



Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición
de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 5, n.º 6, enero-junio, 2023, 205-223

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (En línea)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v5i6.744>

Análisis y propuestas al sistema de apoyo y salvaguardias de las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad

Analysis and proposals for the system of support and safeguards for
people with disabilities who cannot manifest their will

Análise e propostas para o sistema de suporte e proteção para
pessoas com deficiência que não podem expressar sua vontade

AVEGHAI MIRELLA ESPINAL QUIÑONES

Corte Suprema de Justicia de la República
(Lima, Perú)

Contacto: aespinalq@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0009-0005-4845-9480>

CARMEN ESPERANZA NALVARTE ESTRADA

Corte Superior de Justicia de Tacna
(Tacna, Perú)

Contacto: cnalvarte@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0009-0006-9195-6703>

JOSÉ CARLOS ROMÁN MAMANI

Órgano de Control Institucional del
Instituto Nacional de Ciencias Neurológicas
(Perú)

Contacto: josecarlosromanmamani@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0007-6737-5113>

RESUMEN

El decreto Legislativo n.º 1384 «Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones», publicado el 4 de septiembre del 2018, trajo consigo un fuerte impacto en el sistema de capacidad regulado por el Código Civil peruano, modificó, derogó e incorporó una serie de artículos en nuestra legislación, produciéndose así la más grande y trascendental reforma del código civil del 1984. Todo ello con la finalidad de tener un nuevo sistema de capacidad. Sin embargo, en opinión de los autores, dicha reforma no ha sido correctamente adaptada a nuestra legislación, considerándose que se está dejando en desamparo a las personas que no tienen discernimiento por otorgarles un atributo tan especial que es la plena capacidad de ejercicio, lo cual no acontecía antes de la reforma del Código Civil; por ello, se presentan propuestas y posibles soluciones a tan importante situación, a fin de que se proporcione la más apropiada protección a todas las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad.

Palabras clave: Capacidad jurídica; apoyos y salvaguardas; discernimiento; discapacidad.

Términos de indización: capacidad; incapacidad; seguridad social.
(Fuente: Tesouro Unesco)

ABSTRACT

Legislative Decree n.º 1384 «Legislative Decree that recognizes and regulates the legal capacity of people with disabilities on equal terms» published on September 4, 2018 brought with it a strong impact on the capacity system regulated by the Peruvian Civil Code, it modified, repealed and incorporated a series of articles into our legislation, thus producing the largest and far-reaching reform of the 1984 civil code. all with the aim of having a new capacity system. However, in the

opinion of the authors, said reform has not been correctly adapted to our legislation, considering that people who do not have discernment are being left helpless, for granting them such a special attribute that is full exercise capacity, which did not happen before the reform of the Civil Code, for this reason proposals and possible solutions to such an important situation are presented, in order to provide the most appropriate protection to all people with disabilities who cannot express their will.

Key words: Legal capacity; supports and safeguards; discernment; disability.

Indexing terms: ability; disabilities; social security. (Source: Unesco Thesaurus)

RESUMO

O Decreto Legislativo n.º 1384 «Decreto Legislativo que reconhece e regula a capacidade jurídica das pessoas com deficiência em igualdade de condições», publicado em 4 de setembro de 2018, trouxe consigo um forte impacto sobre o sistema de capacidade regulado pelo Código Civil peruano, modificou, revogou e incorporou uma série de artigos em nossa legislação, produzindo assim a maior e mais transcendental reforma do código civil de 1984. Tudo isso com o objetivo de ter um novo sistema de capacidade. No entanto, na opinião dos autores, essa reforma não foi corretamente adaptada à nossa legislação, e considera-se que as pessoas que não têm discernimento estão sendo deixadas desamparadas ao se lhes conceder um atributo tão especial como a plena capacidade de exercício, o que não acontecia antes da reforma do Código Civil; portanto, são apresentadas propostas e possíveis soluções para uma situação tão importante, a fim de proporcionar a proteção mais adequada a todas as pessoas com deficiência que não podem expressar sua vontade.

Palavras-chave: Capacidade jurídica; apoios e garantias; discernimento; deficiência.

Termos de indexação: capacidade; incapacidade; seguridade social (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 10/02/2023

Revisado: 15/05/2023

Aceptado: 25/05/2023

Publicado en línea: 30/06/2023

Financiamiento: Autofinanciado.

Conflicto de interés: Los autores declaran no tener conflicto de interés.

1. INTRODUCCIÓN

Desde un enfoque social y jurídico, se entiende que las personas que son susceptibles de ser vulneradas en los hechos simples o jurídicos en que estas puedan estar vinculadas a lo largo de su vida son los menores de 18 años, porque por la propia naturaleza de su corta edad no tienen un discernimiento correctamente formado; otro es el caso de los mayores de 18 años que no tienen discernimiento o si lo tuvieran, este es de manera temporal, ya sea por causas de discapacidad o por trastornos que estos puedan tener por diversas circunstancias a lo largo de su vida. Estos grupos de personas deben ser protegidas por el derecho, como se venía haciendo hasta antes de la reforma del nuevo sistema de capacidad.

Las instituciones jurídicas que protegen a estas personas están reguladas en el Libro III Derecho de Familia del Código Civil. Instituciones jurídicas tales como la «Patria Potestad» y la «Tutela» tienen por finalidad proteger a los menores de edad; la «Curatela» protegía a personas que eran mayores de edad, pero que se encontraban en supuestos en los que la persona tenía un trastorno, o discapacidad mental o sensorial; sin embargo, en la actualidad ya no se protege a

estas personas en su totalidad, debido al nuevo sistema de capacidad que tiene nuestra legislación como resultado de la reforma del Decreto legislativo n.º 1384. Se deja de lado la protección de los discapacitados sensoriales y mentales, a quienes el derecho hoy en día les reconoce plena capacidad de ejercicio, lo cual no está condicionado a la designación de un apoyo; por tanto, no es exigible para el reconocimiento y ejercicio de un derecho.

Si bien es cierto que lo que se busca con la reforma del Código Civil es incluir a «todas las personas con discapacidad» dentro de la sociedad y que puedan ejercer sus derechos por sí mismos en los actos civiles y actos de la vida diaria. Pero este objetivo no resulta ser del todo correcto, considerando que lo que se hizo sería una mala adaptación del nuevo sistema de capacidad a nuestra legislación. Existen personas con discapacidad que no merecen que se les prive el ejercicio de sus derechos, teniendo en cuenta que tienen discernimiento y que por falta de apoyo y/o ajustes razonables, no puedan manifestar su voluntad, y se les debía de designar un curador, quien actuaría en representación de esta por mandato legal, privando así el derecho a la autonomía privada que esta persona tiene para decidir sobre sus asuntos, sustituyéndose la voluntad de la persona con discapacidad por la voluntad del curador o el juez. Por el otro extremo, existen personas con discapacidad a quienes sí se les debería nombrar un curador, porque efectivamente se encuentran privados de discernimiento de manera permanente o temporal por lo que no podrán tener plena capacidad de ejercicio. En ese contexto es dable resaltar que no por el hecho de intentar incluirlos en la sociedad y evitar su discriminación, se les debería de dejar de lado la protección jurídica que estos merecen tener, ya que al otorgarles plena capacidad de ejercicio, los mismos podrían celebrar contratos y/o actos jurídicos; por consiguiente, al no tener discernimiento, estarían asumiendo obligaciones que resultarían perjudiciales para su esfera patrimonial, pues estos contratos serían

totalmente válidos, porque fueron celebrados por personas con plena capacidad de ejercicio, dejando así en desamparo a las personas con discapacidad que no pueden discernir. Es por ello por lo que, en este artículo, se responderá a la interrogante: ¿Por qué no toda persona con discapacidad debe tener plena capacidad de ejercicio? Se aclarará y propondrá aspectos fundamentales que se deben corregir para la correcta adaptación del nuevo sistema de capacidad en nuestra legislación por ser de trascendental importancia para la correcta integración de las instituciones jurídicas en el mundo del derecho.

ANÁLISIS Y PROPUESTAS A LA DESIGNACIÓN DE APOYOS Y SALVAGUARDIAS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD QUE NO PUEDEN MANIFESTAR SU VOLUNTAD

1. SISTEMA DE CAPACIDAD QUE REGÍA EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil, antes de la incorporación del Decreto Legislativo n.º 1384, regulaba en sus artículos 3, 42, 43, 44, 45 y 46 la capacidad de goce, la capacidad de ejercicio, la incapacidad absoluta y relativa, que en palabras del maestro Juan Espinoza «la capacidad jurídica es la aptitud para ser titular de situaciones jurídicas y la capacidad de ejercicio es la aptitud para ponerlas en actuación» (Del Águila Llanos, 2013, p. 529), señala además que «la capacidad se expresa en dos estados: un estado estático que se manifiesta a través de la capacidad de goce. Y un estado dinámico que se manifiesta a través de la capacidad de ejercicio» (Espinoza, 2016, p. 471). Para Marcial Rubio, la capacidad de ejercicio es «la atribución de la persona de ejecutar por sí mismas los derechos a los que tienen capacidad de goce» (Rubio, 1992, p.78). Este atributo solo se confería a las personas mayores de 18 años que no se encontraban en los supuestos de incapacidad absoluta o relativa.

Es por ello que resulta importante definir la incapacidad y mencionar que personas se encontraban en estos supuestos para así tener una idea clara y sólida acerca de ¿qué personas tenían capacidad de ejercicio?, pues la incapacidad «es la carencia de aptitud para ejercer directamente derechos y obligaciones, en el derecho civil, existe la incapacidad absoluta: total inhabilitación; y la incapacidad relativa: inhabilitación solo en algunos derechos» (Chaname, 2014, p. 448) en los artículos 43 y 44 del Código Civil se señalaban los supuestos de incapacidad, que decían lo siguiente:

Artículo 43.- Son absolutamente incapaces: 1. Los menores de 16 años, salvo para aquellos actos determinados por ley, 2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento, 3. Los sordomudos, los ciegosordos, los ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable.

Artículo 44.- Son relativamente incapaces: 1. Los mayores de 16 y menores de 18 años de edad, 2. Los retardados mentales, 3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, 4. Los pródigos, 5. Los que incurren en mala gestión, 6. Los ebrios habituales, 7. Los toxicómanos, 8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Dentro de este orden de ideas, todas las personas que se encuentren en los supuestos del párrafo precedente tenían capacidad de goce, pero no la capacidad de ejercicio, por lo que se las consideraba como personas incapaces para el derecho, ya que no podían ejercer por sí mismos sus derechos civiles, y debían de contar con un representante legal, quien sustituía la voluntad de las personas incapaces para celebrar, concluir, modificar y extinguir relaciones jurídicas.

Es así, entonces, que anteriormente el derecho clasificada en dichos ámbitos a las personas, tildándolas como personas que por

su condición podrían gozar de todos los derechos existentes al igual que todas las personas, mas no ejercer los mismos por estar limitados, es por ello que se les priva la capacidad de ejercicio y además para denominarlas se utiliza el término, que a opinión de los autores es peyorativo, nos referimos a «incapaz», término que por su naturaleza denigra a un gran grupo de personas, a las cuales no se les debería llamar de esta manera.

La representación legal es aquella conferida por el ordenamiento a determinadas personas que, por una posición familiar o por un cargo u oficio, actúan en nombre de otras que están incapacitadas o imposibilitadas para asumir derechos u obligaciones, o para ejecutarlos con su actuación directa (Lohmann, 1994). Dentro de las figuras de amparo del incapaz encontramos la patria potestad, dirigida al cuidado de la persona y del patrimonio del menor de edad por parte de sus progenitores; también existe la tutela, referida al cuidado del menor, cuyos padres no ejercen la patria potestad, aquí igualmente este amparo cubre la persona y bienes del incapaz; y por último, encontramos a la curatela, como figura de protección del mayor de edad incapaz, que no puede velar por sus intereses (Del Águila Llanos, 2013, p. 551). Es conforme al sentimiento de piedad y justicia social extender de manera especial la protección de las leyes a quienes, por su corta edad y desamparo, o por falta de aptitud moral, no pueden gobernarse por sí mismos ni manejar debidamente sus bienes (Brenes, 1982, p. 381). Se concluye que estas tres instituciones jurídicas que están reguladas en nuestro Código Civil tienen por finalidad proteger a estas personas quienes resultan siendo muy vulnerables en la sociedad.

2. EL NUEVO SISTEMA DE CAPACIDAD QUE RIGE EN EL CÓDIGO CIVIL

Este nuevo sistema de capacidad es incorporado a nuestra legislación influenciada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con

Discapacidad, el cual fue ratificado por el Perú en el año 2007. En el artículo 12 de dicha convención, se señala que «todas las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, entre otras cosas para adoptar decisiones, heredar bienes o tener acceso a préstamos bancarios. En ciertas circunstancias, el Estado tiene la obligación de prestar apoyo y asistencia a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica». Finalmente, se logra la elaboración del Decreto legislativo n.º1384, el cual trae como consecuencias la modificación, derogación e incorporación de artículos en el Código Civil, teniendo en cuenta que antes regía el sistema de capacidad e incapacidad para convertirlo hoy en día en un sistema de capacidad; pero para dar este paso tan importante, el Código Civil del 1984 sufrió el más grande impacto de toda su historia, siendo que en septiembre de 2018 entró en vigencia el «Nuevo Sistema de Capacidad», el cual ya no hacía referencia a capacidad de goce, ejercicio ni a la incapacidad relativa, regulando en sus artículos 3, 42, 43 y 44 que «todas las personas tienen Capacidad Jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos», aclarando que la capacidad de ejercicio podría manifestarse de forma plena o restringida, como lo señala:

Artículo 42.- Toda persona mayor de 18 años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad. Excepcionalmente los mayores de 14 años y menores de 18 años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad. **Artículo 43.-** Son absolutamente incapaces: los menores de 16 años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. **Artículo 44.-** Tienen capacidad de

ejercicio restringida: 1. Los mayores de 16 años y menores de 18 años de edad, 4. Los pródigos, 5. Los que incurren en mala gestión, 6. Los ebrios habituales, 7. Los toxicómanos, 8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil, 9. Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubieran designado un apoyo, con anterioridad.

En tal sentido, se desprende que «todas las personas mayores de 18 años tienen plena capacidad de ejercicio, incluyendo a las personas con discapacidad». Es por ello por lo que resulta importante conocer la definición y alcance de la persona con discapacidad para entender la dimensión de este atributo que gozan las personas. Según el artículo 2 de la Ley General de la Persona con Discapacidad, se entiende discapacitado a «aquella persona que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o pueda verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás». En ese orden de ideas, lo que el derecho busca es regular y tratar de la misma manera a las personas con discapacidad y a las personas que no tiene alguna de las deficiencias mencionadas líneas arriba, sin considerar que existen personas con discapacidad que tienen discernimiento y otros que no discernen de manera permanente.

Ahora bien, para comprender esta afirmación es importante traer a colación la definición del discernimiento. Según el Diccionario de la Real Academia Española, «discernir» significa «distinguir algo de otra cosa, señalando la diferencia que hay entre ellas (las cosas)». Para Naymark y Adán Canadas, «el discernimiento es el entendimiento o capacidad de comprensión» (p.153). El jurista peruano Juan Espinoza Espinoza indica que «la distinción intrínseca que hace el hombre para determinar si desea, o no, hacer algo y, si ese “algo”

es bueno o malo» (p. 293). En efecto se entiende que las personas con discapacidades físicas y sensoriales pueden discernir si tienen apoyos y ajustes razonables para su comunicación y finalmente puedan tomar una decisión. Piénsese en el caso en el que una persona que es ciegosordo se comunica por medio del sistema Braille y toma una decisión; es evidente que esta persona solo se encontraba impedida de comunicarse, pero que gracias a este ajuste razonable y al apoyo logra interactuar y luego tomar una decisión. En el caso de los discapacitados mentales o intelectuales, es un tema que se debe de tocar con mucho cuidado, ya que para el Código Internacional de Enfermedades (CIE 10), elaborado por la Organización Mundial de la Salud, señala lo siguiente respecto a los discapacitados mentales:

El término «retraso mental» significa «un funcionamiento intelectual por debajo del promedio, que se presenta junto con deficiencias de adaptación y se manifiesta durante el período de desarrollo (antes de los 18 años)», los grados de retardo mental son:

F70 Retraso Mental leve: tienen un cociente intelectual (C.I.) de 50 a 69. Son pacientes que adquieren tarde el lenguaje, aunque son capaces de mantener una conversación y, por lo tanto, de expresarse en la vida cotidiana. Una gran parte llega a alcanzar una independencia para el cuidado de su persona (comer, lavarse, vestirse y controlar los esfínteres).

F71 Retraso Mental Moderado: tienen un cociente intelectual (C.I.) de 35 a 49. «Los pacientes con retraso mental moderado muestran una lentitud en el desarrollo de la comprensión y el uso del lenguaje, teniendo en esta área un dominio limitado. Tienen dificultad para su cuidado personal. Sus funciones motrices son pobres, y necesitan de una supervisión permanente. De adultos es difícil que desarrollen una vida social completamente independiente; sin embargo, muchos de ellos son físicamente activos, con total capacidad de movimientos. El

nivel de desarrollo del lenguaje varía, desde la capacidad para tomar parte en una conversación sencilla, hasta la adquisición de un lenguaje sólo para lo cotidiano. Existen pacientes que nunca aprenden a hacer uso del lenguaje y utilizan la gesticulación manual para compensar la carencia verbal. Son frecuentes el autismo, o trastornos del desarrollo, así como también la epilepsia, los déficits neurológicos y las alteraciones somáticas».

F72 Retraso Mental Grave: Tienen un cociente intelectual (C.I.) entre 20 y 34. El paciente con retraso mental grave presenta un cuadro clínico mucho más severo que el anterior; básicamente, su etiología es orgánica, asociada a otros trastornos con escaso o nulo nivel del desarrollo del lenguaje, necesitándose, generalmente, de una anamnesis indirecta. La gran mayoría de los pacientes presenta marcado déficit motor, o la presencia de otras carencias que dan evidencia clínica de un daño o anomalía del desarrollo del Sistema Nervioso Central.

F73 Retraso Mental Profundo: tienen un cociente intelectual (C.I.), que «es inferior a 20. Los pacientes de este grupo poseen muy limitada capacidad para cuidar sus necesidades básicas, y requieren ayuda y supervisión permanente. No muestran capacidad para comprender instrucciones o reconocerlas y actuar de acuerdo con ellas. Su comunicación no verbal es muy rudimentaria; muestran una movilidad muy restringida o totalmente inexistente, no controlan esfínteres. La etiología es generalmente orgánica. Suelen estar acompañados de trastornos somáticos y neurológicos graves que afectan la motricidad, así como de epilepsia o de alteraciones visuales y auditivas. Es frecuente el autismo atípico, sobre todo en aquellos que son capaces de caminar, así como la presencia de trastornos generalizados del desarrollo en sus formas más graves» (Majluf y Vásquez, 1998, p. 94).

En ese contexto, se puede afirmar que «no toda persona con discapacidad mental puede comunicarse de manera normal con el

exterior, además que no todos tienen discernimiento, y que solo las personas que tengan esta discapacidad en un grado leve como lo señala el CIE-10 podrían tener una comunicación y un discernimiento óptimo, siempre y cuando logran una exitosa terapia». Por esta razón es que el derecho no puede permitir que todas las personas con deficiencias mentales tengan plena capacidad de ejercicio, sabiendo que no todas estas personas podrán discernir al momento de celebrar actos jurídicos; por ejemplo, imaginemos el caso donde un discapacitado mental grave celebre un contrato de donación, en el que este se obliga a transferir al donatario un predio valorizado en S/. 100 000 000 soles, sin comprender cuál es el resultado o efecto que este contrato genera, viéndose así afectada su esfera patrimonial.

Analizando este supuesto es sumamente importante preguntarnos: ¿Es realmente justo que el derecho permita que este tipo de actos jurídicos celebrado por personas sin discernimiento sean válidos? «Según el censo del 2017, en el Perú existe 3 051 612 personas con discapacidad (10.4 % de la población total), de los más de tres millones de personas, con algún tipo de discapacidad, el 57 % son mujeres, el 48 % tienen discapacidad visual, 15.1 % tienen dificultad para moverse (discapacidad física), el 7.6 % tiene discapacidad auditiva (esta población generalmente el lenguaje de señas)», y el 4.2 % del total presenta dificultades para aprender o entender (discapacidad intelectual).

Así pues, sin duda alguna el derecho no puede considerar estos actos jurídicos válidos, aun cuando se tenga la institución del «Apoyo», definida en el Decreto Supremo n.º 016-2019-MIMP en su artículo 9, donde indica que el «apoyo es una forma de asistencia libremente elegida por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de actos que produzcan efectos jurídicos, en el marco de sus derechos. Puede recaer en una o más personas naturales, personas jurídicas sin fines de lucro o instituciones públicas», y en su artículo 10 señala las acciones

que podrían realizar, las cuales son «a) Facilitar la comunicación de la persona que cuenta con apoyo. b) Facilitar la comprensión de los actos que produzcan efectos jurídicos y sus consecuencias. c) Orientar a la persona que cuenta con apoyo, en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos. d) Facilitar la manifestación de voluntad de la persona que cuenta con apoyo». Si bien es cierto para aquellas personas con deficiencia física o sensorial resulta útil y razonable la designación de un apoyo, imaginemos el caso donde una persona que es sordomuda cuenta con un apoyo, quien conoce el lenguaje de señas y habla español, y esta persona natural designada como apoyo resulta ayudando a la comunicación del discapacitado sensorial; pero en el caso de los discapacitados mentales, quienes no pueden comunicarse y no tienen discernimiento para actuar, es totalmente absurdo e irracional que se les designe un apoyo, si lo que realmente necesitan es una persona que actúe en representación de esta, como era el caso de los curadores.

En ese contexto lo dicho nos permite plantearnos la siguiente interrogante: ¿Cuál es la finalidad de designar apoyo para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad, si en el fondo terminarán siendo apoyos con representación? Conforme al artículo 11° del D.S. n.º 016-2019 MIMP señala que «[...] el/la juez/a puede otorgar facultades de representación a los apoyos, en caso que, habiéndose realizado los esfuerzos reales, considerables y pertinentes, y prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, no se haya obtenido una manifestación de voluntad de la persona que recibirá el apoyo». Sin duda alguna lo que comenzó siendo «Apoyo» terminó convirtiéndose en un «Curador», motivo por el cual es pertinente indicar que para los discapacitados mentales que no tengan una comunicación con el exterior y no puedan discernir —o como decide denominar la misma norma en su artículo 2 inciso 8 «Persona con discapacidad que no puede manifestar su voluntad», siendo 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— no se les debe reconocer plena capacidad de ejercicio y deberían estar regulados en los supuestos de incapacidad absoluta como estaba establecido antes de la reforma, algo que a la fecha se intentó adaptar, pero no se logró eficazmente, ya que nuestra legislación sigue tratando el supuesto de «incapacidad absoluta», la cual debería modificarse por los términos de «capacidad de ejercicio restringida absoluta», e indicar que se encuentran en este supuesto los menores de 16 años de edad y los discapacitados mentales que no puedan manifestar su voluntad. De esta manera, los actos jurídicos que puedan celebrar solo sean válidos si fueron celebrados por el representante legal (curador).

Dicho eso queda claro que el cambio e inserción del Decreto Legislativo n.º 1384 en nuestro ordenamiento jurídico trajo consigo buenas alternativas de regulación respecto de la capacidad de las personas; sin embargo, es menester no dejar de lado que, aunque se haya incorporado con la mejor intención, en la actualidad a las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad se les está poniendo en un peligro inminente, porque al no poder manifestar su voluntad no se puede conocer sus intenciones y por lo que por dicha atribución podrían estar siendo expuestas a peligros de personas que incluso siendo familiares cercanos busquen un mero aprovechamiento. A continuación, presentaremos las siguientes recomendaciones a fin de que sean valoradas y consideradas por el órgano impartidor de justicia, el mismo que, además, tutela los derechos de las personas en general.

2. RECOMENDACIONES

Primero. El Poder Judicial, como ente impartidor de justicia y responsable de amparo jurídico a los miembros de toda comunidad, tiene la gran responsabilidad de no dejar en desamparo a las personas con discapacidad, pero sobre todo a las personas que padezcan de algún tipo de discapacidad que les permita manifestar su voluntad o deseo de actuar. El Poder Judicial tiene la importante labor de evitar que terceros se aprovechen de estas personas. Por ello, se deberá tomar medidas preventivas al momento de otorgarles apoyos y salvaguardias a las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad, de tal forma que se deberá advertir el grado de parentesco, tipo de relación y estado del discapacitado a fin de concederle tutela efectiva y segura.

Segundo. Corresponde al Poder Legislativo, en mérito a su labor de representantes de la patria, proponer la reinscripción de la curatela respecto de las personas que por su grado de discapacidad no tienen la posibilidad de manifestar sus intenciones o discernir sus intereses particulares, de tal forma que no se mantenga en desamparo o peligro los intereses particulares de toda persona que padezca de discapacidad que no le permita manifestar su voluntad.

Tercero. Todo órgano impartidor de tutela jurisdiccional efectiva, donde se pueda, acudirá a solicitar la designación de apoyos y salvaguardias; debe contar con ajustes razonables que logren la efectividad de lo solicitado. Corresponde al Poder Judicial o a las distintas notarias a nivel nacional, dotarse de ajustes razonables para todo tipo de persona con discapacidad para que, según sea el caso, no se deje en desamparo el requerimiento de dichas personas.

Cuarto. Todas las personas como seres pensantes y autogobernadores de sus intereses tienen el derecho y facultad de autorregular sus intereses como mejor les convenga. Ello debe suceder

siempre y cuando las personas tengan discernimiento y puedan manifestar su voluntad; de lo contrario, se recomienda que se mantenga la figura de la curatela con representación; de igual modo para los casos específicos en los que las personas que por su condición no puedan manifestar su voluntad puedan realizar actos jurídicos, en bien de su intención de desarrollarse plenamente en la vida y, lo más importante, sin desampararlos en busca de la igualdad.

3. CONCLUSIONES

En primer lugar, en la actualidad el Derecho ya no clasifica a las personas naturales en capaces e incapaces, sino más bien solo se habla de personas con capacidad, dejando al olvido los términos jurídicos que resultaban siendo peyorativos, despectivos para las personas. Hoy en día toda persona mayor de 18 años tiene plena capacidad de ejercicio; esto incluye a todas las personas con discapacidad, y este atributo no está condicionado a la designación de un apoyo. Por tanto, no es exigible para el reconocimiento y ejercicio de un derecho.

En segundo lugar, existen personas con discapacidad que tienen discernimiento y otros sin discernimiento, comprendiendo en el primer grupo a los discapacitados físicos, sensoriales y mentales que puedan manifestar su voluntad; y en el segundo grupo a los discapacitados mentales o intelectuales que no puedan manifestar su voluntad. Dicha clasificación es importante de resaltar por ser determinante para otorgarles apoyos, salvaguardias y facilitarles ajustes razonables.

En tercer lugar, la institución jurídica del apoyo resulta siendo útil y eficaz solo a las personas que tengan discernimiento, mientras que las que se encuentren privadas de discernimiento resulta absurdo e irracional el designar apoyo, ya que lo que realmente necesita esta persona, es la designación de un sujeto que actúe en representación de esta para que pueda celebrar, concluir y perfeccionar actos jurídicos; es

por ello que estas personas deben de contar con un curador, institución jurídica que regula y reconoce nuestro Código Civil.

En cuarto lugar, el nuevo sistema de capacidad resulta siendo un gran paso para la sociedad y para el derecho nacional; sin embargo, este debe ser adaptado de la mejor manera a nuestra legislación, sin olvidarnos de las personas más vulnerables como es el caso de las personas con discapacidad mental que no puedan comunicarse con el exterior y no tienen discernimiento, para que así la norma jurídica y las instituciones jurídicas sean eficaces y de utilidad para la sociedad en general.

Finalmente, en las últimas décadas, tras el desarrollo de la sociedad, se ha insertado la idea de igualdad entre todas las personas, pero dicha igualdad es necesaria cuando se trata de igualdad de derechos y oportunidades. No se debe olvidar las condiciones de las personas, pues si bien es necesario que el derecho tenga el deber de garantizar la igualdad de las personas para celebrar los actos jurídicos que más les convengan, sin embargo, existen personas que, por su condición, no pueden manifestar su voluntad o discernir al momento de tomar decisiones. Se trata de las personas con discapacidad que por su condición no pueden manifestar su voluntad. En estos casos, es necesario que la figura de los apoyos y salvaguardias no desampare a estas personas que no pueden manifestar su voluntad; por el contrario, basándonos en los fines del derecho, se tiene el deber de protección, por lo cual es necesaria la incorporación de una institución jurídica que proteja a las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad, permitiéndoles que celebren los actos jurídicos necesarios, pero sin arriesgar sus intereses al estar en una situación donde la persona por su condición no manifiesta su voluntad o está impedida de ejercerla.

REFERENCIAS

- Brenes, A. (1982). *Derecho de Familia Costarricense*. Juricentro.
- Cañadas, A. y Naymark, M. S. (1947). *Diccionario Jurídico «Forum»*.
Jurídica Argentina.
- Chaname, R. (2014). *Diccionario Jurídico moderno*. Grupo Editorial
Lex & Iuris.
- Del Águila Llanos, J. C. (2013). *Derecho de Familia*. Legales Ediciones.
- Espinoza, J. (2003). *Código Civil Comentado*. Gaceta Jurídica.
- Espinoza, J. (2016). *Derecho de las Personas: concebido y personas
naturales*. Grijley.
- Lohmann, G. (1994). *El Negocio Jurídico*. Grijley.
- Majluf, E. y Vásquez, F. (1998). Retardo Mental. En *Manual de
Psiquiatría*. SISBIB.
- Rubio, M. (1992). *El ser humano como persona natural*. Fondo Editorial
de la Pontificia Universidad Católica del Perú.