Actas de las sesiones de la comisión reformatora del Código civil peruano, vol. VI, C. M. Castrillón, Lima, 1926.

Actas de las sesiones de la comisión reformatora del Código civil peruano, vol. I, 2ª ed., C. M. Castrillón, Lima, 1928.

ALPA, G.: *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, Roma, 1993.

BARDALES SIGUAS, L. R.: "El rol de la nulidad por falta de manifestación de voluntad frente a las modificaciones del decreto legislativo N° 1384", en AA.VV.: *Estudios sobre los problemas y soluciones actuales del derecho civil* (coord. por Y. MEZA TORRES), Gaceta Jurídica, Lima, 2023, pp. 325-365.

BERNARDES DE MELLO, M.: *Teoría do fato jurídico. Plano de validez*, 15ª ed., Saraiva Jur, São Paulo, 2019.

BIANCA, M.: *Diritto civile. La norma giuridica - I soggetti*, vol. I, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2002.

BUENDÍA DE LOS SANTOS, L. L.: (Junio 2017). *Venta ilegal de predios mediante la falsa representación (Tesis para optar el título profesional de Abogado)*, Lima: Universidad de Lima.

BUNAZAR, M.: *A invalidade do negócio jurídico*, 3ª ed., Thomson Reuters, São Paulo, 2023.

CAMPOS GARCÍA, H.: "Discapacidad no es incapacidad. A veces no solo bastan las declaraciones de buenas intenciones", *Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano*, núm. 440º, 2013, pp. 6-7.

CÁRDENAS KRENZ, R.: "Capacidad de ejercicio plena", en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. por M. MURO ROJO, & M. A. TORRES CARRASCO), vol. I, 4ª ed., Gaceta jurídica, Lima, 2020, pp. 250-259.

CÁRDENAS KRENZ, R., & DELLA ROSSA LECIÑANA, A.: "Comentarios a las recientes modificaciones del Código Civil en materia de capacidad", *Gaceta civil y procesal civil*, núm. 65º, 2018, pp. 101-116.

CASTILLO FREYRE, M., & CHIPANA CATALÁN, J.: "La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad", *Gaceta civil y procesal civil*, núm. 65º, 2018, pp. 45-50.

CIEZA MORA, J., & OLAVARRÍA PARRA, M. J.: “Nosotros, los normales. Errores y aciertos de la reciente legislación acerca de la discapacidad en el Perú”, *Gaceta civil y procesal civil*, núm. 64º, 2018, pp. 47-61.

CONSTANTINO CAYCHO, R. A., & BREGAGLIO LAZARTE, A. R.: “Las salvaguardias para el ejercicio de capacidad jurídica de personas con discapacidad como una forma de paternalismo justificado”, en AA.VV.: *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos* (coord. por M. BACH, & N. ESPEJO), Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ciudad de México, 2022, pp. 521-550.

CONSTANTINO CAYCHO R. A., & BREGAGLIO LAZARTE, R. A.: “La compleja comprensión del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, *Ius et Veritas*, núm. 64º, 2022, pp. 156-176.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Principios generales inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 115º, 2022, pp. 11-115.

ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Acto jurídico negocial*, Gaceta jurídica, Lima, 2008.

ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derecho de las personas*, vol. I, 6ª ed., Grijley, Lima, 2012.

ESPINOZA ESPINOZA, J.: “Las nuevas coordenadas impuestas en el Código Civil en materia de capacidad (... o el problema de la falta de discernimiento en una reforma legislativa inconclusa y apresurada)”, *Gaceta civil y procesal civil*, núm. 64º, 2018, pp. 13-25.

ESPINOZA ESPINOZA, J.: *Derecho de las personas. Concebido y personas naturales*, vol. II, 8ª ed., Instituto Pacífico, Lima, 2019.

ESPINOZA ESPINOZA, J.: “Capacidad de ejercicio plena”, en AA.VV.: *Nuevo comentario al Código civil peruano* (coord. por J. ESPINOZA ESPINOZA, & M. GALLEGOS SALAZAR), vol. I, Instituto Pacífico, Lima, 2021, pp. 488-494.

FOUCAULT, M.: *Enfermedad mental y personalidad*, Paidós, Buenos Aires, 1961.

HERRERA, M., CARAMELO, G., & PICASSO, S. B.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, vol. I, 2ª ed., SAJ, Buenos Aires, 2022. Obtenido de <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2758>.

HUAMÁN PINEDA, J., CABELLO MATAMALA, C., MEJÍA ROSASCO, R., & CASTILLO FREYRE, M.: (21 de 08 de 2023). Conferencias sobre problemas prácticos relativos a la capacidad de las personas naturales con discapacidad [Discurso principal], *Academia Peruana de Derecho*, Lima, Perú.

LECIÑENA IBARRA, A.: "Contratación con personas de edad avanzada: un reto para la autonomía decisoria en el marco del envejecimiento", *La Ley*, 10063, 2022, pp. 1-8.

LEÓN HILARIO, L.: *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*, 3ª ed., Instituto Pacífico, Lima, 2017.

LEÓN HILARIO, L.: *Derecho privado. Parte general: Negocios, actos y hechos jurídicos*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo editorial, Lima, 2019.

LORENZETTI, R.: *Código civil y comercial de la nación comentado*, vol. I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2014.

MARTÍNEZ ALCORTA, J. A.: "Cuando el sistema de apoyos oculta un régimen de sustitución", *Revista de Derecho de familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2018, núm 84º, pp. 105-118.

MORALES HERVIAS, R.: "La inexistencia e invalidez del contrato en el Código civil peruano", *Revista jurídica del Perú*, 2009, núm. 100º, pp. 85-111.

MORALES HERVIAS, R.: *Patologías y remedios del contrato*, 2ª ed., Jurista, Lima, 2019.

NINAMANNCO CÓRDOVA, F.: "Causales de anulabilidad", en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. por M. MURO ROJO, & M. A. TORRES CARRASCO), vol. I, 4ª ed., Gaceta jurídica, Lima, 2020, pp. 832-844.

ORTIZ MONSALVE, A.: *Capacidad plena de los mayores en situación de discapacidad mental y guardas de menores emancipados*, Temis, Bogotá, 2021.

PALACIOS MARTÍNEZ, E.: "Nulidad refleja", en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. por M. MURO ROJO, & M. TORRES CARRASCO), vol. I, 6ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2022, pp. 856-858.

PERLINGIERI, P.: *La personalità umana nell'ordenamiento giuridico*, Jovene, Napoles, 1972.

PLACIDO VILCACHAGUA, A.: "Discapacidad y capacidad jurídica. A propósito del Decreto Legislativo. N.º 1384 que adecua el Código Civil a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", *Actualidad civil*, 2019, núm. 56º, pp. 129-172.

PRIORI POSADA, G.: "Representación directa sin poder", en AA.VV.: *Código civil comentado* (coord. por M. MURO ROJO, & M. TORRES CARRASCO), vol. I, 4ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2020, pp. 622-627.

RAMOS NÚÑEZ, C.: *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*, vols. T. VI, vol. I, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2006.

RESCIGNO, P.: *Manuale del Diritto privato italiano*, 6a ed., Jovene editore, Napoli, 1984.

ROMERO MONTES, F.: *Acto jurídico*, Grijley, Lima, 2013.

ROSENVALD, N.: Curatela. En *Tratado do direito das famílias*, IBDFAM, Belo Horizonte, 2016.

STOLZE GAGLIANO, P., & PAMPLONA FILHO, R.: *Novo curso de Direito civil. Parte geral*, 22a ed., vol. I, Saraiva, São Paulo, 2020.

TANTALEÁN ODAR, R.: "Interdicción vs. apoyos y salvaguardias en el ordenamiento jurídico peruano", *Gaceta de familia*, 2023, pp. 109-135.

TARTUCE, F.: *Direito civil. Lei de introdução e parte geral*, vol. I, 15ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2019.

TORRES VÁSQUEZ, A.: *Acto jurídico*, 1ª ed., San Marcos, Lima, 1998.

TORRES VÁSQUEZ, A.: *Acto jurídico*, vol. II, 7ª ed., Jurista, Lima, 2021.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Tratado de Derecho de las personas*, 1ª ed., Coedición Gaceta Jurídica y Universidad de Lima, Lima, 2014.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: "Los vicios de la voluntad en los actos jurídicos realizados por la persona con discapacidad", *La Ley*, Año LXXXVII, núm. 154º, 2023, p. 4.

VIARO, M.: *I principi generali del diritto*, Cedam, Padova, 1969.

