

# LA AUTODETERMINACIÓN EN LA TERCERA EDAD

## SELF-DETERMINATION IN OLD AGE

Julio Santiago Solís Gózar  
Universidad Privada del Norte  
julio.solis@upn.pe  
orcid.org/0000-0002-9478-4912  
Perú

Recibido: 11 de diciembre de 2020

Aceptado: 21 de enero de 2021

### SUMARIO

- Introducción
- La importancia del contrato en la sociedad
- Discernimiento, discapacidad y edad propecta
- Autonomía
- La autonomía en la edad propecta
- Propuesta
- Conclusiones
- Fuentes de información

### RESUMEN

El siglo XXI es considerado el siglo de la revolución blanca debido al incremento demográfico de la población de las personas mayores, en tal sentido, las normas nacionales e internacionales están velando por los derechos de este grupo humano, sobre todo, aquellos que garantizan el ejercicio de la autonomía o autodeterminación. Sin embargo, en la práctica notarial peruana —sin el aval de una ley— se viene requiriendo el certificado de salud mental a aquellas personas que se encuentran en la tercera edad y precisan celebrar actos jurídicos. Consideramos que este pedido es discriminatorio y genera una barrera social; para demostrar ello, reflexionaremos sobre el contenido e importancia de figuras jurídicas como son la autonomía, discernimiento, discapacidad, personas mayores y contrato en concordancia con las últimas modificaciones del Código Civil peruano.

### PALABRAS CLAVE

Autonomía; capacidad jurídica; contrato de alimentos; discapacidad; edad propecta.

### ABSTRACT

The 21st century is considered the century of old age due to the demographic increase of the older population. In this sense, national and international norms are watching over the rights of this human group, especially those that guarantee the exercise of autonomy or self-determination. However, in the Peruvian notarial practice -without the endorsement of a law- the mental health certificate is being required to those people who are in the third age and need to celebrate legal acts. We consider that this request is discriminatory and generates a social barrier; to demonstrate this, we will reflect on the content and importance of legal figures such as autonomy, discernment, disability, old age and contract in accordance with the latest amendments to the civil code.

### KEYWORDS

Alimony contract; autonomy; disability; elderly age; legal capacity.

Nada nos detiene en realidad. Nada nos impide avanzar, porque nuestra voluntad está siempre bajo nuestro control. La enfermedad puede amenazar nuestro cuerpo; pero ¿somos sólo cuerpo?

La invalidez puede paralizar nuestras piernas; pero no somos sólo nuestras piernas. Nuestra voluntad es más grande que nuestras piernas. No es preciso que nuestra voluntad se vea afectada por un incidente, a menos que dejemos que eso pase. Recordemos esto cada vez que nos ocurra algo.

Epíteto  
El Arte de Vivir

## INTRODUCCIÓN

En la práctica notarial, para que una persona mayor pueda celebrar actos jurídicos, debe primero acreditar su estado de salud mental mediante una constancia que es emitida por un psiquiatra o médico general. Considero que el requerimiento del certificado de salud mental no solo genera una carga económica y burocrática, sino también, es un atentado flagrante al ejercicio de la autonomía privada de las personas mayores, así como un acto discriminatorio.

El objetivo del presente artículo es generar conciencia en la labor notarial y proponer que el requerimiento del certificado de salud mental no sea la regla sino la excepción.

Justificamos nuestra investigación en vista del incremento de la población de las personas mayores en el Perú, las diversas normas nacionales e internacionales que velan por su autonomía y el respeto y la valoración que merecen por haber forjado nuestro presente.

Para consolidar la investigación, hemos de reflexionar sobre el contrato y la importancia que tiene para la sociedad y en especial para las personas que se encuentran en la edad propecta, para tal efecto señalaremos al contrato de alimentos; explicaremos el contenido exacto de la palabra discernimiento, autonomía y otras que son afines a la autodeterminación de las personas mayores, así también, nos pronunciaremos sobre la inaceptable relación entre personas mayores y pérdida de capacidad.

## LA IMPORTANCIA DEL CONTRATO EN LA SOCIEDAD

Se han escrito bucólicos textos sobre el contrato, donde se exalta su creación artística e idílica; también se ha declarado que el contrato permite la materialización de la expresión platónica de justicia —esa que dice que hay que dar a cada quien lo suyo— ya que permite conocer a quien hay que dar lo suyo y cuanto se tiene que dar, luego de encajadas las intenciones y necesidades de las partes en la negociación.

Este instrumento jurídico que requiere de libertad y voluntad alcanza diversos fines. Anotaremos, entre otros, los siguientes:

- a) Contribuir a la sociedad y a la economía mediante la circulación de la riqueza.

- b) Filosóficamente el contrato permite cubrir una necesidad o acabar con una angustia.
- c) Sociológicamente este instrumento posibilita vivir con dignidad.
- d) Antropológicamente es un instrumento eficiente que ha de garantizar la subsistencia del hombre.

Por lo tanto, el contrato es cautivante por su utilidad e importancia en la sociedad. Genera bienestar, paz, equilibrio, calidad de vida y puede ser saboreado por cualquier profano (Messineo, 2018).

En cuanto a la investigación específica, la institución jurídica del contrato ha de ser un instrumento de auxilio inmediato y directo para la población de las personas mayores, la cual ve limitada sus posibilidades de contentura y autonomía a causa del abandono y la desconsideración social.

Consideramos que, entre todos los contratos, es el contrato de alimentos el más eficiente para garantizar a las personas mayores una vida digna.

El contrato de alimentos es un contrato oneroso y de prestaciones recíprocas —que involucran un dar y hacer— presumiblemente aparecido en el derecho romano, plenamente identificado en el derecho medieval y legislado por el derecho español, pero novedoso en la literatura jurídica peruana tanto en el ámbito contractual como en el de derecho de familia. Este contrato permite a la persona mayor contar no solo con un ingreso económico, sino también con cuidados, asistencia, atenciones, alimentación, compañía y calor de hogar. Prestaciones morales de gran importancia para las personas mayores.

Es de estimar que su incorporación y regulación en el Código Civil peruano sería oportuno y sus efectos no solo alcanzarían a las personas mayores sino también a las personas con discapacidad.

## DISCERNIMIENTO, DISCAPACIDAD Y EDAD PROPECTA

Es importante reflexionar sobre el contenido exacto de la palabra discernimiento, seguidamente —dada la importancia del discernimiento en el plano de las elecciones—

se comentará en específico sobre la derogación del inciso 2 del artículo 43 del Código Civil, mostrando nuestro desacuerdo (Código Civil, 1984). Finalmente, y haciendo uso correcto del término discernimiento, se concluirá en que la edad propecta, producto de la trayectoria de vida, no implica pérdida de discernimiento de manera automática, por lo tanto, no es oportuno poner barreras al ejercicio de la autonomía privada de las personas mayores, tampoco sugerir la presencia de ayudas, apoyos o salvaguardias ya que reiteramos, la edad propecta no es sinónimo de discapacidad.

Acerca de la propuesta denotativa del vocablo «discernimiento» y la evidencia textual por la que se prueba el pristino uso de dicho vocablo y su relación de causalidad, Waldemir Ayala Ríos, estudioso de lenguas antiguas y modernas, considera que “*cernere*” es el infinitivo —cuya traducción es ‘cribar’— al que no solo se le prefixa “*dis-*” que significa ‘en dos’, sino también se le sufixa “*-mentum*” que quiere decir ‘resultado’. “Discernimiento”, por consecuencia, queda filológicamente etimologizado como ‘resultado en dos partes luego de haber cribado’.

En la antigüedad, no tenía discernimiento quien se distanciaba de los “*mores maiorum*” (‘principios de los ancestros’), cuyo rol era el de brújula axiológica para el romano a quien, por consiguiente, lo convertía en un “*civis*” (‘ciudadano’).

También el discernimiento comporta el prudente ejercicio de la libertad a fin de asumir las consecuencias que de ella se derivan por la toma madura de decisiones, sobre todo, cuando de por medio está el beneficio social e individual. Si se decidía por el beneficio social, se esperaba la “*deificatio*” (‘deificación’) —consecuente de la “*ἀποθέωσις*” (‘apoteosis’)— que immortalizaba la memoria del altruista con el propósito de ser emulado por las generaciones venideras quienes así le reconocían su “*dignitas*” (‘intemporal impacto influyente’) en sumo grado.

Si se optaba por el beneficio individual, se aguardaba la “*damnatio memoriae*” (‘condena del recuerdo’). De este modo, el egocentrista pasaba al olvido y, con él, toda evidencia por la que fuere recordado para la posteridad. Hasta aquí, puede colegirse que es por medio de las acciones como se llega a saber cuánto

ha discernido una persona. Dicho de otra manera, por el discernimiento se interioriza lo que por el accionamiento se exterioriza. Consecuentemente, ya no es necesario haber entendido, sino es imprescindible haber bien comprendido con el fin de asegurar la comisión y consecución de actos encauzados por públicas y personales “*virtutes romanae*” (‘virtudes romanas’).

Por el discernimiento, se discrimina la verdad de las posverdades, puesto que —a través de ella— se aproxima a la realidad sin perversamente desdibujarla por causa de perniciosas tendencias ideologizadas que incluso trastocan la propia lengua materna. Sin el discernimiento, no es ágil aquilatar entre genuinas necesidades, las de primer orden, e inauténticas necesidades que son caprichos más bien (comunicación personal con Ayala Ríos de 18 de noviembre de 2020).

Por lo tanto, quien discierne tiene la posibilidad de diferenciar y depurar para luego elegir, además, serán las elecciones suyas las que en un plano de razonabilidad han de beneficiarlo; comprobándose con la elección y el resultado, no solo su nivel de entendimiento sino de comprensión.

Sobre la derogación del inciso 2 del artículo 43 (Decreto Legislativo N° 1384), ha tenido como timonel a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD, 2006) cuya finalidad es favorecer, resguardar y respaldar los derechos de las personas con discapacidad y hacerlos partícipes de relaciones jurídicas en igualdad de condiciones.

Al parecer, la comisión en un afán febril por adecuar las normas del Código Civil a los estándares de la convención, entendió que la palabra discernimiento era pernicioso y sin más, decidió derogarla y como consecuencia —fuera de lo razonable— los contratos celebrados por personas privadas de discernimiento alcanzan un nivel de validez, ya que estas personas que en la realidad no pueden diferenciar ni depurar, en virtud de la derogación mencionada, hoy son legalmente capaces y cuentan con “autodeterminación”.

Para soslayar críticas, han visto en los “apoyos” el puente mágico para que una persona privada de discernimiento pueda expresar su voluntad de manera oportuna. Pero este artificio no

es viable, ya que las personas privadas de discernimiento no pueden comprender ni expresar su voluntad y en este escenario la figura de un apoyo no tiene sentido, siendo apropiado, la figura de la representación y la incomprendida curatela. El ejemplo más contundente es el de una persona en estado de coma, quien por obvias razones esta privado de discernimiento y no existe sobre la faz de la tierra apoyo que pueda ayudarlo a expresar su voluntad (Castillo & Chipana, 2018).

El autor muestra su desacuerdo con la derogación de tan oportuno artículo e inciso y está a favor de la reincorporación de la palabra discernimiento, ya que esta es la fuerza motriz de la voluntad y permite entender los límites de la libertad y advertir la responsabilidad que implica su ejercicio. En consonancia, para la doctrina clásica el contrato es la máxima expresión de voluntad y debe celebrarse en presencia de los elementos: discernimiento, intención, libertad y libre albedrío; de ese modo, el ordenamiento jurídico ha de respaldar los efectos jurídicos que provienen de relaciones jurídicas voluntarias y lícitas.

En virtud de lo anterior, la palabra discernimiento o el enunciado “privado de discernimiento”, en nada ofende a las personas con discapacidad, muy por el contrario, dada la fórmula legal del derogado artículo, se decía con franqueza y realismo que las personas privadas de discernimiento son absolutamente incapaces, por lo tanto, no pueden celebrar contratos porque lógicamente ello siempre será un imposible físico, aunque hoy la ley le brinde posibilidad jurídica.

Si se restituyese el inciso 2 del artículo 43 del Código Civil peruano, este no alcanzaría a la población de las personas mayores, ya que edad propecta, discapacidad o falta de discernimiento, para nada son paralelos. Por lo tanto, el requerir certificado de salud mental que pruebe su discernimiento, bajo la presunción que carece de ello, sería discriminatorio y no se estaría garantizando el ejercicio de su capacidad jurídica como reza el artículo 3 de nuestro Código Civil (Código Civil, 1984).

Tampoco sería apropiado insinuar o presumir que toda persona mayor requiere de apoyos o salvaguardias, ya que como se verá más adelante, un gran porcentaje de las personas mayores gozan de lucidez y tanto en el presente,

como en tiempos pretéritos, fueron los más prolíficos creadores de obras intelectuales y sus opiniones robustecidas de inteligencia hicieron y hacen mucho bien a la sociedad. La figura de apoyos y salvaguardias, en líneas generales, ha de ser invocadas cuando una persona, sea la edad que tenga, tiene una discapacidad que le impide expresar su voluntad con claridad.

## **AUTONOMÍA**

Este punto de la investigación explica el contenido de la palabra «autonomía» desde las orillas de la literatura y filosofía, para luego determinar sus alcances etimológicos y jurídicos.

En la literatura, se evidencia el término autonomía en la obra de Sófocles intitulada *Antígona*. Como un dato adicional, otra de sus obras pertenecientes a la tragedia griega intitulada *Edipo en Colono* la escribió siendo Sófocles un nonagenario.

Continuando con la relación entre *Antígona* y «autonomía»; esta se hace notar cuando la protagonista se encuentra ante una disyuntiva; por un lado, entiende que no debe sepultar a un traidor, aunque se trate de su propio hermano y de otro lado su sentir fraternal la inquieta para hacerlo. La decisión final que ha de tomar es sepultar a su hermano y dicho proceder fue considerado por los demás como un acto altivo, y de manera despectiva y ofensiva la llamaron “autónomos”. Hoy, ese calificativo no es injurioso y muy por el contrario goza de gran fortuna para la humanidad.

Para la filosofía en general, la autonomía es el dominio propio que permite regentarse a uno mismo; para la filosofía del Derecho — representada por el filósofo alemán Immanuel Kant— la autonomía vincula la voluntad con una norma, eso quiere decir que la voluntad sustentada en una razón práctica es suficiente para crear una norma que ha de vincularlo con exclusividad a las partes intervinientes, por lo tanto, el ser humano puede auto-legislarse.

Continuando con la reflexión filosófica, la autonomía está emparentada con la libertad y el libre albedrío. Se considera a la libertad como un derecho contemporáneo cuya titularidad le corresponde a cualquier ser humano.

El libre albedrío es una representación etérea y gloriosa, que hace posible el desarrollo de la voluntad y permite al ser humano convertirse en una persona que ejercite sus capacidades y cumpla con sus deberes y obligaciones.

Para el Derecho, la libertad está relacionada a la posibilidad de elección ante un plexo de posibilidades. Esta elección ha de producirse sin coacción o subordinación, en un ambiente de soberanía e independencia ya que el sujeto no debe ser condicionado o influenciado por otro. En caso la voluntad sea forzada, esta será viciada.

Una vez ejercida la libertad mediante una acción u omisión, cabe la posibilidad de responder por la ocurrencia de daños. Recordemos que la libertad no siempre se lleva a cabo en un contexto de licitud; el derecho también se pronuncia sobre actos contrarios a derecho. Si en pleno ejercicio de su libertad una persona comete una falta o delito, se han de activar las alarmas del Derecho, pero si nuestra libertad se expresa dentro de los estándares jurídicos permitidos (Schlesinger, 2002) dotaran a este acto jurídico de validez y eficacia.

Además, la libertad hace posible la creación de una norma jurídica de alcance intersubjetivo, por lo tanto, la prosperidad de la voluntad y la libertad permitirá al sujeto autodeterminarse.

Prosiguiendo con la reflexión, de acuerdo con la etimología, la palabra autonomía está compuesta de dos vocablos: «auto» que significa “propio” o “por sí mismo” y «nomos» que hace referencia a “norma”. Por lo tanto, autonomía ha de referirse a que uno mismo puede crear una norma.

Con el párrafo anterior se fortalece la idea de que un sujeto con capacidad jurídica tiene la facultad de crear una norma que ha de servir para satisfacer sus intereses personales e inmediatos o ha de obligarlo con otro sujeto, también determinado y autónomo.

La palabra autonomía proviene del griego «*αὐτονομία*» que puede ser contextualizada en la esfera del acto jurídico como la posibilidad que tiene todo sujeto con capacidad de ejercicio de crear una norma jurídica. Piénsese en un contrato de arrendamiento, el arrendador tiene la voluntad de conceder el derecho de uso a otro sujeto, motivado por la renta o merced conductiva que ha de recibir; en cuanto celebre

el contrato con el arrendatario, ha de generarse una norma jurídica de competencia exclusiva instrumentalizada en el contrato.

Esta norma contempla derechos, deberes y obligaciones, pertinente solo a los contratantes. Por ello, aunque se diga que todo ser humano puede crear una norma jurídica, cabe aclarar que esta norma no es técnicamente una norma jurídica ya que no tiene eficacia social (Espinoza, 2017) como lo tiene una ley que es de obligatorio cumplimiento para todos; su alcance está restringida a las partes que han celebrado el acto jurídico o contrato, motivados por una necesidad o interés específico. En este contexto los sujetos regulan sus propios intereses (Torres, 2018) sin intervención el Estado y ello debe conocerse como reglas de conducta o poder de reglamentación (Diez-Picazo & Gullón, 2018), pero de ninguna manera como norma jurídica.

Así también, debe deslindarse con el concepto de autonomía de la moral ya que esta nace en uno mismo y ha de permanecer en el fuero interno. No hay sujeción ni vinculación con otro, como si sucede en la celebración de un contrato, donde las partes deben cumplir con determinadas prestaciones bajo la atenta mirada del derecho.

¿Y qué hay del término heteronimia o heterónomos?

En griego, heterónomos hace referencia a una situación en la cual somos “dependiente de otros” o cuando hay una renuncia o negación a la autodeterminación.

En cercanía, la “heteronomía de la voluntad”, la cual es una tesis kantiana que provoca una acción fuera de la razón, que nace no como consecuencia de la voluntad del individuo, sino por algo ajeno a ella, impuestas por otros sujetos. Piénsese en las relaciones entre padres (emisores) e hijos menores (receptores); el padre con sus mandatos y consejos han de beneficiar en la formación del hijo, imponiéndose en las decisiones y la voluntad del menor, hasta que este obtenga madurez y facultad legal para autorregularse. Para un estudio más detallado del tema se podría consultar la evolución del juicio moral de Piaget y Kohlberg, que reconoce una fase heterónoma (4 a 8 años) y una fase autónoma (9 a 12 años). Durante este intervalo, lo usual



es que el menor no podrá discutir o impedir los mandatos y consejos del padre, como tampoco un sujeto podrá cuestionar, discutir o evadir una norma de obligatorio cumplimiento como podría ser la obligación de pagar impuestos o el saneamiento por evicción o vicios ocultos en los contratos de compraventa.

Dada la explicación anterior, podemos arribar que heteronomía es lo mismo que heterónimo, pero no ocurre lo mismo con heteronimia. Este último que etimológicamente se puede reconocer como hetero (diferente) y ónoma (nombre) forma parte de un fenómeno lingüístico que da lugar a que dos palabras con significado cercano tengan raíces diferentes.

Para finalizar, explicaremos en que consiste el “dirigismo contractual” y adelantamos que es el límite formal de la autonomía.

Tanto la libertad como la autonomía no son absolutos, ambas tienen un límite, con el fin principal de evitar conflictos y daños. Estos límites no deberían ser tan holgados ni ceñidos ya que podrían causar desorden, caos o exterminar toda posibilidad de autonomía reflejada en la inexistencia de contratos.

La libertad y autonomía deben desarrollarse con profundo respeto y consideración a la ley, cualquier persona que tenga los atributos para ejercerla no puede atentar contra el orden público o las buenas costumbres. En consecuencia, cuando la autonomía vulnere el ordenamiento jurídico, encontrará en el dirigismo contractual su límite.

## **LA AUTONOMÍA EN LA EDAD PROVECTA**

A José Saramago se le atribuye un poema sobre la vejez donde exalta la posibilidad que tiene la persona mayor de decir lo que siente, sin miedos ni cuestionamientos; hacer lo que le plazca, sin temor al hundimiento o frustración, por lo tanto, vivir con autodeterminación.

Sin embargo, la realidad se aleja tristemente del contenido de este poema; hoy no se valora la experiencia y el esfuerzo que hicieron las personas mayores por construir nuestro presente; hoy la ingratitud y el individualismo pesan más; hoy el derecho público y privado los desprotegen; hoy la edad provecta es sinónimo de discapacidad; hoy la persona mayor va

perdiendo raudamente el dominio sobre su vida y la administración de su patrimonio y a la par, son maltratados por el Estado, desconsiderados por la sociedad y en muchos casos olvidados por su propia familia.

Así también, a las personas mayores se les considera una carga económica, olvidando —quizás dolosamente— que muchos de ellos, cuentan con un patrimonio que le puede garantizar una vida con dignidad (Mejía, 2020).

Dicho patrimonio en ocasiones es administrado abusiva y hasta ilegítimamente por sus hijos u otros parientes, bajo el argumento de que su autonomía es limitada por el solo hecho de su edad provecta. Iguales concepciones tienen algunas entidades públicas y privadas.

En vista a ello, es necesario repensar el derecho y evitar cualquier traba a la autodeterminación de las personas mayores, sobre todo al momento de celebrar actos jurídicos que han de beneficiarlo directamente.

Seguidamente brindamos algunos datos sobre la población de las personas mayores en el Perú y el porcentaje de personas que padecen una discapacidad que les impide comprender y entender.

En el año 2020, en plena crisis sanitaria, la población de las personas mayores muestra un crecimiento constante, representando el 12.7 % de la población nacional (INEI, 2020).

Sobre este colectivo, solo el 7.1 % padece de discapacidad para entender o aprender. Este grupo reducido de personas, de acuerdo con las modificaciones hechas por el Código Civil, especialmente con la derogación del inciso 2 del artículo 43 y del inciso 3 del artículo 44 (Código Civil, 1984), tienen plena capacidad jurídica y de ser el caso, requerirán de apoyos y salvaguardias para que expresen su voluntad de manera plena ya que la posibilidad de elegir o decidir, aun equivocadamente es un derecho que descansa en la dignidad de las personas.

Sobre lo anterior, ya expresamos nuestro parecer por la falta de sistemática en la derogación de estos incisos y la inmerecida mala fama de la palabra discernimiento, además, consideramos que no existe sobre la faz de la tierra apoyo o salvaguardia que ayude a expresar la voluntad de una persona que no puede entender o comprender. Sin embargo,

así están dadas las cosas, sin asomo de la interdicción o curatela ante la presencia de una persona con Alzheimer, que es la demencia senil más común a nivel mundial.

En contraste a lo anterior, el número de personas mayores con lucidez, sensatez, raciocinio y perspicacia es superior, no obstante, creemos que la sociedad presume que edad prolecta es sinónimo de discapacidad, por ello, como en el caso de las notarías, les requieren como requisito la entrega del certificado de salud mental para que puedan celebrar un acto jurídico, siendo este pedido discriminatorio por el hecho de la edad y además es una barrera que fatiga el ejercicio de la autonomía o autodeterminación de la persona mayor.

Pero *¿será cierto que con la edad prolecta perdemos capacidad y, por lo tanto, debemos mostrar un documento que pruebe lo contrario?*

Sobre la relación entre capacidad y edad prolecta, el profesor Carlos Ramos Núñez realiza un aporte interesante sobre la idea de autodeterminación y capacidad de las personas mayores en el siglo XIX (Ramos, 2002). El magistrado del Tribunal Constitucional del Perú nos recuerda que Mariano I. Prado y Ugarteche reflexionó sobre la incapacidad por motivo de patologías en la edad prolecta que limitaban su libertad, intención y discernimiento, las cuales son pieza clave de una voluntad incuestionable; lo interesante del pensamiento de Mariano I. Prado y Ugarteche fue que no relacionaba edad prolecta con senilidad, tampoco determinó una edad para deslegitimar o infravalorar la voluntad de las personas mayores. También menciona a Manuel de Lorenzo y Vidaurre quien consideró que dependiendo del género y la edad de la persona mayor se les debe negar la facultad de contraer matrimonio, con mayor precisión, estimó que los varones mayores de 65 años y las damas mayores de 55 años no podía contraer matrimonio sin la autorización del juez. Línea seguida identifica a Lino Cornejo y su propuesta de establecer una edad que determine la pérdida de la capacidad jurídica, sosteniendo que los años deterioraban las capacidades físicas y cognitivas de las personas, volviéndose seres vulnerables sobre su patrimonio.

Notamos opiniones distintas sobre la edad prolecta y la pérdida inminente de capacidad, por un lado, el no emparentar edad prolecta

con senilidad ya que la edad no es limitante para el ejercicio de la autonomía, con la cual estamos de acuerdo y de otro lado, cercar los límites de la autodeterminación bajo el argumento que en razón no solo de la edad sino también del género se debe negar autonomía, la edad prolecta trae dolencias y discapacidades que es mejor apartarlo de las relaciones jurídicas voluntarias.

El artículo 42 del Código Civil prescribe que toda persona al alcanzar la mayoría de edad ha de ejercer sin limitaciones su capacidad jurídica, aun padeciendo alguna discapacidad. Este artículo considera a la edad como un referente para el inicio de la plena capacidad de ejercicio, pero de ninguna manera para la extinción de esta, por lo tanto, no se debe cuestionar ni dejar de oír a una persona por el solo hecho de estar en la edad prolecta, no se le puede privar de autonomía (Código Civil, 1984).

De igual manera, el artículo 5 de la *Ley de la persona adulta mayor*, reconoce diversos derechos a favor de las personas mayores; entre ellos, gozar de una vida digna, no ser diferenciados ni ofendidos por razón de su edad, tener igualdad de oportunidades, recibir información en los trámites que realice y sobre todo que se respete su autonomía (Ley N° 30490, 2016)

Sobre el requerimiento a toda persona mayor de un certificado de salud mental para poder ejercer su autonomía en sede notarial, como ya mencionamos, consideramos que es un acto de discriminación y una barrera social.

Al leer el Código Civil, fundamentalmente el artículo 3, notamos que la capacidad de ejercicio puede ser limitada, pero mediante una ley (Código Civil, 1984). Empero, en la actualidad ninguna ley avala el pedido que hacen la gran mayoría de notarías a las personas mayores, de mostrar un certificado de salud mental que pruebe su capacidad, y con ello esta población vulnerable debe gastar tiempo y recursos para gestionar dicho certificado, siendo esto un acto discriminatorio por razón de edad y una barrera al ejercicio de su autonomía.

La ciencia ha precisado que el número de personas mayores que se encuentran en pleno uso de sus facultades es considerable y solo un número reducido padece una discapacidad mental y con la nueva regulación civil, este grupo humano —carente de entendimiento y

comprensión— tiene plena capacidad jurídica haciendo uso de apoyos y salvaguardias para expresar su voluntad y no requiriendo de representantes legales como bien menciona el artículo 45-A (Código Civil, 1984). En tal sentido, la exigencia de este certificado sigue siendo pernicioso por el costo y el tiempo empleado para dicho fin.

El autor se mantiene firme en que el requerimiento del certificado de salud mental es un acto discriminatorio y una barrera social que limita su autonomía.

Por consiguiente, no es oportuno que las notarías relacionen arbitrariamente vejez con discapacidad, ya que muchos adultos mayores cuentan con excelente capacidad intelectual y reflexiva, además, la presunción de capacidad jurídica está presente de manera continua desde la mayoría de edad.

## PROPUESTA

En líneas generales, se propone que a la persona mayor se le brinde todas las facilidades en armonía con la legislación nacional para que puede ejercer su autonomía, principalmente en el ámbito notarial. Más aún si los actos jurídicos a celebrar han de beneficiarlo directamente como podría ser una renta vitalicia, seguro médico, hipoteca inversa o contrato de alimentos.

Cabe recomendar, también, que los notarios tengan mayor compromiso con su función, y que la exigencia del certificado de salud mental sea la excepción luego que este se haya entrevistado con la persona mayor y no por el solo hecho de tener determinada edad. Debe enfatizarse que el notario es el profesional que comprueba hechos, siendo la capacidad un hecho posible de confirmar mediante la interacción con el solicitante.

## CONCLUSIONES

El contrato es una construcción artística y poética que beneficia a la sociedad con bienestar, satisfacción de intereses y calidad de vida. En cuanto a las personas mayores el objeto del contrato de alimentos le es propicio para garantizarles calidad de vida, por lo tanto, dicho contrato debe ser tipificado en el Código Civil peruano.

La palabra discernimiento supera el entendimiento y aspira a la comprensión. Quien discierne puede refinar y diferenciar las opciones y alternativas que han de beneficiarlo o perjudicarlo, eligiendo por la más prudente y favorecedora.

El artículo 3 del Código Civil reconoce la capacidad jurídica de todas las personas y no considera a la edad como un factor para su extinción. Por lo tanto, cuando la notaría solicita por el solo hecho de ser persona mayor un certificado de salud mental, se está generando una barrera para el ejercicio de su autonomía.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Fuentes bibliográficas

Diez-Picazo, L & Gullón, A, (2018), *Sistema de Derecho Civil*, Madrid – España, Tecnos.

Espinoza, J, (2017), *Acto jurídico negocial*, Lima – Perú, Pacífico Editores.

Messineo, F, (2018), *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires – Argentina, Olejnik.

Ramos, C, (2002), *Historia del Derecho Civil peruano. Siglos XIX y XX*, Lima – Perú, PUCP.

Torres, A, (2018), *Acto jurídico*, Lima – Perú, Jurista Editores.

### Fuentes hemerográficas

Castillo, Mario & Chipana, Jhoel, “La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad”, *Gaceta civil & procesal civil*, Núm. 65 (2018): 45-50.

Isolina, María, “Autonomía y vulnerabilidad en la vejez: respuestas judiciales emblemáticas”, *Revista de Derecho Privado*, Núm. 34 (2018): 53-85.

Schlesinger, Piero, “La autonomía privada y sus límites.” *Proceso & Justicia*, *Revista de Derecho Procesal*, Núm. 3 (2002): 291-301

### Fuentes electrónicas

INEI, “Situación de la Población Adulta Mayor: abril, mayo junio 2020”, (2020), Recuperado de: <https://www.inei.gob.pe/biblioteca-virtual/boletines/ninez-y-adulto-mayor/1/>. Consulta: 5 de diciembre de 2020.



Mejía, Rosalía, “II Congreso Nacional e Internacional de acceso a la justicia para las personas adulto-mayores”, (2020), [Youtube], Carlos Calderón Puertas (dir.). Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=z18rUGh7kmA>. Consulta: 7 de diciembre de 2020.

### **Legislación**

Código Civil. Decreto Legislativo N° 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú)

Decreto Legislativo N° 1384. Que reconoce y regula a la capacidad de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. Diario Oficial El Peruano (2018). <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-reconoce-y-regula-la-capacidad-jurid-decreto-legislativo-n-1384-1687393-2/>

Ley N° 30490. Ley de la persona adulta mayor. Diario Oficial El Peruano (2016). <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/ley-de-la-persona-adulta-mayor-ley-n-30490-1407242-1/>

Asamblea de Naciones Unidas (2006). Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. [www.un.org](http://www.un.org).

### **Comunicación personal**

Waldemir Ayala Ríos, comunicación personal, 18 de noviembre de 2020.