

Lima, 30 de octubre de 2023

Señores
Colegio de Notarios de Lima
Presente.-

Atención: Señor doctor
Edgardo Hopkins Torres
Decano.
Referencia: Consulta
sobre Informe
CONADIS.

I. MATERIA CONSULTADA

Se nos ha consultado sobre los actos que pueden realizar los notarios, dentro de la legislación vigente, para verificar la capacidad de las personas que celebran actos jurídicos con intervención notarial; pero, fundamentalmente, cuál es la perspectiva de la capacidad y la fe notarial sobre la voluntad manifestada por las personas a quienes brindan servicios.

II. ANTECEDENTES

- La suscripción y ratificación del Estado Peruano de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que tiene como propósito “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad y promover el respeto de su dignidad inherente”, realizada mediante Resolución Legislativa n.º 29127 y Decreto Supremo n.º 073-2007-RE, que entró en vigencia el 3 de mayo de 2008.

EMACFRE S.A.C.
Calle Las Palmeras 324
San Isidro (15073), Lima - Perú
Central: (51-1) 200-9090
(51-1) 422-6152
E-mail: estudio@castillofreyre.com
www.castillofreyre.com

- El artículo 12 de la Convención, que establece que los Estados Parte reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, garantizando el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida y adoptando las medidas que sean pertinentes y efectivas para ello.
- La suscripción y ratificación, por parte del Estado peruano, de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que establece un catálogo de derechos de las personas mayores, acompañado por “mecanismos de seguimiento a su implementación, asesoría técnica y justiciabilidad (*sic*) en el sistema interamericano de derechos humanos”, realizada mediante Resolución Legislativa n.º 31090, y Decreto Supremo n.º 044-2020-RE, habiendo entrado en vigencia el 31 de marzo de 2021.
- El artículo 7 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que “reconoce el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos”.
- El artículo 30 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, que establece que los Estados parte reafirman que la persona mayor tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, garantizando el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida y adoptando las medidas que sean pertinentes y efectivas para ello.

- La Ley n.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, que establece el marco legal para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de la persona con discapacidad, promoviendo su desarrollo e inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica.
- El Decreto Legislativo n.º 1384, que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones, el cual derogó, modificó y adicionó diferentes artículos del Código Civil, determinando la eliminación de la interdicción por razones de discapacidad y estableciéndose el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.
- El Informe Técnico Vinculante n.º D000004-2023-CONADIS-DPI (en adelante, el Informe Técnico Vinculante), de fecha 29 de septiembre de 2023, que concluye que las personas adultas mayores con discapacidad intelectual y psicosocial, tienen derecho a expresar su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás personas.

III. ANÁLISIS

III.I. Sobre la igualdad jurídica de las personas adultas mayores con discapacidad intelectual y psicosocial

A raíz de la promulgación del Decreto Legislativo n.º 1384, Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, en el año 2018, la doctrina peruana emitió comentarios a favor y en contra de sus disposiciones.

Evidentemente, la finalidad del Decreto Legislativo era reconocer la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad y eliminar (sólo para ellas) el régimen de la interdicción. Para tal efecto, sus disposiciones

derogaron e implementaron diversas normas dirigidas a eliminar el régimen de capacidad existente e implementar uno nuevo, en el cual, todas las personas tenían capacidad jurídica.

A mayor abundamiento, a través del referido Decreto Legislativo, se modificó el régimen de incapacidad relativa y, en su lugar, se incorporó el régimen de capacidad de ejercicio restringida.

A manera de ilustración, los cambios centrales que realizó la norma promulgada en el año 2018, en materia de capacidad, fueron los siguientes:

Código Civil	Decreto Legislativo n.º1384
<p><u>Artículo 3.-</u> Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley.</p>	<p>Capacidad jurídica <u>Artículo 3.-</u> Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.</p>
<p><u>Artículo 42.-</u> Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.</p>	<p>Capacidad de ejercicio plena <u>Artículo 42.-</u> Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o</p>

	<p>apoyos para la manifestación de su voluntad. Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.</p>
<p><u>Artículo 43.-</u> Son absolutamente incapaces:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. 3.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. 	<p>Incapacidad absoluta</p> <p><u>Artículo 44.-</u> Son absolutamente incapaces:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2.- <i>Derogado</i> 3.- <i>Derogado</i>
<p><u>Artículo 44.-</u> Son relativamente incapaces:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2.- Los retardados mentales. 3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. 4.- Los pródigos. 	<p>Capacidad de ejercicio restringida</p> <p><u>Artículo 44.-</u> Tienen capacidad de ejercicio restringida:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2.- <i>Derogado</i> 3.- <i>Derogado</i> 4.- Los pródigos. 5.- Los que incurren en mala gestión. 6.- Los ebrios habituales. 7.- Los toxicómanos.

5.- Los que incurren en mala gestión.	8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.
6.- Los ebrios habituales.	9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.
7.- Los toxicómanos.	
8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.	

Como se puede observar, el Código Civil determina que el único caso en el cual una persona es absolutamente incapaz es cuando sea menor de 16 años, salvo para aquellos actos determinados por ley.

Asimismo, en la actualidad, determina también que tienen capacidad restringida las siguientes personas: i) Mayores de 16 y menores de 18 años, ii) Los pródigos, iii) Los que incurren en mala gestión, iv) Los ebrios habituales, v) Los toxicómanos, vi) Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil y vii) Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

Entonces, como señalan los artículos 3 y 42 del Código Civil, en el terreno estrictamente jurídico, las personas enumeradas en el párrafo anterior tienen capacidad en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

Sobre este tema, en el año 2021 nos pronunciamos ampliamente¹, en nuestro libro *Derecho de las Personas Naturales y Jurídicas*:

«El tema de la capacidad no sólo deriva de la ley. En lo fundamental, deriva de la naturaleza.

¹ CASTILLO FREYRE, Mario. «Derecho de las personas Naturales y jurídicas». Gaceta Jurídica: Lima, 2021, pp. 105-106.

Por ejemplo, un ser humano que, por desgracia sea mayor de edad y no pueda expresar —de manera alguna su voluntad— obviamente es una persona realmente incapaz.

Ahora bien, una ley podrá convertirla en una persona capaz, pues las leyes están llenas de ficciones, fundamentalmente en el Derecho Civil.

Lo inverso también puede ocurrir. Veamos el caso del ebrio habitual. Conozco a varios ebrios habituales que son personas plenamente capaces. Más capaces que muchos que no lo son. Buenos hombres de negocios, buenos profesionales, buenos padres de familia, etc. Pero también son muy buenos tomando alcohol. Si esas familias desearan inhabilitar a las personas en cuestión, lo podrían hacer y, de este modo, serían declaradas personas con capacidad de ejercicio restringida (antes, incapaces relativos), por el artículo 44, inciso 6 del Código Civil.

Nótese cómo, por ficción de la ley, se le puede restar plena capacidad a personas que en la vida real tienen infinitas aptitudes y un solo defecto.

La ley (el Derecho positivo) puede hacer muchas cosas; la ley puede decir que lo blanco es negro y que lo negro es blanco. Puede hacerlo. Puede, en buena cuenta, torcer la realidad.

El régimen con respecto a la capacidad que tenía el Código, en su texto original de 1984, partía del valor

entendido de que todas las personas mayores de edad tenían plena capacidad de ejercicio.

En otras palabras, hablando estrictamente en el terreno jurídico, nadie mayor de dieciocho años era considerado incapaz. Pues para que lo fuera, era necesario declararlo judicialmente como tal.

Así, los que por cualquier causa se encontraran privados de discernimiento (antiguo inciso 2 del artículo 43); los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable (antiguo inciso 3 del artículo 43), eran consideradas personas capaces hasta que judicialmente se les declarase interdictas.

Nótese que la ley peruana nunca presumió la incapacidad. Ella debía ser declarada judicialmente, previa pericia sobre la persona en cuestión.»

Entonces, los efectos de la norma son únicamente jurídicos, el hecho de que todas las personas son capaces en igualdad de condiciones es, sólo una ficción legal. Evidentemente, una persona con determinada discapacidad podrá no tener la misma facilidad para expresar su voluntad que una persona que no tiene esa discapacidad y, en los hechos, el panorama no será diferente sólo porque una ley así lo haya estipulado.

No obstante, como lo hemos mencionado en innumerables ocasiones, si hubiera alguna ley que cambiara la realidad y transformara en capaces, física o mentalmente hablando, a las personas con alguna discapacidad, seríamos

los primeros en querer firmarla, pero lamentablemente las leyes no tienen esos efectos prácticos en el físico o en la psiquis de las personas.

Por otro lado, debemos señalar también que, para los fines del presente Informe, deberá distinguirse entre los conceptos de **capacidad jurídica y formación y manifestación de la voluntad de esa persona.**

A mayor abundamiento, resulta meridianamente claro que, según el artículo 42 del Código Civil, todas las personas mayores de dieciocho años tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones, pero es aún más claro el hecho de que aun cuando el grupo antes mencionado tenga capacidad jurídica, no todas esas personas podrán formar con lucidez su voluntad y luego expresarla, incluso, con la ayuda de un apoyo. Esta última situación es reconocida por los incisos 7 y 8 del artículo 2 del Decreto Supremo n.º 016-2019-MIMP:

«Artículo 2.- Definiciones Para la aplicación de las disposiciones del Código Civil en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad y el presente Reglamento, se establecen las siguientes definiciones:

[...]

7. Persona con discapacidad que puede manifestar su voluntad.- Aquella persona con discapacidad que, independientemente de contar con las medidas de accesibilidad y/o ajustes razonables, establece comunicación e interacción con el entorno y manifiesta de manera expresa comprender los alcances y efectos que produce la realización del acto jurídico de designación, así como de las facultades que le otorgará a las personas de apoyo.

8. Persona con discapacidad que no puede manifestar su voluntad.- Aquella persona con discapacidad que a pesar de contar con las medidas de accesibilidad, utilizar ajustes razonables, y realizar los esfuerzos reales, considerables o pertinentes, no logra establecer comunicación e interacción con su entorno.»

Adicionalmente, resaltamos que el Informe Técnico Vinculante señala que en la Observación General n.º 1 del Comité de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, reconoce la diferencia entre capacidad mental y la capacidad jurídica:

«Por un lado, la capacidad jurídica implica la titularidad y el ejercicio de derechos y obligaciones legales. Por otro lado, la capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para tomar decisiones, la cual puede variar de una persona a otra y también puede ser influenciada por factores ambientales y sociales.»

Continuaremos el desarrollo del presente Informe en el valor entendido de que todas las personas, incluso las personas adultas mayores con discapacidad, tienen capacidad jurídica de celebrar actos jurídicos en igualdad de condiciones a las personas que no se encuentran dentro de los supuestos comprendidos en los artículos 43 y 44 del Código Civil. Ese es el régimen legal que impera, claramente desde el 2018, al respecto en el Perú.

No obstante, siempre debemos distinguir a las personas con discapacidad que pueden manifestar su voluntad de aquellas que no pueden hacerlo, distinción que, como hemos visto, es efectuada por la propia ley peruana. Y, dentro de las personas con discapacidad, en uno y otro caso, siempre deberá estar presente el elemento de la lucidez para formar su voluntad; esto, sobre

todo cuando se va a requerir de la intervención notarial para dar fe pública de los actos celebrados por esas personas.

III.II. Sobre la celebración de actos jurídicos con intervención notarial de las personas adultas mayores con discapacidad

Ahora bien, si jurídicamente las personas con capacidad de ejercicio restringida, son iguales a las personas que no tienen alguna discapacidad alguna, bajo el entendido de la norma, si bien las primeras necesitarán medios para que su voluntad se exprese de la manera más fiel posible, en ambos casos, en principio, no habría inconveniente en la manifestación de voluntades y por tanto, en la celebración de actos jurídicos.

En otras palabras, bajo la igualdad declarada por la norma, las personas con capacidad de ejercicio restringida, e incluso, con incapacidad física o mental absoluta, podrían celebrar actos jurídicos como lo hacen las personas con capacidad de ejercicio plena. Aunque suene extraño, eso es así en el plano formal, pero, en verdad, pensamos que en estas normas legales existe un alto componente demagógico, pues no se puede por norma legal derogar la ley de la gravedad.

Ahora bien, como resulta evidente, muchos de los actos jurídicos relevantes se celebran ante notarios. Por ejemplo, el otorgamiento de un testamento, donaciones, anticipos de herencia, compraventas e incluso, desde hace poco, matrimonios, entre tantos otros.

Estos actos se celebran con intervención del notario, el cual encuentra su rol definido en el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1049, Ley del Notariado:

«El notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes. Su función también comprende la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia.»
[Énfasis agregado]

El mismo cuerpo normativo, dispone en su artículo 54 que en el contenido de la introducción del registro de escrituras públicas, entre otras cosas, deberá constar la fe del notario de la capacidad, libertad y conocimiento con el que se obligan los contratantes:

«Artículo 54.- Contenido de la Introducción

La introducción expresará:

- a) Lugar y fecha de extensión del instrumento.
- b) Nombre del notario.
- c) Nombre, nacionalidad, estado civil, domicilio y profesión u ocupación de los otorgantes; seguida de la indicación que proceden por su propio derecho.
- d) El documento nacional de identidad —D.N.I.— y los legalmente establecidos para la identificación de extranjeros.
- e) La circunstancia de intervenir en el instrumento una persona en representación de otra, con indicación del documento que lo autoriza.
- f) La circunstancia de intervenir un intérprete en el caso de que alguno de los otorgantes ignore el idioma en el que se redacta el instrumento.

g) La indicación de intervenir una persona, llevada por el otorgante, en el caso de que éste sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar, sea ciego o tenga otro defecto que haga dudosa su habilidad, sin perjuicio de que imprima su huella digital. A esta persona no le alcanza el impedimento de parentesco que señala esta Ley para el caso de intervención de testigos.

h) La fe del notario de la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los otorgantes.

i) La indicación de extenderse el instrumento con minuta o sin ella; y,

j) Cualquier dato requerido por ley, que soliciten los otorgantes o que sea necesario a criterio del notario.»

[Énfasis agregado]

En esa línea, para que el notario pueda dar fe de la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los otorgantes, realiza un examen o entrevista que evalúa los aspectos de espacio, tiempo, persona y libertad de coacción.

Nótese, entonces, que cuando la Ley del Notariado se refiere a la capacidad de la persona, no está haciendo alusión única y exclusivamente a su capacidad jurídica, como podría ser el caso de que el otorgante sea mayor de edad o no esté interdicto, por ejemplo, por ser pródigo. Cuando la citada ley hace referencia a la capacidad, también se está refiriendo a la capacidad real que debe tener cualquier persona para formar de manera lúcida y para manifestar (para esto último, con o sin apoyos) su voluntad.

Resulta pertinente señalar que, el examen o entrevista que deberá realizar el notario al otorgante, de acuerdo a los parámetros que busca identificar, se desarrolla de la siguiente manera:

- Sobre el parámetro persona:

El notario realiza preguntas dirigidas a conocer experiencias de la persona, ya sea laborales, personales u otros aspectos relevantes. Además, se puede solicitar información básica como el nombre, la edad y el estado civil, entre otros datos de identificación.

- Sobre el parámetro tiempo:

El notario realiza preguntas dirigidas a conocer eventos importantes o sucesos recientes en la historia de la persona; con ello, podrá advertir si ella se encuentra en la capacidad de ubicarse en el tiempo pasado y presente.

- Sobre el parámetro espacio:

El notario realiza preguntas dirigidas a conocer si la persona se encuentra consciente de su ubicación, por ejemplo, en qué lugar se celebra el acto jurídico, teniendo en cuenta que si bien la mayoría se celebra en la misma notaría, es posible que también se celebre en el domicilio de los propios otorgantes.

Asimismo, el Informe Técnico Vinculante emitido por el CONADIS, en el numeral 5.2.7. identifica el objeto de la realización de esta entrevista:

«Por lo mencionado, la verificación de capacidad y voluntad de personas adultas mayores con discapacidad

EMACFRE S.A.C.
Calle Las Palmeras 324
San Isidro (15073), Lima - Perú
Central: (51-1) 200-9090
(51-1) 422-6152
E-mail: estudio@castillofreyre.com
www.castillofreyre.com

no tiene como objeto medir sus limitaciones, ya sea mediante pruebas de inteligencia u otros documentos, tales como el certificado de salud mental o historial médico. Por el contrario, es garantizar que la persona manifieste una voluntad informada, consciente y libremente expresada, aunque la persona requiera de un alto nivel de apoyo para formarla.»

De manera que, se colige que el denominado Informe Técnico Vinculante reconoce también que el examen que realizan los notarios para verificar la capacidad de los otorgantes tiene como finalidad garantizar que la persona manifieste una voluntad informada, consciente y esencialmente libre, lo que, lleva implícito que ese examen que realiza el notario pueda arrojar un resultado negativo. Del propio Informe del CONADIS se colige que el examen de la capacidad de la persona no se limita a la verificación de su capacidad jurídica. Eso es obvio.

Si nos situamos en el supuesto en que el examen se realice a una persona mayor con discapacidad, puede suceder que el notario considere que sus respuestas no son coherentes con la realidad o no se encuentre consciente de las consecuencias del acto jurídico que pretende celebrar y, en ese caso, el notario considere pertinente solicitar un certificado de salud mental.

Nótese que este certificado puede servir para terminar de convencer al notario de que la persona se encuentra en pleno uso de facultades o convencerlo de lo contrario. Naturalmente que habrá casos en los cuales el notario no solicitará siquiera el referido certificado, en la medida de que con el examen personal estará convencido de que la persona en cuestión no se halla en uso de sus facultades mentales.

Conforme a los datos proporcionados por el Informe Técnico Vinculante, la tercera parte de la muestra de las Notarías que según el CONADIS fueron entrevistadas, solicitan el certificado:

«Por un lado, el 33.33% de notarías que fueron entrevistadas manifestaron que se solicitan los certificados de salud mental en sus establecimientos para la realización de algún acto por parte de la persona adulta mayor con discapacidad, para evitar que terceros o hijos puedan demandar a la notaría y generarse un procedimiento administrativo disciplinario por parte del Consejo Notarial.»

Más allá de la fidelidad estadística de la muestra y de los empleados de las notarías que supuestamente han sido consultados al efecto, materias que no son objeto de este informe, debemos decir que, hasta antes de la emisión del Informe Técnico Vinculante, no existía opinión de un organismo del Estado que permitiera pensar que la solicitud del certificado de salud mental constituyera una barrera actitudinal o fuera una actuación contraria a la ley.

Sobre esto último, debemos resaltar que el propio Informe Técnico Vinculante ha reconocido que existe una laguna legal en cuanto a la obligatoriedad de solicitar el certificado de salud mental, la cual deja a la libre interpretación del notario el requerimiento del certificado.

Entonces, si el notario debe dar fe de la capacidad (real y legal), libertad y conocimiento con los que se obligan los otorgantes, no resulta absurdo o irracional que se solicite un certificado de salud mental, en tanto, como lo veremos más adelante, si el notario da fe pública de una circunstancia que no se condice con la realidad, incurrirá en responsabilidad administrativa, civil e incluso penal.

III. Sobre la necesidad del notario de solicitar, en algunos casos, el certificado de salud mental

Bajo el entendido de las citadas disposiciones de la Ley del Notariado, el notario puede recurrir a los mecanismos que considere pertinentes para verificar la capacidad real de las personas que pretenden celebrar actos jurídicos sobre los que se pide dar fe pública al notario.

El ejercicio es similar a la verificación de identidad, pues la propia ley establece que el notario puede valerse de diversos mecanismos para identificar a los otorgantes; ello se colige de una interpretación sistemática de los siguientes artículos:

«Artículo 55.- El notario dará fe de conocer a los otorgantes y/o intervinientes o de haberlos identificado, conforme a lo siguiente:

- a) Cuando en el distrito donde se ubica el oficio notarial tenga acceso a internet, el notario exigirá el documento nacional de identidad y deberá verificar la identidad de los otorgantes o intervinientes utilizando la comparación biométrica de las huellas dactilares, a través del servicio que brinda el Registro Nacional de Identidad y Estado Civil – RENIEC.
- b) Cuando no se pueda dar cumplimiento a lo señalado en el literal a) del presente artículo respecto a la comparación biométrica de las huellas dactilares por causa no imputable al notario, éste exigirá el documento nacional de identidad y la consulta en línea para la verificación de las imágenes y datos del Registro Nacional de Identidad y Estado Civil – RENIEC con

EMACFRE S.A.C.
Calle Las Palmeras 324
San Isidro (15073), Lima - Perú
Central: (51-1) 200-9090
(51-1) 422-6152
E-mail: estudio@castillofreyre.com
www.castillofreyre.com

la colaboración del Colegio de Notarios respectivo, si fuera necesaria. El notario podrá recurrir adicionalmente a otros documentos y/o la intervención de testigos que garanticen una adecuada identificación.

- c) Tratándose de extranjeros residentes o no en el país, el notario exigirá el documento oficial de identidad, y además, accederá a la información de la base de datos del registro de carnés de extranjería, pasaportes y control migratorio de ingreso de extranjeros; en tanto sea implementado por la Superintendencia Nacional de Migraciones, conforme a la décima disposición complementaria, transitoria y final de la presente ley. Asimismo, de juzgarlo conveniente podrá requerir otros documentos y/o la intervención de testigos que garanticen una adecuada identificación.
- d) Excepcionalmente y por razón justificada, el notario podrá dar fe de conocimiento o de identidad sin necesidad de seguir los procedimientos señalados en los literales a) y b) del presente artículo. En este caso, el notario incurre en las responsabilidades de ley cuando exista suplantación de la identidad.

El notario que cumpliendo los procedimientos establecidos en los literales a), b) y c) del presente artículo diere fe de identidad de alguno de los otorgantes, inducido a error por la actuación maliciosa de los mismos o de otras personas, no incurre en responsabilidad, sin perjuicio de que se declare judicialmente la nulidad del instrumento.

En el instrumento público protocolar suscrito por el otorgante y/o interviniente, el notario deberá dejar

expresa constancia de las verificaciones a las que se refiere el presente artículo o la justificación de no haber seguido el procedimiento.»

«Artículo 16. Obligaciones del Notario

El notario está obligado a:

- a) Abrir su oficina obligatoriamente en el distrito en el que ha sido localizado y mantener la atención al público no menos de siete horas diarias de lunes a viernes.
- b) Asistir a su oficina, observando el horario señalado, salvo que por razón de su función tenga que cumplirla fuera de ella.
- c) Prestar sus servicios profesionales a cuantas personas lo requieran, salvo las excepciones señaladas en la ley, el reglamento y el Código de Ética.
- d) Requerir a los intervinientes la presentación del documento nacional de identidad – DNI y los documentos de identidad o de viaje determinados para la identificación de extranjeros en el territorio nacional, además de la respectiva calidad migratoria vigente conforme a la normativa sobre la materia, la constancia de presentación de la declaración jurada informativa sobre beneficiario final ante la SUNAT; documento que acredite que el beneficiario final ha cumplido con proporcionar información sobre su identidad a la persona jurídica o ente jurídico, cuando corresponda; así como los documentos exigibles para la extensión o autorización de instrumentos públicos notariales protocolares y extraprotocolares.

[...]»

[Énfasis agregado]

Resulta evidente que, tan importante como la verificación de identidad resulta la comprobación de la capacidad real de los otorgantes. Bajo ese entendido, los notarios se apoyan en diversos medios para comprobar la capacidad real de los otorgantes, entre ellos, evidentemente se encuentra la entrevista, cuyo detalle ya ha sido descrito.

Si, luego de realizada la entrevista, el notario comprobara que la persona no tiene la lucidez necesaria como para formar una sana voluntad, libre de vicios, pues de seguro procederá a dar fe pública del otorgamiento del acto jurídico.

En el caso contrario, negará la atención al cliente.

Pero, en el primer supuesto, en algunos casos el notario solicitará que el cliente aporte un certificado de salud mental, para que el acto que se va a celebrar se pueda defender mejor en el futuro, ante eventuales demandas de nulidad o similares. y si ésta no resultara suficiente, se podría requerir el certificado de salud mental.

De ese modo, no constituye vulneración alguna a los derechos de los otorgantes con alguna discapacidad, la solicitud de un certificado de salud mental. Por el contrario, se considera que otorga mayor seguridad jurídica al acto la presentación de dicho certificado.

Lo reiteramos. No se debe confundir la capacidad jurídica con la capacidad mental de los otorgantes. Los notarios se encargan de verificar o comprobar tanto una como otra.

Asimismo, como resulta evidente, la edad avanzada no es incompatible con la salud mental. En este sentido, no admite duda ni disputa el hecho de que

una persona de noventa y seis años puede tener más lucidez que una persona de cincuenta años, según las circunstancias. La edad avanzada es perfectamente compatible con la salud mental.

Advertimos que, con buen criterio, los notarios también solicitan el certificado de salud mental en casos especialmente conflictivos. Por ejemplo, cuando un padre otorga en anticipo de legítima bienes que componen su tercio libre disposición a favor de uno solo de sus hijos.

En ese caso —y en muchos otros— resultará evidente que existe una alta probabilidad de que se genere un posterior proceso, pues los hijos que no fueron beneficiados en dicho acto tratarán de impugnar el anticipo de herencia; y, muy probablemente, cuestionen la capacidad del testador, resultando ordinario que se presenten dichas situaciones.

Únicamente el notario, de acuerdo a su experiencia y diligencia, será quien califique en qué casos es prudente y en qué casos no lo es, el hecho de solicitar el certificado de salud mental. En esa línea van las palabras del señor notario doctor Juan Belfor Zárate del Pino²:

«Sólo el Notario quien evalúa las circunstancias de un caso concreto es el único que puede considerar los casos específicos de excepción en los que considere conveniente sugerir la presentación de un certificado médico, dentro de la autonomía de su criterio profesional garantizado por el 3° del Decreto Legislativo del Notariado N°.1049, sugerencia que no tiene por objeto discriminar al adulto mayor como malinterpreta el Conadis o establecer una barrera actitudinal, sino dotar de certeza al instrumento

² Informe elaborado por el notario Dr. Juan Belfor Zárate del Pino, de fecha 25 de octubre de 2023, con ocasión del Informe Técnico Vinculante n.º D000004-2023—CONADIS-DPT.

notarial, garantizar su eficacia y el tener un respaldo para enfrentar las denuncias penales por delito contra la fe pública o demandas civiles de nulidad de acto jurídico; el propio artículo 76° de la Ley General de la Persona con Discapacidad modificado por el Decreto Legislativo N°.1417 condiciona la entrega del Certificado de Discapacidad a la intervención de médicos certificadores registrados, lo que no podríamos considerar como trato discriminatorio o violatorio de su dignidad como persona de los discapacitados que requieren esa acreditación.»

Finalmente, sobre la legalidad de solicitar el certificado de salud mental, discrepamos con lo señalado en el Informe de la señora notaria doctora Rosalía Mejía Rosasco³, que también hemos tenido oportunidad de leer. Ella señala:

«Dejamos constancia que no ha sido modificado ningún artículo del Decreto Legislativo 1049 autorizando a los notarios a solicitar certificado médico a las personas con discapacidad, sean adultos mayores o no.»

Observamos que la afirmación se encuentra referida a precisar que el artículo 8 del Decreto Legislativo n.º 1384, que modifica la Ley del Notariado, no ha modificado alguna de las disposiciones de esta ley, autorizando a los notarios a solicitar el certificado de salud mental.

Lo que no se advierte es que esta afirmación y la prohibición que pretende establecer el CONADIS —seguramente con buenas intenciones— no se condicen con nuestro texto constitucional. Obsérvese entonces el literal a)

³ Informe elaborado por la señora notaria doctora Rosalía Mejía Rosasco, con ocasión del informe Técnico Vinculante D000004-2023-CONADIS-DPI.

del inciso 2 del artículo 24 de la Constitución Política del Perú, el cual señala lo siguiente:

«Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

[...]

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

[...]»

En el presente caso, es cierto que no existe disposición legal alguna que obligue a los notarios a solicitar el certificado de salud mental; y, en razón de ello, se ha señalado innumerables veces que son excepcionales los casos en los cuales éste se solicita.

No obstante, visto desde el sentido negativo de la norma, los notarios no tienen la obligación de no solicitar el certificado de salud mental, no sólo porque la ley no lo prohíbe, sino también porque se encuentran en la obligación de otorgar fe pública de, entre otras cosas, la capacidad, no sólo jurídica, sino también real de los otorgantes y, para ello, deben valerse de los medios necesarios, a fin de que el instrumento público pueda mantener su eficacia en el tiempo.

III.IV. Sobre la responsabilidad derivada de la falta de verificación de la auténtica expresión de voluntad y la seguridad jurídica

A criterio del Informe Técnico Vinculante emitido por el CONADIS, constituye una barrera actitudinal la solicitud del certificado de salud mental, considerando los costos, el tiempo y los esfuerzos que debe realizar la persona adulta mayor con discapacidad para la obtención de dicho certificado.

No obstante, no debe perderse de vista que el notario actúa dentro del marco de la ley y es responsable por los actos de los cuales da fe. Entonces, corresponde preguntar ¿Qué sucedería en caso el notario dé fe de un acto celebrado por una persona que no ha podido manifestar de manera fiel su voluntad? Evidentemente, esas acciones acarrear responsabilidades de diversa índole, como veremos a continuación.

En todos estos casos, las consecuencias patrimoniales serán infinitamente más altas que el costo de obtener un certificado médico de salud mental.

Sobre la responsabilidad civil

Las actuaciones del notario deben desarrollarse con los más altos estándares de diligencia y calidad. El incumplimiento de ese deber, sin duda alguna, podría acarrear responsabilidad.

En ese sentido, Villavicencio⁴ citando a Corcuera señala que:

«El notario en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, asume frente a sus clientes la obligación de brindar el servicio con la seguridad y garantía que le faculta la ley. Si la actuación causa perjuicio al solicitante, debe asumir la responsabilidad civil y los daños y perjuicios que acarreen por el mal ejercicio de su función. Esta responsabilidad se mantendrá en el ámbito del derecho civil, en tanto el incumplimiento o la falta sea cometido en modo involuntario y/o negligente por parte del notario, con

⁴ VILLAVICENCIO CÁRDENAS, Miguel. *Manual de derecho notarial*. Lima: Juristas Editores. E.I.R.L, 2009, p. 101.

ausencia total de dolo, caso contrario la acción se trasladaría a la esfera penal.»

Cabe señalar que, debido a la pluralidad de las relaciones jurídicas que pueden tener su origen en las actividades notariales, el notario puede incurrir en responsabilidad tanto contractual como extracontractual.

Ahora bien, en la práctica observamos que no son inusuales las demandas por responsabilidad civil derivada de la función notarial. En ese sentido, podemos remitirnos a la Casación n.º 3148-2018-La Libertad, de fecha 15 de junio de 2021, en la cual se determinó responsabilidad civil del notario por falta de diligencia en sus actuaciones. En el caso materia de casación se determinó responsabilidad civil en tanto el notario no había cumplido con requerir los documentos exigibles para la extensión o autorización de instrumentos públicos notariales:

«La ley les ha autorizado a los notarios dar fe de los actos y contratos que ante él se celebren, formalizando la voluntad de los otorgantes y redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad; este, no puede, a su sola voluntad, dejar de requerir los documentos que la ley le exige que solicite. Los notarios —como todo profesional del Derecho— están sujetos a la regla genérica de no causar daño a nadie con sus actos, cuando eso no ocurre por acción u omisión, por dolo o negligencia deben responder por el daño causado.»

En esa línea, en muchas ocasiones, no sólo se determina responsabilidad civil del notario sino la consecuente nulidad o anulación del acto jurídico de cuya celebración ha dado fe pública, tal como se establece en la Casación n.º 3008-2011-Lima, de fecha 23 de julio de 2012, en donde se casa una sentencia que

determina que una persona con falta de lucidez otorgó un testamento y no es si no hasta que el médico neurólogo emite un pronunciamiento sobre el estado de lucidez mental, que se determina que, en efecto, el otorgante no contaba con capacidad (se entiende real, es decir, la lucidez mental requerida para celebrar el acto manifestando su voluntad) al momento de otorgar el testamento:

«DÉCIMO PRIMERO.- Que, en el contexto descrito precedentemente y conforme se aprecia de los presentes actuados, ninguno de los fundamentos expuestos en las sentencias de mérito han procurado demostrar o dilucidar de manera acabada y concluyente si el otorgante testador Carlos Calmell del Solar Zúñiga carecía al momento de testar, de la lucidez mental y de la libertad necesarias para el otorgamiento de dicho acto, exigencia que por lo demás se encuentra acorde con lo establecido en el referido inciso tercero del artículo seiscientos ochenta y siete del Código Civil, situación que por tanto resulta necesario esclarecer a la luz de los demás medios probatorios que aparecen en el proceso y de aquellos que el juez de la causa considere necesarios actuar tanto más, si a fojas ciento ochenta y nueve obra un informe médico suscrito por el neurólogo Pablo Zummaeta que establece que el testador habría sufrido de un “síndrome demencial por encefalopatía metabólica hipóxica intermitente secundaria al problema pulmonar crónico”, el cual data de fecha veintiséis de agosto del año dos mil cuatro, que es la misma fecha en que se otorgó la escritura pública cuya anulabilidad se solicita en este proceso.»

Entonces, resulta inverosímil sostener que solicitar un certificado de salud mental constituye un despropósito o una barrera para las personas que celebren actos jurídicos requiriendo que los notarios brinden fe pública en torno a su celebración, pues lo que precisamente se pretende evitar son las demandas civiles de nulidad o anulación de los actos jurídicos celebrados y de responsabilidad civil (contractual o extracontractual) derivadas de la inobservancia de los deberes de diligencia que debe tener el notario en el ejercicio de sus funciones.

Nótese que las demandas en el ámbito civil no sólo se entablan teniendo como demandado al notario, sino también a los demás otorgantes del acto celebrado. Entonces, el deber de cuidado no sólo debe ser protegido por el notario, sino también por las demás personas que celebran el acto jurídico, pues ellas mismas resultarán perjudicadas ante la inobservancia o falta de diligencia en la verificación de la sana y auténtica formación de la voluntad de los otros otorgantes del acto jurídico.

Sobre la responsabilidad penal

Pero la falta de verificación de la capacidad real del otorgante también deriva en denuncias penales.

Así, observamos que el Expediente n.º 3319-95-Lambayeque, de fecha 17 de octubre de 1995, determina que constituye una circunstancia agravante la del notario que incurre en delito contra la fe pública:

«La calidad de miembro de la Policía Nacional (PNP) constituye circunstancia agravante, como la del médico que abusa de su ciencia para causar el aborto, del tutor o curador que expone a peligro a su pupilo, del funcionario público que allana un domicilio, el notario público que

incurrir en delito contra la fe pública y demás casos de agravantes en razón de la función que considera el Código Penal. Esta circunstancia agravante, en modo alguno viola el principio de igualdad ante la ley garantizada en el inciso 2 del artículo 2° de la Carta Constitucional y el artículo 10° del Código Sustantivo, pues esta calidad impone deberes especiales, que obligan frente a la sociedad, y que no deben confundirse con una condición discriminatoria.»

[Énfasis agregado]

Dentro de los delitos comprendidos en la categoría de “contra la fe pública”, encontramos los siguientes: i) Falsificación de documentos, ii) Falsedad ideológica, iii) Falsedad genérica, etc.

En ese sentido, la sentencia emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República sobre el Recurso de Nulidad interpuesto en el expediente n.º 1318-2012-Lima, de fecha 29 de agosto de 2012, ha determinado:

«Delito de falsedad ideológica: configuración. Décimo cuarto. [...] [La] forma de ejecución de la acción falsaria incriminada se refiere a la conducta del autor del documento de consignar una falsedad en el documento público que no es producto de una alteración material. En ese sentido, la falsedad no está en la modificación material, pues el documento conserva sus condiciones esenciales — se mantienen incólumes los signos de autenticidad externas, en tanto en cuanto, el instrumento es genuino—, pero son falsas las ideas o hechos que se consignaron como verdaderas en ese soporte, es decir, contiene declaraciones mendaces que faltan a la verdad. Por

ejemplo se comete este delito cuando se cambia el pensamiento que está destinado a expresar o se hace aparecer en el documento como ocurrido algo que en la realidad no ocurrió o aconteció de manera distinta o cuando el notario consigna en un acta la presencia de personas que no han asistido.»

[Énfasis agregado]

Entonces, el hecho de no observar cuidadosamente la capacidad real de los otorgantes en lo que respecta a la sana formación de voluntad, no sólo resulta perjudicial para los notarios, sino también para los demás otorgantes (si fuera el caso) y para la seguridad jurídica del acto celebrado y la protección de la nueva situación jurídica de los intervinientes.

Sobre la responsabilidad administrativa

En este aspecto, debemos remitirnos nuevamente a la Ley del Notariado, la misma que determina que el incumplimiento de sus normas, acarreará responsabilidad administrativa disciplinaria:

«Artículo 144.- Definición

El notario tiene responsabilidad administrativa disciplinaria por el incumplimiento de esta ley, normas conexas y reglamentarias, estatuto y decisiones dictadas por el Consejo del Notariado y colegio de notarios respectivo.»

Adicionalmente, el Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1049, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 010-2010-JUS, dispone lo siguiente sobre el proceso disciplinario:

«Artículo 65.- Procedimiento disciplinario

El procedimiento disciplinario notarial tiene las siguientes fases: inicio, investigación, audiencia, resolución e impugnación.

En este procedimiento se establece la responsabilidad administrativa disciplinaria del notario por la comisión de infracciones administrativas disciplinarias.

Cada infracción da lugar a un expediente, salvo que sean detectadas en la misma acta de visita notarial o cuando en un mismo hecho, se incurra en dos o más infracciones.»

Como hemos visto, el notario puede incurrir en responsabilidad civil, penal y administrativa, en distintas circunstancias, entre ellas, si no observa las normas bajo las cuales se encuentra su ámbito de actuación (lo que implica brindar fe pública de la capacidad real del otorgante para manifestar su voluntad, cuando realmente no la tiene). Asimismo, ello no sólo puede acarrear la responsabilidad del notario, sino también, como hemos señalado, la consecuente nulidad del acto jurídico.

III.V. Sobre la no discriminación y la libertad de contratar

El Informe Técnico Vinculante ha concluido que el notario que solicita el certificado de salud mental o condiciona su presentación para la celebración del acto jurídico, incurre en una forma de discriminación:

«6.2. Las notarías no deben solicitar un certificado de salud mental o médico a las personas adultas mayores con discapacidad al ser un acto de discriminación por discapacidad y edad, sino reconocer plenamente su

capacidad jurídica y posibilidad de realización de cualquier trámite y acceso a todos los servicios notariales, como a cualquier otra persona.»

Al respecto, siguiendo el sentido del Decreto Legislativo n.º 1384, que estipula que todas las personas con alguna discapacidad tienen capacidad de ejercicio, es preciso señalar que, la persona adulta mayor con discapacidad tiene libertad de contratar.

La libertad de contratar ha sido materia de tratamiento tanto en la doctrina como en la jurisprudencia peruanas. A manera de ejemplo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en la sentencia recaída en el Expediente n.º 2185-2002-AA/TC:

«Como lo define el artículo 1351º del Código Civil, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Es un acto bilateral que emana de la manifestación de voluntad coincidente de las partes. Uno de los elementos esenciales del contrato es, precisamente, la voluntad.

Este elemento se sustenta en el principio de la autonomía de la voluntad, que tiene un doble contenido: a) la libertad de contratar —consagrada en los artículos 2, inciso 14), y 62 o de la Constitución Política del Perú— llamada también libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y 2) la libertad contractual, también conocida como libertad de configuración interna, que es la de determinar el contenido del contrato.»

[Énfasis agregado]

De otro lado, encontramos que la Defensoría del Pueblo⁵ ha definido la discriminación de la siguiente manera:

«La discriminación es el trato diferenciado o desigual que —sin justificación— se ejerce sobre una persona o grupo, ocasionando el menoscabo en el ejercicio o goce de sus derechos individuales o colectivos. Dicho trato no justificado se sustenta en motivos prohibidos por el ordenamiento jurídico.

Para que se produzca un acto discriminatorio se deben configurar tres elementos:

- i) Un trato diferenciado injustificado.
- ii) Que el trato diferenciado se base en un motivo prohibido: color de la piel, origen, etnia, sexo, idioma, religión, opinión, filiación política, discapacidad, enfermedad, orientación sexual, identidad de género, condición económica, social o de cualquier otra índole.
- iii) Que se produzca la anulación o menoscabo en el reconocimiento, ejercicio y/o goce de un derecho.»

Habiendo analizado los conceptos anteriores, consideramos que no resulta posible sostener que un notario discrimina a una persona por el hecho de solicitar un certificado de salud mental para la celebración de un acto

⁵ Véase: https://www.defensoria.gob.pe/areas_tematicas/vivir-sin-discriminacion/

jurídico, cuando es justamente obligación suya verificar la capacidad del otorgante para poder brindar fe pública sobre el acto jurídico que se quiere celebrar.

Además, el otorgante no sólo cuenta con un establecimiento notarial para celebrar el acto jurídico. Conforme a la información que se encuentra en la página web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos⁶, únicamente en Lima existen 131 notarias y en virtud a la libertad de contratar que se encuentra garantizada por nuestras normas legales, la persona adulta mayor con discapacidad puede escoger cualquiera de ellas, por lo que no podría señalarse que se produce la anulación del ejercicio o la restricción del goce de un derecho.

Podría ocurrir que un notario no desee dar fe pública sobre un acto que se quiera celebrar, pero hay que recordar que, no en todas las notarías se exige en determinados casos el certificado médico. Hay notarías en las que el mismo no es exigido para circunstancia alguna.

Así, entonces, el futuro otorgante del acto jurídico podrá decidir en qué notaría y bajo qué circunstancias y requisitos desea celebrar un acto jurídico sobre cuyo otorgamiento requerirá que el notario brinde fe pública.

Desde la otra perspectiva, un notario podría elegir también no celebrar el acto jurídico si no cuenta con el certificado de salud mental del otorgante, en el excepcional caso en que éste haya sido requerido. Esta circunstancia tampoco implica discriminación porque, así como el otorgante tiene libertad de contratar, el notario también la tiene.

⁶ Véase: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1751201/DISTRITO%20NOTARIAL%20-%20LIMA.pdf?v=1692980986>

En la misma línea, observamos la opinión de la notaria doctora Rosalía Mejía Rosasco⁷, quien señala lo siguiente:

«La distinción de la persona respecto a la manifestación de voluntad resulta trascendental, por cuanto las personas que se encuentren en situación de no poder manifestar su voluntad, no pueden celebrar actos jurídicos y por tanto el notario tiene la posibilidad de negarse a prestar sus servicios, siendo su obligación acreditar que realizó los esfuerzos necesarios para otorgarle a la persona medidas de accesibilidad, ajustes razonables y demás esfuerzos reales, considerables o pertinentes con el objeto de establecer comunicación e interacción con la persona con discapacidad.»

Solicitar el certificado de salud mental no tiene por objeto discriminar ni establecer una barrera actitudinal, como es interpretado por el CONADIS, sino proteger el acto jurídico, garantizar su validez y su eficacia en el tiempo, de manera que, aun cuando se establezcan procesos en la vía penal o civil que busquen su nulidad o anulabilidad, al término de ellos, el acto jurídico pueda seguir surtiendo sus efectos porque su celebración cumple con los requisitos de validez establecidos en el artículo 140 del Código Civil; y no incurriendo en el vicio de nulidad del inciso 1 del artículo 219 del referido Código, que sanciona con nulidad el acto jurídico cuando falta la manifestación de voluntad del agente.

III.VI. Sobre el rol del notario como salvaguarda (o salvaguardia)

⁷ Informe elaborado por la señora notaria doctora Rosalía Mejía Rosasco, con ocasión del informe Técnico Vinculante D000004-2023-CONADIS-DPI.

El Informe Técnico Vinculante ha señalado que el notario tiene el rol de salvaguardia en la protección de los adultos mayores con discapacidad que requieren servicios notariales.

Conforme a las modificatorias introducidas al Código Civil por el Decreto Legislativo n.º 1384, el artículo 659-G define el rol de las salvaguardias:

«Artículo 659–G.- Salvaguardias para el adecuado desempeño de los apoyos

Las salvaguardias son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas.

La persona que solicita el apoyo o el juez interviniente en el caso del artículo 659-E establecen las salvaguardias que estimen convenientes para el caso concreto, indicando como mínimo los plazos para la revisión de los apoyos.

El juez realiza todas las audiencias y diligencias necesarias para determinar si la persona de apoyo está actuando de conformidad con su mandato y la voluntad y preferencias de la persona.»

Al respecto, en nuestra obra *Derecho de Familia*, publicada hace pocos meses, comentábamos lo siguiente sobre el sistema de salvaguardias⁸ (o salvaguardas) implementado con la modificatoria del Código Civil:

«Las salvaguardas no son personas que vayan a ejercer un cargo, sino medidas que el instituyente de los apoyos o el juez que, por excepción, los designe, deba aplicar cuando tenga lugar la labor de los apoyos, a efectos de que esta labor no sólo sea desempeñada de acuerdo con la ley, sino además de acuerdo con la voluntad de la persona que ha instituido los apoyos o del juez que lo hubiere hecho. De esta forma, el artículo 659-G establece que las salvaguardas son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas.

Debemos señalar que el disponer acerca de las salvaguardas no es obligatorio para cuando se designa apoyos. En otras palabras, bien podrían existir apoyos sin que existan salvaguardas.

Como hemos expresado anteriormente, corresponderá el establecimiento de las salvaguardas a la persona que haya designado apoyo o al juez que lo hubiere hecho. No existe norma que obligue a que las salvaguardas sean establecidas de manera simultánea al nombramiento de los apoyos. El instituyente lo podría haber hecho antes de la designación

⁸ CASTILLO FREYRE, Mario. *Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica: Lima, 2023, pp. 1299-1300.

de los apoyos o después. En caso se trate de apoyos designados por el juez, la configuración de las salvaguardas sería natural que se haga en la resolución que nombre los apoyos, pero no habría inconveniente para que las establezca con posterioridad, si recibiera una solicitud en ese sentido por parte de algún interesado o si él mismo lo considerara conveniente.

La norma bajo análisis señala también que quien establezca las salvaguardas indicará, como mínimo, los plazos para la revisión de los apoyos. Esto último equivale a la realización de un inventario o fiscalización acerca del funcionamiento de los apoyos.

Para estos efectos, la norma faculta a que el juez realice todas las audiencias y diligencias necesarias para determinar si la o las personas de apoyo están actuando de conformidad con su mandato y la voluntad y preferencias de la persona.»

El Informe Técnico Vinculante, señala que el notario que actúa como salvaguarda podría evitar un conflicto de interés:

«5.4.4. Por lo señalado, el(la) notario(a) tiene el rol de salvaguardia en la protección de los adultos mayores con discapacidad que requieren servicios notariales. Su función consiste en asegurar que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de estas personas, evitando conflictos de intereses y detectando posibles influencias indebidas. Con su intervención, se busca garantizar que los actos jurídicos realizados por los adultos mayores con

discapacidad sean legítimos y acordes con sus intereses y autonomía.»

Para sustentar su posición, el Informe Técnico Vinculante cita a Bregaglio y Constantino, cuando señalan que:

«El alcance de la salvaguardia va más allá del apoyo y llega a terceras personas. Estas terceras personas serían los notarios que tienen la obligación de determinar si quienes van a realizar un negocio jurídico no caen en causales de nulidad. Así, el notario debe verificar que la persona con discapacidad entiende al menos mínimamente el negocio jurídico que va a celebrar y que su voluntad realmente es seguir adelante con su realización.»

[Énfasis agregado]

Al respecto, debemos señalar que de la cita antes referida, hecha en el propio Informe Técnico Vinculante del CONADIS, se puede colegir lo evidente, y es el hecho de que el notario debe verificar que la persona con discapacidad entiende el negocio jurídico que celebrará y, por tanto, que su realización no implica el menoscabo de su voluntad.

Pero nótese que la cita referida y la conclusión a la que arriba el Informe Técnico Vinculante no proponen una solución real al problema. Es decir, ¿Qué sucede en el caso en que para el notario resulte evidente que no hay una manifestación de voluntad real o que existe un conflicto de interés o influencias indebidas en el futuro otorgante del acto jurídico?

Lo que el Informe Técnico Vinculante no distingue, es que la capacidad jurídica (de la que gozan todas las personas con

discapacidad por el Decreto Legislativo n.º 1384; tema que no se discute) no implica que la persona cuente con la lucidez suficiente como para producir luego manifestar una auténtica y propia voluntad.

La obligación del notario esencialmente se encuentra dirigida a dar fe pública de la capacidad real del otorgante, de la lucidez con la que debe contar para celebrar el acto jurídico; todo ello, más allá de su deber de verificar la capacidad jurídica de esa persona (la que, en el caso de las personas con discapacidad, se da por descontada, en virtud de lo dispuesto por el Decreto Legislativo n.º 1384).

Pero bajo la tesis del Informe Técnico Vinculante, en cualquier caso, el notario público se encontraría atado de manos pues, aun cuando verifique que no existe una auténtica voluntad real del otorgante para celebrar el acto jurídico o que éste no se encuentra en pleno ejercicio de sus facultades mentales (como podría ser el caso de un anciano que padezca la enfermedad de Alzheimer en grado muy avanzado), en ningún caso el notario podría solicitar el certificado de salud mental.

Es obvio que no lo requerirá en estos casos, pues simplemente no dará fe pública del acto, pero sí lo podría requerir en otros casos, precisamente, porque advierte la lucidez de la persona mayor y quiere proteger el acto que se celebre de ulteriores impugnaciones.

Pero no sólo esto, sino que, entre líneas, se deja entender que el notario debería dar trámite y fe pública de este acto, por más de que la persona no esté en capacidad real de formar y expresar su voluntad.

Si bien el denominado Informe Técnico Vinculante sostiene —sin razón— que solicitar el certificado de salud mental es una forma de discriminación

por parte de los notarios, en los casos antes mencionados, el CONADIS, obviamente sin darse cuenta de ello, promueve lo mismo que pretende evitar, vale decir que las personas adultas mayores con discapacidad celebren actos jurídicos sin un medio o respaldo efectivo para la protección de sus intereses.

Cabe añadir que, por las opiniones que he podido recabar de algunos notarios, éstos no se encuentran renuentes a asumir la función de salvaguardias, pero tales funciones no deberían tener parámetros fijos, pues, con la diligencia que deben guardar sus actuaciones, y bajo la normativa a la que se encuentran sujetos (Ley del Notariado), otorgar fe pública de los actos será su responsabilidad y evaluar la capacidad jurídica y la consecuente sana formación y manifestación de voluntad de los otorgantes se encuentra dentro de sus facultades.

Esta postura también la observamos en el Informe del señor notario doctor Juan Belfor Zárate del Pino⁹:

«Esa función de salvaguardias es una responsabilidad que los Notarios estamos en disposición de asumir y lo asumimos, pero sin cortapisas ni parámetros que restrinjan nuestra intervención, para conocer su voluntad y sus preferencias es necesario la intervención de los apoyos, que asisten y facilitan la expresión de su voluntad, en determinadas situaciones será necesaria también la presencia de personas de confianza del entorno del adulto mayor, y en casos de excepción debidamente justificados eventualmente sugerirles el acompañamiento de un certificado médico que respalde que se trata de una

⁹ Informe elaborado por el señor notario doctor Juan Belfor Zárate del Pino, de fecha 25 de octubre de 2023, con ocasión del Informe Técnico Vinculante n.º D000004-2023—CONADIS-DPT.

persona ubicada en tiempo, espacio y persona, y que conserva un margen de reflexión básico necesario para tomar sus propias decisiones.»

Si la intención del CONADIS es proteger a las personas con discapacidad, entonces es válido que éstas celebren actos jurídicos con intervención de apoyos, personas de confianza y, en casos justificados, con un certificado de salud mental que permita respaldar que la persona celebra el acto jurídico habiendo podido formar sanamente su voluntad, luego declarada frente al notario público, sin influencias extrañas o externas.

III.VII. Sobre la aplicación a los notarios del artículo 13 de la Ley General de Salud

La Ley n.º 26842, Ley General de Salud, en su artículo 13 establece la prohibición de las autoridades públicas de exigir a las personas la certificación de su estado de salud como condición para el ejercicio de actividades profesionales, de producción, comercio o afines, como se observa a continuación:

«Artículo 13.- Toda persona tiene derecho a que se le extienda la certificación de su estado de salud cuando lo considere conveniente.

Ninguna autoridad pública podrá exigir a las personas la certificación de su estado de salud, carné sanitario, carné de salud o documento similar, como condición para el ejercicio de actividades profesionales, de producción, comercio o afines.

Lo dispuesto en la presente disposición no exime a las personas del cumplimiento de las disposiciones relacionadas con el carnet o certificado de vacunaciones, de conformidad con lo que establece la norma de salud, ni de aquellas relacionadas con la certificación de su estado de salud como requisito para obtener licencias para conducir vehículos, naves y aeronaves, o manejar armas o explosivos con arreglo a la ley de la materia.»

Nótese que la ley refiere, en estricto, que la autoridad pública es quien se encuentra prohibida de solicitar certificado de salud para el ejercicio de diversas actividades.

En esa línea, corresponde determinar si el notario es o no una autoridad pública y si a éste le alcanza la prohibición señalada por la norma.

Para ello, en primer lugar, nos remitiremos al concepto de “funcionario público” que reseña el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico¹⁰:

«Funcionario que por disposición inmediata de la ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participa en el ejercicio de funciones públicas.»

Pero nótese que no todo funcionario público será autoridad pública, pues para ser autoridad, se debe contar con poder público, el cual se define de la siguiente manera:¹¹

¹⁰ Véase: <https://dpej.rae.es/lema/funcionario-p%C3%BAblico>

¹¹ MONTOYA VIVANCO, Yván. «Manual sobre delitos contra la administración pública». Open Society Foundations, Lima, 2015.

«El poder público es encargado, sea mediante elección, selección, designación o nombramiento, a determinadas personas con el objeto de dar cumplimiento a los fines públicos que se establecen en el marco de nuestro Estado social y democrático de Derecho»

Entonces, se entiende como autoridad pública, a aquel funcionario que a través del poder público que detenta, da cumplimiento a los fines públicos que se establecen en el marco de nuestro Estado social y democrático de Derecho.

Ello también se establece en el artículo 3 de la Ley n.º 30057, Ley del Servicio Civil, que define al funcionario público:

«Es un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas.»

Pero el notario, ni es funcionario público, ni tiene autoridad pública, pues como señala el artículo 4 del Reglamento de la Ley del Notariado, para ningún efecto legal, se considera al notario como funcionario público.

Evidentemente, el notario no cuenta con poder público, pues dentro de sus facultades otorgadas por ley, no se encuentra el poder de dar cumplimiento a fines públicos. En contraste, las facultades atribuidas al notario se encuentran esencialmente dirigidas a certificar la voluntad de los particulares.

Asimismo, el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, define a la competencia de la autoridad del funcionario público de la siguiente manera:

«Conjunto de poderes y atribuciones que por voluntad de la ley corresponden objetivamente al titular de un órgano administrativo.»

Como resulta evidente, el notario no tiene facultades para dictar disposiciones a administrados y, mucho menos, tiene facultades para hacerlas cumplir; tampoco dispone de poder o atribuciones conferidas por ley o es titular de algún órgano administrativo.

No obstante, ello no sólo resulta evidente si nos remitimos a los conocimientos básicos de Derecho Administrativo, sino que también debe tenerse en cuenta que, en el ámbito penal, los delitos contra la administración pública son, entre otros, violencia, resistencia a la autoridad y desacato. Estos delitos no se cometen en agravio de los notarios, simplemente, porque no son autoridad pública.

Entonces, si el notario no es una autoridad pública, no se encuentra sujeto al cumplimiento de la citada norma; *ergo*, no resulta contrario a ley que el notario solicite al cliente un certificado de salud mental, cuando requiera verificar científicamente la capacidad real (lucidez) del otorgante; y, como lo hemos reiterado varias veces en este informe, de esa forma resguardar la solidez del acto jurídico que se quiere celebrar y sobre el cual el notario brindará fe pública.

No olvidemos que la lucidez se entiende como la cualidad de una persona que tiene claridad en su razonamiento. Ello es fundamental para que el notario dé fe pública a determinado acto jurídico, en la medida de que si ocurriese lo contrario, es decir, si la persona que desea celebrar ese acto

jurídico no sea alguien cuyo razonamiento sobre aquello que supuestamente desea celebrar se aprecie como claro, entonces, el notario no podrá dar fe pública sobre esa manifestación de voluntad.

No olvidemos que la manifestación es el vehículo a través del cual se exterioriza una voluntad que, de la apreciación que realice el notario sobre la persona, debe quedar en evidencia que es fruto de un razonamiento (acertado o no; eso no importa) realizado con claridad por el agente.

Seguir la tesis que propone el CONADIS, implicaría no sólo que el notario se convierta en un sujeto pasible de más demandas y denuncias de las que ya son pasibles los notarios; en el caso objeto de consulta, por dar fe pública de una circunstancia que tal vez no le conste, como es la capacidad real o la lucidez del otorgante.

La fe pública¹² es definida por el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la siguiente manera:

«Facultad con la que están investidos determinados agentes para certificar que los hechos que les constan son verdaderos y auténticos.»

Asimismo, la fe pública notarial¹³ ha sido definida por el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la siguiente manera:

«Fe pública que se otorga a través de la figura del notario y cuyos efectos jurídicos se traducen tanto en presunciones de veracidad e integridad como en juicios de

¹² Véase: <https://dpej.rae.es/lema/fe-p%C3%BAblica>

¹³ Véase: <https://dpej.rae.es/lema/fe-p%C3%BAblica-notarial>

legalidad, capacidad y legitimación, que permiten operar en el tráfico jurídico respecto de cualquier operador.»

Reiteramos entonces que un notario no puede ni debe otorgar fe pública sobre un hecho que no es fiel a la realidad. En el caso concreto, si un notario solicita un certificado de salud, lo hace para resguardar la fe pública que revisten sus actos, lo que en el caso concreto implica dar fe de una manifestación de voluntad lúcida y auténticamente formada y manifestada por el otorgante.

III.VIII.Sobre la pretendida obligatoriedad o carácter vinculante del denominado Informe Técnico Vinculante

En primer lugar, observamos que el denominado Informe Técnico Vinculante se encuentra suscrito por la Directora II de la Dirección de Políticas e Investigaciones del CONADIS.

Es evidente que el Informe no constituye una norma legal; y quien lo suscribe, si bien puede tener las facultades necesarias para emitir Informes, no tiene las facultades para obligar o limitar, a partir de un análisis propio, el rango de actuación de los notarios; ni, mucho menos, para modificar o derogar normas del Código Civil, de la Ley del Notariado u otras leyes vigentes.

De manera que el referido Informe no resulta vinculante, ni de obligatorio acatamiento el análisis realizado por un funcionario público, más aún cuando éste concluye que un determinado grupo de personas (los notarios públicos) deben dejar de cumplir una serie de dispositivos legales.

Además, el criterio del citado informe, como ya lo hemos señalado, pone en riesgo los derechos de las personas con discapacidad, al tratar de que los notarios públicos siempre den fe sobre los actos que ellas celebran, incluso cuando en tales actos las personas con discapacidad carezcan de la lucidez necesaria para su celebración.

Advertimos también lo dispuesto en el literal b) del artículo 82 del Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad, que establece que el CONADIS se encuentra facultado para emitir opinión técnica vinculante derivada de una acción de seguimiento para supervisar el cumplimiento de las normas sustantivas y políticas públicas en materia de discapacidad, a fin de establecer las medidas correctivas, de corresponder. Asimismo, puede interpretar y definir los alcances de las normas sustantivas en materia de discapacidad, así como aquellas enmarcadas en el Sistema Nacional de Integración de la Persona con Discapacidad, a través de los informes técnicos vinculantes.

Es decir, a través de los Informes Técnicos Vinculantes, el CONADIS puede: i) Supervisar el cumplimiento de normas sustantivas y políticas públicas a fin de establecer medidas correctivas, si fuera el caso y ii) Interpretar los alcances de las normas sustantivas en materia de discapacidad.

El CONADIS ha señalado que el Informe Técnico Vinculante de la referencia es uno de supervisión.

Como se puede observar, los alcances de las facultades dispuestas por la citada normativa establecen labores de supervisión e interpretación de las normas en materia de discapacidad.

Ahora bien, para determinar el marco de actuación del CONADIS, nos remitimos a la Ley n.º 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, la cual señala en su artículo 64 lo siguiente:

«Artículo 64.- Funciones del Consejo Nacional para la Integración de Personas con Discapacidad:

El Consejo Nacional para la Integración de Personas con Discapacidad tiene las siguientes funciones:

a) Formular, planificar, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar las políticas nacionales y sectoriales en materia de capacidad. [...]

«Artículo 73.- Ente rector del Sistema Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Sinapedis)

73.1 El Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis) es el ente rector del Sistema Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Sinapedis) y tiene a su cargo la elaboración, programación, coordinación, gestión, supervisión, monitoreo y evaluación de las políticas públicas del Estado en materia de discapacidad.

73.2 El Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (Conadis), como ente rector, tiene las siguientes atribuciones:[...]

Conforme a lo anterior, CONADIS tiene las siguientes funciones: i) es rector de políticas públicas en materia de discapacidad y ii) es rector del

SINAPEDIS (Sistema Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad).

En esa línea, la Ley n.º 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, señala lo siguiente:

«Artículo 4.- Competencias exclusivas del Poder Ejecutivo
El Poder Ejecutivo tiene las siguientes competencias exclusivas:

1. Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno. [...].

El cumplimiento de las políticas nacionales y sectoriales del Estado es de responsabilidad de las autoridades del Gobierno Nacional, los gobiernos regionales y los gobiernos locales. [...]

[Énfasis agregado]

El Decreto Supremo n.º 029-2018-PCM, Reglamento que regula las políticas nacionales, señala:

«Artículo 14.- Atribuciones de la rectoría

14.1 En ejercicio de la rectoría de una política nacional sectorial, el Ministerio diseña, formula, conduce, coordina, regula, supervisa y evalúa periódicamente las políticas nacionales sectoriales a su cargo, así como ejecuta, cuando corresponda.

14.2 Como rector de una política nacional sectorial, el Ministerio adopta medidas sectoriales que aseguran su cumplimiento en todos los niveles de gobierno, las cuales pueden tener carácter:

- a) Mandatorio, tales como protocolos, procesos, metodologías, modelos de provisión de bienes y servicios y en general cualquier disposición de obligatorio cumplimiento; o,
- b) Promotor, tales como mecanismos de financiamiento, apoyo técnico, convenios de colaboración, entre otros, que incentiven el cumplimiento de las políticas nacionales sectoriales y la articulación de las políticas subnacionales con aquellas.
- c) Correctivo, tales como opiniones vinculantes como consecuencia de la supervisión.
- d) Sancionador, cuando corresponda, siempre que por ley cuente con potestad sancionadora.

14.3 El Ministerio toma en cuenta la diversidad de las realidades regionales y locales, así como las capacidades existentes en los tres niveles de gobierno, a fin de asegurar la viabilidad e idoneidad de las disposiciones, protocolos, estándares, procesos, procedimientos y metodologías que proponga o apruebe.

14.4 El Ministerio con competencias compartidas debe determinar los roles y responsabilidades de cada nivel de gobierno.»

[Énfasis agregado]

Obsérvese que, en las normas citadas, se señala que las actuaciones del CONADIS como rectoría tienen alcance intra gubernamental; en otras palabras, el Informe Técnico Vinculante no tiene alcance vinculante u obligatorio para actores que se encuentran fuera del sistema estatal, es decir, para los particulares.

En ese sentido, es pertinente remitirnos al artículo 4 del Reglamento de la Ley del Notariado, el cual señala lo siguiente:

«Artículo 4°.- De la definición

El notario es el profesional del derecho encargado, por delegación del Estado, de una función pública consistente en recibir y dar forma a la voluntad de las partes, redacta los instrumentos adecuados a ese fin, les confiere autenticidad, conserva los originales y expide traslados que dan fe de su contenido. Su función también comprende la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia.

El notario no es funcionario público para ningún efecto legal.»

[Énfasis agregado]

Podemos observar, entonces, que existe un instrumento normativo que señala que el notario no es funcionario público y, de otro lado, las normas que señalan que el Informe Técnico Vinculante es de obligatorio cumplimiento para los actores que se encuentran dentro del sistema estatal.

Siendo ello así, la conclusión lógica y necesaria de establecer es la siguiente:

El notario no es funcionario público, no actúa dentro del sistema

estatal y, por consiguiente, no le alcanza lo establecido en el denominado Informe Técnico Vinculante.

No obstante, el Informe Técnico Vinculante n.º D000004-2023-CONADIS-DPI no interpreta ni supervisa la normativa en materia de discapacidad, sino que establece las que denomina como “medidas correctivas”, las mismas que se encuentran dirigidas, esencialmente, a imponer obligaciones de hacer y de no hacer a los notarios públicos, como es el caso de brindar fe pública sobre todo acto jurídico en el que se solicite sus servicios y jamás solicitar el certificado de salud mental.

Cabe precisar que la jerarquía normativa del Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad es la de Decreto Supremo, norma de rango inferior a una Ley; y, por tanto, no puede aplicarse de manera transversal a todos los ámbitos y sectores de la República, en especial, ella no modifica o deroga norma alguna del Código Civil (Decreto Legislativo n.º 295 y sus modificatorias) y la Ley del Notariado (Ley n.º 1049).

Opinión de carácter jurídicamente vinculante es, por ejemplo, la que se aprueba en los Plenos Casatorios de la Corte Suprema de Justicia de la República, la cual se emite en forma colegiada, con la opinión y voto de todos los integrantes de la Sala Plena del máximo organismo de gobierno del Poder Judicial y rige para todos los Jueces que integran el Poder Judicial¹⁴.

¹⁴ Ley Orgánica del Poder Judicial.

Artículo 22.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Consecuentemente, se colige que el denominado Informe Técnico Vinculante n.º D000004-2023-CONADIS-DPI, no sólo no se condice con sus fines, pues no supervisa la aplicación de la normativa ni interpreta las normas en materia de discapacidad, sino que pretende imponer obligaciones legales a terceros, cuando estos actos no se encuentran en el ámbito de su competencia.

IV. CONCLUSIONES

- Conforme a las disposiciones del Decreto Legislativo n.º 1384, todas las personas con discapacidad cuentan con capacidad, en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad. Para el Código Civil, únicamente son incapaces absolutos los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por ley; y tienen capacidad de ejercicio restringida las personas comprendidas en los incisos 4 a 8 del artículo 44 del Código Civil.
- En el ejercicio de sus atribuciones, al celebrar actos jurídicos, el notario suele realizar una entrevista que evalúa los parámetros espacio, tiempo, persona y libertad de coacción para comprobar la capacidad real y la lucidez de los otorgantes.
- Resulta práctica usual que, en los casos en que la entrevista a la persona resultara suficiente, pero se quiera proteger la seguridad del acto jurídico a celebrar, de eventuales futuras impugnaciones, el notario solicite al cliente un

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

EMACFRE S.A.C.
Calle Las Palmeras 324
San Isidro (15073), Lima - Perú
Central: (51-1) 200-9090
(51-1) 422-6152
E-mail: estudio@castillofreyre.com
www.castillofreyre.com

certificado de salud mental, de manera que se revista al acto de la seguridad jurídica necesaria para mantener su validez y sus efectos en el tiempo.

- En los casos en que el notario diera fe pública de una circunstancia que no se condiga con la realidad, referida a la capacidad real y a la lucidez de la persona para celebrar un acto jurídico, incurriría en responsabilidades de diversa índole, como civil, penal y administrativa.
- Bajo el entendido que tiene el Estado del término “discriminación” y bajo el principio de libertad de contratar regulado en nuestro ordenamiento jurídico, no puede afirmarse que constituye algún tipo de discriminación la solicitud de un certificado de salud mental a una persona que sufra de alguna discapacidad.
- Aun en el escenario propuesto en el denominado Informe Técnico Vinculante, según el cual, los notarios actúan como salvaguardias, no se otorga una solución al problema de la capacidad real y lucidez de los otorgantes, habida cuenta de que la propuesta de CONADIS se ocupa esencialmente de la manifestación de voluntad y no de la capacidad jurídica del otorgante, siendo este último el tema central materia de debate.
- El artículo 13 de la Ley General de Salud no resulta aplicable a los notarios públicos, por cuanto éstos no son “funcionarios públicos” conforme a lo establecido en el Reglamento de la Ley del Notariado; por tanto, no existe prohibición legal para que un notario solicite un certificado de salud mental.
- El denominado Informe Técnico Vinculante n.º D000004-2023-CONADIS-DPI, no se condice con los fines establecidos en el literal b) del artículo 82 del Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad e impone a los notarios obligaciones de hacer y de no hacer, sin ser competente para ello, habida cuenta de que los Informes Técnicos Vinculantes que emite el

CONADIS tienen alcance intra gubernamental y el notario no actúa dentro del aparato estatal, ni es funcionario público.

- No existe prohibición legal que impida a los notarios solicitar un certificado de salud mental, si así lo consideraran conveniente, para el adecuado cumplimiento de sus obligaciones estipuladas en la Ley del Notariado.

Sin otro particular, hago propicia la ocasión para reiterarles los sentimientos de mi más alta consideración y estima.



Mario Castillo Freyre