

# DOCUMENTOS DE TRABAJO

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

**Análisis normativo de la capacidad negocial de personas con discapacidades en los ordenamientos jurídicos de Argentina, Colombia y Perú\***



\* Documento de trabajo producto del proyecto de investigación “Criterios para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, desde la perspectiva de la autonomía negocial: análisis comparado entre los ordenamientos jurídicos de Argentina, Colombia y Perú”, código: SIIU 2021-43570, financiado por la Universidad de Antioquia y desarrollado en el grupo de investigación Saber, Poder y Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Investigadora principal: Sandra Eliana Cataño Berrío. Coinvestigadora: Natalia Rueda.

Medellín, diciembre 7 de 2022

# ANÁLISIS NORMATIVO DE LA CAPACIDAD NEGOCIAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDADES EN LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS DE ARGENTINA, COLOMBIA Y PERÚ

Sandra Eliana Cataño Berrío<sup>1</sup>  
Natalia Rueda<sup>2</sup>

## Introducción

En virtud del proceso desarrollado en el ámbito internacional en relación con el cambio de paradigma de la discapacidad y del ejercicio de la capacidad jurídica plena de las personas con discapacidades, que dio lugar a la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas (2006), en adelante CDPD, y de la Observación General número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), en adelante OG1, los Estados partes de la Convención tienen la obligación de revisar y adecuar su regulación interna a los términos de la CDPD<sup>3</sup>; principalmente, con respecto al reconocimiento de la capacidad jurídica para todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, en todos los aspectos de la vida (art. 12, ordinales 1 y 2 CDPD) y la prohibición de los modelos de sustitución de la voluntad para dar lugar a los sistemas de apoyo y las salvaguardias necesarias para la manifestación de la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidades, para efectos de la celebración de actos y negocios jurídicos (art. 12, ordinales 4 y 5 CDPD).

A partir de este contexto se tiene que el concepto de discapacidad, o mejor de las discapacidades<sup>4</sup>, trasciende el aspecto individual, es decir, no se puede circunscribir a un

---

<sup>1</sup> Doctora en derecho de la Universidad Externado de Colombia. Profesora titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: [sandra.catano@udea.edu.co](mailto:sandra.catano@udea.edu.co). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1863-4488>

<sup>2</sup> Doctora en Ciencias Jurídicas con énfasis en Derecho privado con mención cum laude y de International doctorate por la Universidad de Pisa. Docente investigadora de derecho civil y de familia de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: [natalia.rueda@uexternado.edu.co](mailto:natalia.rueda@uexternado.edu.co). Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0008-1897>

<sup>3</sup> Hasta el 1° de diciembre de 2022, la CDPD contaba con 193 Estados signatarios y 185 ratificaciones. Entre los Estados que han ratificado este instrumento se encuentran los tres que son objeto de análisis en este escrito: Argentina (Ley 26378 de 2008), Colombia (Ley 1346 de 2009) y Perú (Resolución Legislativa 29127 de 2007). Datos obtenidos de la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <https://indicators.ohchr.org>

<sup>4</sup> En la revisión documental realizada en la investigación, como también en las entrevistas a profesionales de diversas disciplinas con el fin de comprender la caracterización de las discapacidades intelectuales y psicosociales, se encontraron divergencias sobre el uso de los términos *personas con discapacidad* o *personas en situación de discapacidad*, con respecto a continuar con el empleo del término *discapacitados*. Como también, la existencia de una tendencia fuerte, en el mundo, promovida por colectivos de personas con discapacidades, para sustituir el término discapacidad, o discapacidades, por la expresión *diversidades funcionales* o *capacidades diversas*. Sin embargo, del análisis de contenido en la investigación se derivan unos aspectos comunes y reiterativos sobre esta temática, a saber: la doctrina ha establecido diferencias conceptuales en relación con las manifestaciones de la discapacidad, desde el ámbito de las limitaciones o deficiencias que la persona puede tener, así: la *discapacidad física*, que afecta la movilidad y las funciones motoras de la persona; *discapacidad sensorial*, en relación con la pérdida de uno de los sentidos; *discapacidad intelectual*, frente a problemas de aprendizaje, relación y realización de actividades cotidianas; *discapacidad psicosocial*, como la dificultad para relacionarse con el entorno, como consecuencia de problemas de salud mental; y las

problema de la persona, sino que responde a una construcción social que involucra diversos factores, tanto ambientales o sociales, como personales, en el sentido de una relación compleja entre las limitaciones que en distintos ámbitos puede tener la persona y las barreras, también múltiples, con que esta se puede encontrar y que impiden su adecuada participación en la vida en sociedad y su relación con el entorno. Lo anterior atiende a un modelo social de la discapacidad<sup>5</sup>, sobre el cual se fundamenta la CDPD, que sustituye los modelos de la prescindencia y médico-rehabilitador, centrados en las limitaciones y dificultades de la persona para su exclusión, su atención sólo desde el punto de vista médico o para procurar su recuperación, respectivamente (Velarde, 2012; Padilla, 2010; Palacios, 2008); con el fin de atender a la discapacidad como un problema de la sociedad en general, que demanda también intervenciones globales y no simplemente en relación con las personas con diversidades funcionales (De Asís, 2013).

Esta concepción de las discapacidades, que responde a los diversos factores que convergen en su configuración, también exige un abordaje desde los derechos humanos, mediante el reconocimiento y ejercicio efectivo de todos los derechos para las personas con discapacidad, sin discriminación alguna, en igualdad de condiciones con todas las demás personas; es decir, se debe ir más allá de la protección de los derechos fundamentales para lograr la plena inclusión en la sociedad de las personas con discapacidades. Dicho enfoque, que se basa en la idea de la dignidad humana y la vida humana digna, implica la posibilidad que tiene toda persona de decidir, elegir y equivocarse, en atención a los principios de capacidad, autonomía, independencia y responsabilidad (De Asís, 2013). De manera que, las personas con discapacidades no sólo son titulares de derechos y obligaciones, en virtud de la capacidad de goce o de derecho, sino que también deben ejercer por sí mismas dichos derechos y asumir las consecuencias de sus actuaciones, esto es, poder ejercer la capacidad de obrar o capacidad legal. Por lo tanto, a partir del art. 12 de la CDPD la capacidad jurídica involucra ambas manifestaciones, titularidad y ejercicio efectivo de los derechos y las obligaciones, las cuales resultan inescindibles.

La anterior consideración también se desprende de la noción de dignidad humana, como un principio fundante de la CDPD y del constitucionalismo moderno. De esta manera, es

---

*discapacidades múltiples*, con la coexistencia de dos o más limitaciones en una misma persona (Aristizábal et al., 2021). De igual forma, el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia, a través de la Resolución 113 del 31 de enero de 2020, clasifica las discapacidades en siete grupos: discapacidad física, discapacidad auditiva, discapacidad visual, sordoceguera, discapacidad intelectual, discapacidad psicosocial y discapacidad múltiple. Ahora bien, acorde con el modelo social de la discapacidad, también se deben tener en cuenta las diferentes barreras que existen, esto es, los factores externos a la persona, de diversa índole, que dificultan su participación efectiva en la vida en sociedad y su relación con el entorno, así: barreras físicas, arquitectónicas, sensoriales, comunicativas, actitudinales, sociales y culturales. Estas últimas (actitudinales, sociales y culturales) constituyen el mayor obstáculo que encuentran las personas con discapacidades intelectuales y psicosociales, en relación con los estigmas y prejuicios que aún existen en las familias, las instituciones y en la sociedad en general. Sobre las diversas barreras que constituyen el elemento externo de la discapacidad se pueden ver, entre otros: Palacios, 2020; De Asís, 2013 y Palacios, 2008.

<sup>5</sup> Incluso también se ha planteado un *modelo biopsicosocial* de la discapacidad, que exige la conjugación de los aspectos físico, psicológico y social, mediante una visión universal de la discapacidad (Padilla, 2010), lo que implica una intervención multidimensional, es decir, de los diversos factores que confluyen en la discapacidad: biológicos, psicológicos, educativos y sociales. Como también el planteamiento de un *modelo de la diversidad*, basado en la vida humana digna para todas las personas y en la efectiva autonomía e independencia de las personas con discapacidad, mediante la eliminación de barreras generales e individuales (De Asís, 2013).

necesario recordar que la dignidad humana demanda un deber genérico de respeto por la persona, “las acciones para garantizar el respeto mínimo de la dignidad humana son mecanismos de *intervención* de un poder a favor de la *inclusión* social, para mejorar las condiciones de vida acorde a la dignidad” (Carvajal, 2020, § 128). De esta consideración se desprende, en este contexto, que la persona con discapacidad debe ser considerada por el derecho no en función exclusiva del déficit o la deficiencia, entendida como una limitación circunstancial que, por tanto, se circunscribe a la situación específica y personal del sujeto, por lo que no tendría que ser relevante para definir la discapacidad. Por el contrario, se debe buscar la garantía de tutela de la persona con discapacidad bajo el entendido de que no existe ninguna relación causal (o no debería existir) entre la deficiencia y la discapacidad, por lo que esta última sería un “vínculo impuesto por la sociedad capacitista” (Bernardini, 2016, pp. 23-24).

De igual manera, esta interpretación comporta el reconocimiento de las personas con discapacidad en cuanto sujetos de derecho, esto es, como centros de imputación de derechos y obligaciones. Esta anotación es relevante en el análisis de los paradigmas respecto de la discapacidad, pues la noción de sujeto de derecho y, por ende, en el derecho ha estado caracterizada por un marcado componente ideológico. En ese sentido, se trata de una categoría que ha respondido tradicionalmente a dinámicas de opresión y jerarquía social, en función de las cuales las normas se han construido por y para un modelo de sujeto hegemónico cuya capacidad se presume sobre parámetros de “normalidad”. De allí que la reflexión sobre la discapacidad tradicionalmente se haya hecho tomando como parámetro de referencia ese mismo sentido de supuesta “normalidad” que, a su vez, está relacionada con el acceso a la propiedad y, en consecuencia, con la posibilidad de celebrar negocios para obtener dicho acceso. En otras palabras, la noción de sujeto de derecho y, entonces, de capacidad misma, constituyen una fuente de exclusión y de discriminación en el tráfico jurídico. Esta es, quizá, una de las principales encrucijadas a las que se enfrentan los Estados a la hora de decidir sobre la ratificación de la CDPD y, luego, la adaptación del ordenamiento jurídico interno.

Sin embargo, vale la pena señalar que esta interpretación no es necesariamente pacífica, pues justamente una de las complejidades que se desprenden de la Convención y que podría desafiar los sistemas de derecho interno tiene que ver con la noción de capacidad legal plena. Esto porque aunque en este escrito se opta por la interpretación apenas señalada, en virtud de una lectura sistemática y finalista de la Convención, lo cierto es que la cláusula adoptada por ella es bastante abierta, en consideración, entre otras, a una falta de acuerdo entre sus redactores respecto de si comprendía o no tanto la capacidad de goce como la de ejercicio (Bernardini, 2020, pp. 49-51). De esta manera, asume mayor relevancia la obligación de revisión y de adecuación de la normativa interna por parte de los Estados, pues esto podría explicar algunas de las divergencias entre las regulaciones nacionales que pudieran interpretarse como contrarias al espíritu de la CDPD<sup>6</sup>, pero que, en última instancia, estarían consentidas si se admitiera que no existe una noción “absolutista” de la capacidad legal.

---

<sup>6</sup> Como la conservación de modelos mixtos con hipótesis de capacidad restringida o de incapacidad, o de reconocimiento de capacidad comercial pero no aquiliana.

En consecuencia, a la luz de un modelo social de la discapacidad y del enfoque de los derechos humanos, no es posible mantener en los ordenamientos jurídicos internos, cuyos Estados han ratificado la CDPD, sistemas de sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad, que implican figuras como la declaración judicial de incapacidad, la interdicción, la inhabilitación y la curatela; para hacer tránsito a sistemas de apoyo en la toma de decisiones que, por sí mismos, no generan una representación de la persona con discapacidad; sistemas que, necesariamente, deben atender siempre a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, con el subsecuente derecho a asumir riesgos y a equivocarse en el ejercicio de su capacidad de obrar<sup>7</sup>, como también con la correlativa asunción de las consecuencias que de allí se generen.

Con base en todo lo anterior, en este documento se presenta un análisis normativo entre los ordenamientos jurídicos de Argentina, Colombia y Perú, con respecto a la regulación del régimen de la capacidad negocial de las personas con discapacidades, a partir de una revisión doctrinal y normativa, en atención a uno de los objetivos específicos de la investigación desarrollada, en términos de realizar un análisis comparado entre estos tres ordenamientos jurídicos, con respecto a la fijación de ajustes razonables y la asignación de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica de personas con discapacidades intelectuales y psicosociales.

El objetivo principal de este ejercicio es el de determinar aspectos comunes y discordantes entre los tres ordenamientos jurídicos, con miras a establecer un diálogo entre ellos, que se dirija a destacar las principales dificultades en la implementación de la CDPD en las materias ya señaladas, así como verificar la viabilidad o no de algunas herramientas y consideraciones adoptadas en los distintos Estados. Esto último se propone con la intención de identificar algunos retos en la aplicación de los estándares en materia de derechos humanos, en virtud de la posible vaguedad o ambigüedad que podría caracterizar algunas de las cláusulas de la CDPD y que los Estados no han podido o no han querido precisar en sus ordenamientos jurídicos internos. En ese sentido, el resultado final de la comparación propuesta será el de hacer una valoración crítica tanto del derecho interno como del mismo derecho internacional de los derechos humanos, en relación con las reales posibilidades de garantía de la igualdad para las personas con discapacidades.

Para tales efectos se tiene en cuenta que en estos tres países de Suramérica se ha ratificado la CDPD y, además, se han realizado ajustes en sus sistemas internos, de formas diversas, con el propósito de atender al modelo social de la discapacidad frente al ejercicio de la capacidad legal. No obstante, también se observan importantes tensiones, avances y estancamientos entre ellos, con respecto a la implementación de dicho modelo para el ejercicio pleno de la autonomía negocial de las personas con discapacidades. Si bien se trata de realidades distintas, entre estos tres países se comparte una tradición cultural común, además, su elección también está orientada por una tradición codificadora distinta, pues los tres ordenamientos responden a modelos diferentes entre sí; como también, a los procesos que se

---

<sup>7</sup> De acuerdo con la Observación General número 1 del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (2014), la protección que se debe brindar a las personas con discapacidades debe siempre respetar los derechos, la voluntad y las preferencias, lo que necesariamente incluye el derecho a asumir riesgos y a cometer errores (p. 6).

han adoptado para acoger e implementar los cambios exigidos frente al paradigma de la discapacidad y al régimen general de la capacidad negocial de personas con discapacidades.

Bajo este propósito, este escrito se organiza en cuatro acápite. En el primero, se presentan los antecedentes generales de los procesos normativos adelantados en cada ordenamiento jurídico, para las adecuaciones legales del régimen de la capacidad negocial de personas con discapacidades. En el segundo, se exponen los aspectos comunes que comparten las reformas realizadas en los tres ordenamientos. En el tercero, se presentan las diferencias que entre estos regímenes existen. Y, en el cuarto, se plantea, a manera conclusiva, un análisis en términos de qué tan cercanos o alejados están los tres ordenamientos jurídicos con respecto a los estándares internacionales de la capacidad negocial de personas con discapacidades, a la luz del enfoque de los derechos humanos; lo anterior, con el fin de establecer algunas buenas prácticas a tener en cuenta, en los procesos de implementación de la capacidad negocial para personas con discapacidades intelectuales y psicosociales, en estos regímenes.

Cabe precisar que el análisis normativo realizado en este documento se centra en el aspecto legal, es decir, se excluye la revisión de las normas reglamentarias respectivas, en atención a que se estima que la interpretación de la ley puede generar problemas en los posteriores desarrollos de esta. Así mismo, el análisis del ámbito legal constituye una etapa necesaria que influye luego en toda la parte reglamentaria y en las futuras políticas públicas que se requieren para la efectividad en los procesos de implementación, así como en la interpretación y aplicación en las administraciones de justicia. Esta elección de análisis legal se justifica también por el interés de determinar cómo desde la legislación se empiezan a romper paradigmas en relación con la discapacidad y, a la vez, se dejan asuntos difusos o, incluso, por fuera. Finalmente, la estructura planteada para el desarrollo de este texto, permite generar los contrastes efectivos para establecer cómo ha realizado el legislador, en cada uno de estos ordenamientos jurídicos, los ajustes a la normatividad interna, con el fin de acoger el modelo de discapacidad consagrado en la CDPD, lo que a la vez permite evidenciar las incoherencias intrínsecas en estos procesos normativos de adaptación del régimen de la capacidad negocial, frente a los estándares internacionales de los derechos humanos.

## **1. Breve referencia a los antecedentes normativos de los procesos adelantados en Argentina, Colombia y Perú para la adecuación del régimen de la capacidad negocial de las personas con discapacidades**

En los tres ordenamientos jurídicos objeto del estudio se ha ratificado e incorporado la CDPD a su normativa interna y, de igual forma, se han adelantado procesos de ajustes de varias normas jurídicas con el fin de hacer efectivo el mandato del art. 12 de este instrumento internacional, en términos del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, sin restricciones y en igualdad de condiciones con las demás personas.

En el caso de Argentina, la norma de referencia en relación con la discapacidad es la Ley 22431 del 16 de marzo de 1981, que creó el “Sistema de protección integral de los discapacitados”. Esta norma refleja el modelo médico-rehabilitador de la discapacidad, estableciendo una serie de medidas en favor de la persona con discapacidad, entendida como

un objeto de protección y cuidado. En cualquier caso, ya esta ley ordenaba garantizar a las personas con discapacidad “atención médica, su educación y su seguridad social, así como a concederles las franquicias y estímulos que permitan en lo posible neutralizar la desventaja que la discapacidad les provoca y les den oportunidad, mediante su esfuerzo, de desempeñar en la comunidad un rol equivalente al que ejercen las personas normales” (art. 1 ibidem). En 2022 se inició un proceso de discusión pública consistente en la Consulta Federal hacia una Nueva Ley de Discapacidad que, según lo que afirma la Agencia Nacional de Discapacidad (ANDIS), además de sustituir la Ley 22431, tenga un enfoque de “Derechos Humanos, con perspectiva de género, interseccional e intercultural, que se ampare en los lineamientos del Modelo Social que entiende a la persona primero como persona en el reconocimiento de sus derechos humanos, civiles, políticos y de libertades fundamentales”<sup>8</sup>.

No obstante esta ley marco adopta una visión antecedente al modelo social, la Ley 26378 del Congreso de la Nación aprobó la CDPD, con fecha de sanción del 21 de mayo de 2008 y promulgada el 6 de junio del mismo año. Con posterioridad, se sancionó la Ley 26657 de 2010, o Ley Nacional de Salud Mental y su Decreto Reglamentario 603 de 2013. Con estas normas se introducen reformas a las prácticas médicas y psiquiátricas en salud mental con el fin de favorecer la autonomía de las personas, su participación efectiva en la vida cotidiana y su capacidad de decidir. Adicionalmente, Argentina cuenta con un nutrido grupo de normas nacionales y provinciales en materia de acceso a la salud, pero también en relación con los derechos económicos, sociales y culturales que regulan en detalle distintos aspectos y medidas tendientes a garantizar una mayor inclusión y accesibilidad para personas con distintos tipos de discapacidades<sup>9</sup>.

Finalmente, en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyCN), en vigencia desde el año 2015, se modificó el régimen general de la capacidad legal, con importantes cambios en materia del ejercicio de dicha capacidad para personas con discapacidades, a la luz del modelo social. En particular, esta norma regula la designación de apoyos y la determinación de ajustes razonables. Sin embargo, al mismo tiempo subsisten unas situaciones excepcionales que generan la declaración de incapacidad o de capacidad restringida de personas mayores de 13 años, en razón a discapacidades intelectuales y psicosociales unidas a la consideración de la posibilidad de dañarse a sí mismo o a sus bienes, como también la permanencia del sistema de sustitución de la voluntad en ciertos eventos, como bien se expondrá más adelante.

En Perú, antes de la aprobación de la CDPD, la regulación en materia de discapacidad tenía como fuente de referencia la Ley 24067 de 1989, que regulaba “las acciones de salud, educación, trabajo y promoción social en los aspectos de promoción, prevención, rehabilitación y prestación de servicios al impedido a fin de lograr su integración” y que, a la manera de la ley argentina de 1981, adoptaba el enfoque médico rehabilitador. Esta ley fue

---

<sup>8</sup> En el sitio de la ANDIS es posible consultar las audiencias públicas: <https://www.argentina.gob.ar/andis/nueva-ley> y la Resolución 1661 del 15 de septiembre de 2022, aprobatoria del informe final con los aportes recibidos en las audiencias para la Nueva Ley, disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/271873/20220916>

<sup>9</sup> Toda la legislación argentina en materia de derecho a la salud, derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad, a nivel nacional y provincial, se encuentra completamente sistematizada en [http://www.legisalud.gov.ar/atlas/discapacidad\\_dataset.html](http://www.legisalud.gov.ar/atlas/discapacidad_dataset.html)

derogada por la Ley 27050 de 1998 que, aunque abandonaba el lenguaje peyorativo de la anterior, mantenía el mismo enfoque y centraba la atención en las deficiencias que se pudieran traducir en “alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de formas o márgenes considerados normales” (art. 2 *ibidem*). Sobre esa base, el objetivo de estas leyes era justamente el de rehabilitar con base en un criterio de supuesta “normalidad” de la capacidad.

Por su parte, el Congreso de la República de Perú aprobó la CDPD a través de la Resolución Legislativa 29127 del 30 de octubre de 2007; en el proceso de implementación de este instrumento internacional se aprobó la Ley 29973 de 2012 o ley general de la persona con discapacidad, que derogó la Ley 27050. Dicha ley fue complementada por su reglamento, expedido mediante Decreto Supremo N.º 002-2014 – MIMP. El objetivo del reglamento era “establecer las condiciones para la promoción, protección y realización, en condiciones de igualdad, de los derechos de las personas con discapacidad, así como su inclusión plena y efectiva en la vida política, económica, social, cultural y tecnológica” (art. 1 *ibidem*). Este decreto incorpora una serie de definiciones, dentro de las cuales vale la pena destacar la relativa a los ajustes razonables, sistemas de apoyos y la perspectiva de discapacidad. Esta última definida según el modelo social, con la particularidad de que se afirma que ella compromete la responsabilidad del Estado y la sociedad para eliminar las barreras que impiden la plena inclusión. Este reglamento contiene una amplia gama de disposiciones en relación con las obligaciones del Estado, los derechos de las personas con discapacidad, la accesibilidad (en infraestructura, comunicaciones y tecnologías de la información y la comunicación, justicia, salud y rehabilitación, educación y deporte, trabajo), responsabilidades estatales y sanciones.

La Ley 29973 también delegó la regulación del art. 12 de la CDPD a una comisión especial del legislativo, trámite que fracasó y, en consecuencia, fue necesario que el Presidente de la República expidiera el Decreto Legislativo N.º 1384 de 2018 por el cual se regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, esta última norma generó varias modificaciones al Código Civil peruano (Vásquez, Isaza y Parra, 2022). De igual forma, mediante el Decreto Supremo 016 de 2019, también del Ejecutivo, se reglamenta el otorgamiento de ajustes razonables, la designación de apoyos y la implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Por lo tanto, en este ordenamiento jurídico ha sido más fuerte la intervención y regulación por parte del gobierno nacional, con el fin de realizar los ajustes normativos necesarios para la implementación de los mandatos de la CDPD<sup>10</sup>.

Esta observación es interesante porque plantea una de las cuestiones centrales en relación con la implementación de este tipo de tratados internacionales, pues el hecho de que se trate de una Convención que subvierte categorías clásicas en el derecho, así como nociones atadas a una concepción cultural determinada, basadas en el capacitismo como forma de comprensión de la noción de sujeto y su capacidad, hace que el proceso de adaptación del ordenamiento jurídico deba darse en una de tres vías: la legislativa, de mayor legitimación

---

<sup>10</sup> Cabe resaltar también que este proceso de la reforma en Perú tuvo una duración de seis años e “involucró activamente al colectivo de personas con discapacidad” (Bregaglio y Constantino, 2023, p. 44).

en virtud del principio democrático, pero de mayor demora en su implementación; la judicial, por regla general de carácter contramayoritario y con efectos limitados; y la ejecutiva, con posibles reparos respecto a su legitimidad constitucional, pero con eventuales mayores facilidades para su implementación. Este aspecto podría ser relevante para efectos de la comparación, pues la vía tomada por cada Estado podría dar cuenta de algunos obstáculos iniciales (como que, por ejemplo, los legislativos, conformados por las mayorías, no priorizan las necesidades de quienes no están allí representados) y podría explicar, a su vez, los retos y dificultades en la aplicación.

Ahora bien, en Perú se cuenta con la Ley 30947 de 2019, o ley de salud mental, en la cual se plantea el principio del *enfoque de discapacidad* para la realización de las medidas necesarias, incluidos los ajustes razonables, para la eliminación de barreras que impidan el ejercicio pleno de la salud mental de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones (art. 3, ord. 13). En general, la regulación en este ordenamiento jurídico tiene importantes avances en el reconocimiento de la capacidad negocial de las personas con discapacidades; no obstante, aún subsiste la figura de la curatela con previa interdicción para personas pródigas, ebrios habituales y toxicómanos, tal como será objeto de posterior desarrollo y análisis.

Por su parte, en Colombia, se aprueba la CDPD a través de la Ley 1346 de 2009 y se ratifica el 10 de mayo de 2011. En el año 2009 se había promulgado la Ley 1306, por la cual se dictaban normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establecía el régimen de representación legal de incapaces emancipados, que adoptaba también el modelo médico rehabilitador. En virtud de esta regulación se mantenía la incapacidad absoluta para personas con discapacidad mental absoluta (se puede asimilar a los eventos de discapacidades intelectuales y del desarrollo), quienes eran sujetos de interdicción judicial y surgía la figura de la representación mediante un curador designado, es decir, se mantenía una restricción a la capacidad de ejercicio de personas mayores de edad, en atención a eventos de discapacidades, y también un modelo de sustitución a la voluntad de personas con discapacidad mental absoluta, concebidos en esta norma como mecanismos de protección (art. 18 *ibidem*). De igual forma, dicha ley regulaba la discapacidad mental relativa, para personas que podían poner en riesgo su patrimonio como consecuencia de “deficiencias en su comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial” (art. 32), lo cual se puede asimilar a situaciones de discapacidades psicosociales; para estas personas existía la declaración judicial de inhabilidad y la designación de un consejero que debía asistir a la persona en la celebración de ciertos negocios jurídicos.

Con posterioridad, se promulgó en Colombia la Ley Estatutaria 1618 de 2013 que consagra el enfoque de los derechos humanos para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidades. Ahora bien, el reconocimiento de una capacidad jurídica plena de las personas con discapacidades, en desarrollo de lo previsto en el art. 12 de la CDPD, sólo se instrumentaliza en el año 2019, como consecuencia de las observaciones formuladas a Colombia por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016)<sup>11</sup>,

---

<sup>11</sup> Las recomendaciones formuladas por este Comité al Estado colombiano, en el año 2016, se pueden resumir así: 1. Ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención. 2. Adopción de un plan para la revisión y modificación de toda la legislación que resulte contraria a la CDPD. 3. La eliminación de toda la terminología

frente a la implementación de la Convención en el país, lo que da lugar a la Ley 1996 de 2019, por la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. Esta última norma derogó varias de las disposiciones de la Ley 1306 de 2009, como también de los Códigos Civil y General del Proceso<sup>12</sup>.

Como aspectos principales de la Ley 1996 de 2019 se destaca la eliminación de la incapacidad, absoluta y relativa, para personas mayores de 18 años con discapacidades, como también la posibilidad que tiene toda persona mayor de edad de contar con apoyos para la manifestación de la voluntad y las preferencias al momento de celebrar actos y negocios jurídicos, la eliminación de las figuras de la interdicción e inhabilitación y, por ende, del modelo de sustitución de la voluntad para personas con discapacidades.

De la presentación de estos antecedentes normativos en los tres ordenamientos jurídicos surgen algunas inquietudes preliminares al ejercicio de comparación, en relación con la forma en que cada uno ha adoptado la CDPD y sus principios, así como frente a las modalidades para dar cumplimiento a la obligación de revisar y adecuar su regulación interna a los términos de esta Convención.

En ese sentido, una primera pregunta que podría surgir tiene que ver con la manera en que se puede considerar que el Estado está cumpliendo con dicha obligación, pues como se indicó, en los tres ordenamientos coexistieron durante un periodo considerable la legislación con enfoque de rehabilitación de la persona con discapacidad, con el mandato de incorporación del modelo social de discapacidad. A esto se suma que ninguno de los tres Estados aprobó reservas a la Convención, elemento de la mayor importancia si se consideran los tiempos transcurridos entre la aprobación del Tratado, su ratificación y las reformas (legislativas o por vía ejecutiva), así como su posible puesta en práctica, lo que permitiría intuir enormes obstáculos para el cumplimiento de las obligaciones derivadas para los Estados. Otro aspecto que puede ser interesante notar se relaciona con la existencia de una normativa “paralela” al derecho civil en materia de salud mental, educación, trabajo y derechos sexuales y reproductivos, en la que se desarrolla el espíritu de la CDPD, pero que se refleja con mayores dificultades o, cuanto menos, más lentamente en la normatividad de derecho privado propiamente dicho.

En fin, también en relación con lo que se anotaba en precedencia respecto de la adaptación del derecho interno por una de tres vías (legislativa, judicial o ejecutiva), valdría la pena preguntarse, con miras a determinar las herramientas concebidas y su aplicabilidad, la fuente en el derecho interno que recoge e incorpora los principios de la CDPD y desarrolla reglas específicas para su garantía. En ese sentido, existe una diferencia radical entre los tres ordenamientos, pues mientras en Argentina las respuestas provienen del código mismo, en Perú y Colombia pareciera primar el proceso de descodificación y dispersión normativa. Esta anotación podría asumir relevancia para determinar, en un ejercicio de investigación

---

peyorativa en contra de los derechos y la dignidad de las personas con discapacidades. 4. La revisión de los criterios para el registro único para la localización y caracterización de personas con discapacidades.

<sup>12</sup> En Colombia también se cuenta con una norma sobre salud mental, la Ley 1616 de 2013, que está enfocada en la prestación de los servicios de salud para personas con enfermedades mentales, con el fin de garantizar el ejercicio pleno del derecho a la salud mental, mediante estrategias de promoción de la salud y prevención del trastorno mental.

posterior, si esta característica podría tener o no incidencia en la percepción de mayor o menor vinculatoriedad de los principios convencionales, así como por el mayor o menor desarrollo de los mandatos de la Convención. En adición, vale la pena destacar que en el caso peruano, frente a la omisión legislativa, ha asumido un papel más protagónico el poder ejecutivo.

## **2. Aspectos comunes en las modificaciones al régimen de la capacidad negocial de personas con discapacidades en los tres ordenamientos jurídicos**

En la regulación normativa de los tres ordenamientos se pueden encontrar puntos en común frente al reconocimiento de la capacidad negocial de las personas con discapacidades, mayores de 18 años, en relación con dos aspectos puntuales, respecto de los cuales se centrará el análisis por ser aquellos directamente relacionados con el ejercicio de la capacidad negocial: (i) los ajustes razonables para posibilitar la participación e interacción de las personas con discapacidades y (ii) los apoyos con que puede contar toda persona al momento de manifestar su voluntad y preferencias para la celebración de actos y negocios jurídicos, es decir, con respecto a la forma como se hace efectivo el ejercicio de la autonomía negocial en personas con discapacidades.

- i. El modelo social de la discapacidad implica centrar la atención en los factores externos, es decir, los contextos y entornos en los cuales las personas con discapacidades intervienen, para lograr su participación e interacción efectiva. En ese sentido, se reconoce la existencia de un déficit o deficiencia, pero sin reducir a la persona a estos, y se propone verificar de qué manera interactúan las barreras sociales, actitudinales y físicas para producir la discapacidad que, vista así, sería justamente el cúmulo de obstáculos que impiden la inclusión en condiciones de igualdad (Bernardini, 2016, p. 108). La consecuencia lógica de la incorporación de este paradigma es la del surgimiento de algunas cargas para el Estado dirigidas a remover las barreras con miras a corregir la situación de discriminación (Biel, 2009, p. 323). Esto se obtiene mediante diseños universales para todos y ajustes razonables. Los primeros, corresponden al “diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado” (CDPD, art. 2)<sup>13</sup>. Y, los segundos, los ajustes razonables, responden al mejoramiento de las condiciones en que se encuentra la persona con discapacidad, mediante la adaptación de sus entornos, en atención al principio de la dignidad humana y al derecho de igualdad (Aristizábal et al., 2021). Por lo tanto, los ajustes atienden a circunstancias concretas que implican una intervención o accesibilidad particular (De

---

<sup>13</sup> Esta exigencia implica que “la demanda de accesibilidad no se produce en abstracto ni en relación con ámbitos que poseen un alcance individual o personal, sino en comparación con los bienes y productos que algunos (la mayoría) disfrutan y se vinculan a la vida social”. En ese sentido, es una obligación en cabeza no sólo del Estado, sino de “todo aquel que participe en la creación de esos bienes y productos, en la realización de un servicio o en la satisfacción de un derecho”, comporta “tomarse en serio la vigencia de los derechos en las relaciones entre privados” (De Asís, 2015, pp. 102 y 103). Esto además se relaciona con la exigencia de respeto por la dignidad humana, pues en su dimensión objetiva de derecho fundamental, y en consideración a que “este derecho fundamental se impone a todos, otras instancias además del Estado están también vinculadas por esta obligación de consideración a la persona humana” (Carvajal Sánchez, 2020, § 128).

Asís, 2013), debido a que con los diseños existentes no se está posibilitando el acceso efectivo de la persona con discapacidad. Ahora bien, la razonabilidad obedece a que el ajuste que se debe realizar no genere una carga desproporcionada o indebida para garantizar el acceso respectivo<sup>14</sup>, por exigencia explícita de la CDPD en su artículo 5.

Dichas adaptaciones pueden referirse a distintos aspectos, por ejemplo, cambios físicos y de infraestructura o de herramientas, cambios en las metodologías, horarios, establecimiento de criterios específicos de interpretación de una situación (verbigracia, para la contratación o para la realización de un interrogatorio o la práctica de pruebas), el otorgamiento de ayudas (técnicas y de recurso humano) para facilitar la comunicación efectiva o garantizar la verificación de la comprensión de la información y las modificaciones organizacionales necesarias.

Sin embargo, cabe anotar que la definición de la CDPD sobre los ajustes razonables, al incluir la fórmula relativa al límite consistente en que no comporte una carga indebida o desproporcionada, lleva a dificultades en la interpretación, aplicación y exigibilidad de los ajustes razonables como un derecho subjetivo de las personas con discapacidad o, más derechamente, como una obligación internacional del Estado. Admitir que lo son, podría comprometer la responsabilidad patrimonial e internacional de los Estados frente a la exigibilidad judicial de la “obligación” de realizar ajustes razonables. Aunque la indeterminación se mantiene, la inescindible relación entre la realización de ajustes razonables y el principio de no discriminación e igualdad llevaría a concluir que efectivamente existe una obligación en cabeza de los Estados parte de la CDPD, pues la no adaptación mediante ajustes razonables comporta necesariamente discriminación (Biel, 2009, p. 324)<sup>15</sup>. Por el momento, la interpretación de esta cuestión está sujeta a distinguir entre la accesibilidad y los ajustes razonables. Según la Observación General número 2, en adelante OG2, del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014), la primera constituye una “obligación *ex ante*. Por tanto, los Estados partes tienen la obligación de proporcionar accesibilidad antes de recibir una

---

<sup>14</sup> Por ejemplo, el diseño universal para la accesibilidad de todas las personas exige que todas las entidades públicas, y las entidades privadas que presten servicios públicos, cuenten con las condiciones locativas y arquitectónicas para que cualquier persona pueda acceder a sus instalaciones. En el caso de personas con movilidad reducida en aquellos sitios que no permitan su fácil acceso, se deben disponer rampas, ascensores y otros sistemas, para lograr su acceso efectivo, es decir, se debe proceder con los ajustes, adaptaciones o modificaciones necesarias para posibilitar dicho acceso.

<sup>15</sup> Begraglio Lazarte (2015, p. 94), haciendo referencia a Pérez Bueno, precisa que “una de las características del ajuste razonable es que la adecuación del entorno no generan [*sic*] una carga desproporcionada (elemento del carácter razonable) para el sujeto obligado. La razonabilidad de la medida implicará, siguiendo la lógica de la ponderación (en tanto se está frente a una garantía derivada del principio de igualdad y no discriminación), la consideración de los elementos de *razonabilidad (orientado a la idoneidad de la medida) y carga indebida (vinculada a la existencia de una alternativa menos lesiva o necesidad)*. Es importante en este punto señalar las tensiones que existen entre el llamado “margen de apreciación de los Estados” y la posibilidad de que la razonabilidad del ajuste sea controlada por un órgano internacional de derechos humanos. La noción de razonabilidad estaría dejando en cabeza de los Estados la determinación de si el ajuste procede o no. No obstante, ello podría ser impugnado ante un mecanismo internacional y correspondería a este Comité [sobre los derechos de las personas con discapacidad] revisar íntegramente el criterio de denegación del ajuste, convirtiéndose en definitiva en una cuarta instancia. Esto ha ocurrido en el [...] caso resuelto por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad contra Suecia [Caso Jungelin v. Suecia, 27 de octubre de 2014]” (cursivas fuera de texto).

petición individual para entrar en un lugar o utilizar un servicio”. Por el contrario, los ajustes razonables constituyen una “obligación *ex nunc*, lo que significa que estos son exigibles desde el momento en que una persona con una deficiencia los necesita en una determinada situación, por ejemplo, el lugar de trabajo o la escuela, para disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones en un contexto particular. En este caso, las normas de accesibilidad pueden servir de indicador, pero no pueden considerarse obligatorias” (pars. 25 y 26).

En atención a estas precisiones sobre los *ajustes razonables*, los tres ordenamientos jurídicos que se analizan en este trabajo disponen la realización de modificaciones o adaptaciones necesarias para posibilitar la participación efectiva de las personas con discapacidades.

En Argentina, el legislador establece la realización de ajustes razonables en atención a las necesidades y las circunstancias de la persona, por parte de los jueces en los procesos de designación de apoyos para personas con capacidad restringida (art. 32, inc. 2 CCyCN), lo que incluye también las entrevistas personales que el juez debe realizar al interesado, en las cuales se debe asegurar “la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél” (art. 35 CCyCN).

A su turno, en Perú, acorde con las normas jurídicas revisadas, se dispone que los ajustes razonables se deben dar en todos los entornos en los cuales participa la persona con discapacidad, esto es, en el ámbito académico (arts. 37, 38 y 39 de la Ley 29973 de 2012), laboral (art. 50 *ibidem*)<sup>16</sup> y, en general, para el ejercicio de su capacidad jurídica (art. 45 del Código Civil, que fue modificado por el Decreto Legislativo 1348 de 2018). También resulta importante destacar la regulación sobre el acceso a la información y la accesibilidad cognitiva, ambos aspectos esenciales para el ejercicio de la capacidad negocial de las personas con discapacidades intelectuales y del desarrollo<sup>17</sup>, en el sentido de exigir a las entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos, la emisión y entrega de información en formatos accesibles y con un lenguaje sencillo (art. 6 Decreto Superior 016 de 2019)<sup>18</sup>; como también la

---

<sup>16</sup> En esta materia se destaca la *Guía Básica de Ajustes Razonables: aplicable a personas con discapacidad* elaborada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en consideración a que dicha entidad ha identificado que “existen aún prejuicios sobre los costos para implementarlos [los ajustes razonables]”, mientras que, “en realidad en la mayoría de casos las adaptaciones o modificaciones que requiere una persona con discapacidad en un empleo específico tiene costos bajos y asegura su productividad y sostenibilidad en el empleo”. En ese sentido, dicha guía se propone “poner al alcance de las personas con discapacidad, los consultores de los servicios de los Centros de Empleo y empleadores conceptos básicos, normas que son aplicables y ejemplos prácticos sobre su aplicación” (p. 3). Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/mtpe/informes-publicaciones/1745455-guia-basica-de-ajustes-razonables-aplicable-a-personas-con-discapacidad> (última consulta: 2 de diciembre de 2022).

<sup>17</sup> La accesibilidad cognitiva se refiere a una “característica que tienen las cosas, los espacios o los textos que hace que los entiendan todas las personas”. Y cuando se trata de documentos escritos dicha accesibilidad implica una lectura fácil, es decir, que su redacción se encuentre en un lenguaje claro y sencillo que permita su acceso y comprensión por cualquier persona. Para mayor información se puede ver: <https://www.plenainclusion.org/discapacidad-intelectual/recurso/accesibilidad-cognitiva/>

<sup>18</sup> Para efectos de la información en formatos y medios accesibles, esta norma contempla los siguientes: lengua de señas, sistema braille, comunicación táctil, macrotipos, visualización de textos, dispositivos multimedia,

obligación, para dichas entidades, de emplear un lenguaje claro y sencillo en sus procedimientos y en los documentos vinculados con el ejercicio de la capacidad jurídica de personas con discapacidades (art. 7 *ibidem*). Además, las entidades públicas y privadas que presten servicios públicos deben permitir la participación de una persona de confianza de la persona con discapacidad, que no haya designado previamente un apoyo, para efectos de facilitar la comunicación durante la realización de actos jurídicos (art. 9 *ibidem*).

En Colombia, en materia de ajustes razonables para personas con discapacidades, resulta fundamental, en primer término, la Ley Estatutaria 1618 de 2013 que contempla tanto los ajustes razonables como los acuerdos de apoyo dentro del concepto de *inclusión social*, este último entendido como las “acciones concretas que ayuden a mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad” (art. 2, ord. 2), y es que, precisamente, la finalidad que se busca con los ajustes y los apoyos para personas con discapacidades es contribuir al mejoramiento de su calidad de vida, este es el criterio que debe guiar todas las intervenciones que se realicen en este ámbito, desde un enfoque de los derechos humanos<sup>19</sup>.

Ahora bien, en la Ley 1996 de 2019, art. 3, ord. 6, reproduce la definición que consagra el art. 5 de la CDPD; de manera que, dichos ajustes deben proporcionarse en todos los ámbitos de la vida de la persona con discapacidad, lo que refuerza la perspectiva de derechos humanos que esta normativa tiene en materia de discapacidad. Y, específicamente, para el ejercicio de la capacidad negocial se establece el derecho que tiene la persona con discapacidad, mayor de 18 años, de realizar actos jurídicos de forma independiente, para lo cual puede contar con las modificaciones y los ajustes necesarios, que pueden darse en el ámbito de la comunicación y la comprensión, lo que no desestima la presunción de capacidad negocial plena de la persona con discapacidades (art. 8 *ibidem*).

Frente a los ajustes razonables en el caso colombiano, también es importante mencionar la consagración de normas relacionadas con la accesibilidad cognitiva, de manera similar a lo dispuesto en Perú, para hacer efectivo el derecho a la información y las comunicaciones consagrado en el art. 16 de la Ley Estatutaria 1618 de 2013<sup>20</sup>. Así

---

lenguaje escrito, sistemas auditivos, lenguaje sencillo, medios de voz digitalizada, y otros modos y medios aumentativos o alternativos de comunicación.

<sup>19</sup> De igual forma, en la Ley Estatutaria 1618 de 2013 se propone el concepto de *acciones afirmativas*, como las “políticas, medidas o acciones dirigidas a personas o grupos con alguna discapacidad, con el fin de eliminar o reducir las desigualdades y barreras de tipo actitudinal, social, cultural o económico que los afectan” (art. 2, ord. 3).

<sup>20</sup> Dentro de esta norma dispuesta en la Ley Estatutaria 1618 de 2013, es importante destacar lo siguiente, en relación con la *accesibilidad* para personas con discapacidades, en desarrollo del derecho a la información y las comunicaciones, primero, frente al trabajo que se debe realizar para superar las barreras actitudinales, que son las principales que encuentran las personas con discapacidades intelectuales y psicosociales, en el ord. 5 se dispone como obligación del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (MinTic’s): “Promover estrategias de información, comunicación y educación permanentes, para incidir en el cambio de imaginarios sociales e individuales acerca de las potencialidades y capacidades de las personas con discapacidad.” Y, segundo, en el ord. 6 sobre la promoción de estrategias de información y divulgación

también, los ajustes que se deben implementar para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos, principalmente con el fin de lograr la toma de decisiones informadas en este ámbito, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 1904 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia.

De esta breve enunciación, puede concluirse que los tres ordenamientos han adoptado una serie de medidas para asegurar la accesibilidad y la realización de ajustes razonables. Para ello, han adoptado una definición que sigue la establecida en la CDPD, traduciéndola en la determinación de unas obligaciones específicas para las entidades públicas y privadas, de manera que garanticen la inclusión efectiva de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones. En cualquier caso, y atendiendo exclusivamente a las previsiones normativas, surgen interrogantes sobre la efectiva aplicación de estas medidas, pues, como se anotó, la posibilidad de confundir accesibilidad con la realización de ajustes razonables, así como la ambigüedad de algunos conceptos relacionados, pueden hacer entrar en crisis la exigibilidad de los ajustes razonables. Tanto es así que, de hecho, las normas prevén la adopción de medidas de discriminación positiva sin que, por lo demás, sea claro de golpe cuáles son las consecuencias frente a su incumplimiento, si existen sanciones precisas o procedimientos disciplinarios (o penales) específicos, al menos en el plano legislativo.

Esta configuración caracteriza la que podría ser una de las principales barreras de aplicación del enfoque de derechos humanos y que, además, comporta una fuerte incoherencia con la adopción del modelo social, toda vez que los Estados, en cumplimiento de la obligación de adaptación del derecho interno a los estándares internacionales de la Convención, parecieran hacer una operación casi automática, sin prever disposiciones que doten de una cierta coercibilidad los mandatos convencionales.

En ese sentido, cuando se establecen fórmulas generales y vagas en su definición, sin la determinación de obligaciones precisas y claras (con la consiguiente indicación de sujetos y entidades obligadas), conviene preguntarse si pueden tenerse por satisfechos los estándares internacionales y, en el caso específico, si se está adoptando efectivamente el modelo social, en la medida en que sin el aspecto de la coercibilidad difícilmente se garantizará la accesibilidad y, en consecuencia, no habrán acciones dirigidas de forma real y efectiva a la eliminación de las barreras.

A esto se suma que las normas, previstas en abstracto y sin un componente pedagógico incluido en ellas, tampoco enfrentan de manera efectiva las barreras actitudinales que son, sin lugar a dudas, obstáculos de mayor dificultad y entidad que incluso otras. Así, los Estados podrían estar diluyendo su responsabilidad, con la determinación de normas generales y abstractas, pero dejando a quienes deben interpretar y aplicar las normas amplios márgenes de discrecionalidad, sin consecuencias específicas frente a conductas constitutivas de discriminación e, incluso, violencia institucional por la

---

accesibles para personas con discapacidad, para lo cual el MinTic's debe facilitar los canales de divulgación mediante los medios de comunicación públicos y un llamado de responsabilidad social a los medios privados.

violación de derechos humanos<sup>21</sup>, bajo el entendido de que, en materia de discapacidad, el cambio de paradigma no implica la consagración de “nuevos derechos humanos y que, en su lugar, lo que busca es adaptar la protección de los derechos humanos existentes a la situación única de las personas con discapacidad” (Del Águila, 2015, p. 61).

- ii. En relación con el tránsito de un modelo de sustitución de la voluntad para personas con discapacidades, hacia un modelo de apoyos para la manifestación de la voluntad en la celebración de actos y negocios jurídicos, se tiene que en los tres ordenamientos jurídicos se dispone la posibilidad de realizar acuerdos de apoyos o designación judicial de apoyos, acorde con la situación, con el fin de promover la autonomía de las personas con discapacidades y facilitar los procesos de comunicación, comprensión y manifestación de su voluntad y preferencias en el ejercicio de sus derechos.

Para el análisis de la normatividad relativa a este aspecto, conviene recordar que el concepto de apoyos, al margen de si su designación se da en virtud de un acuerdo o por vía judicial, resulta esencial en la adopción del modelo social de la discapacidad, pues gracias a ellos la persona con discapacidad se apropia de sus decisiones, con lo cual, si en efecto va de la mano con la superación de las barreras actitudinales y basadas en el prejuicio, permite hacer frente al asistencialismo y paternalismo que, bajo la excusa de proteger, discrimina<sup>22</sup>. De esta manera, se puede relacionar el reconocimiento de la autonomía de las personas con discapacidad con la previsión e incorporación del principio de igualdad y no discriminación: tanto la realización de los ajustes razonables, en garantía de la accesibilidad, como la celebración de acuerdos de apoyo o su designación judicial, permiten concretar la igualdad en el ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad.

En el caso de la toma de decisiones, es de suma relevancia comprender que la autonomía de las personas con discapacidad constituye un principio rector de la CDPD

---

<sup>21</sup> En el ámbito interamericano no hay lugar a dudas sobre el hecho de que las conductas en virtud de las cuales el Estado incurre en violencia, por medio de actuaciones de sus agentes basadas en el prejuicio (sexual, de género, por discapacidad, estatus migratorio, nacionalidad, edad, clase, raza, entre otros), podrían comprometer su responsabilidad internacional. El fundamento para ello radica en que con dichas conductas hay una discriminación contraria al derecho internacional de los derechos humanos; en otras palabras, constituyen una verdadera violación a los derechos humanos. De igual manera, el fundamento para reprochar la violencia institucional deriva de las implicaciones en términos de normalización de la violencia y de ratificación de las violencias simbólicas en contra de grupos especialmente protegidos. En relación con la responsabilidad del Estado, la violencia institucional da cuenta de una indiscutible falla en el servicio que, como fundamento de imputación, habilita los reclamos indemnizatorios en su contra. De hecho, la Corte Constitucional colombiana ya ha señalado expresamente la posibilidad de pretender la reparación del daño por violencia institucional en la Sentencia T-344 de 2020; y en un caso que involucraba justamente a una mujer con discapacidad, en la que confluían otros factores de discriminación, calificó la conducta negligente del Estado como violencia institucional, en la Sentencia T-410 de 2021. Cfr. Rueda (2021).

<sup>22</sup> Son particularmente interesantes las reflexiones de Hunt (1996) que comportan una crítica al paternalismo y al asistencialismo como manifestaciones de sentimientos que, aunque bienintencionadas y basadas en la supuesta admiración por las personas con discapacidad y su resiliencia, podrían ocultar un juicio discriminatorio, pues estarían basados en el menosprecio y la premisa de que efectivamente hay una condición de minoridad, con lo cual se estimula un trato establecido de manera exclusiva en la compasión, no en la empatía real o en la igualdad.

y, sobre esa base, su garantía es una obligación para el Estado, como la posibilidad de garantizar la toma de decisiones de conformidad con las propias convicciones sin que nadie interfiera. En otras palabras, el ejercicio de la autonomía exige la participación efectiva, entendida en términos de hacer exigible que quien debe manifestar su opinión pueda conocer toda la información relevante para tomar una decisión (información que debe ser completa, cualificada, comprensible y accesible), que pueda expresar su decisión libre de toda coerción, que esté vinculada de manera real a su consentimiento y voluntad, y que dicha opinión sea tenida en cuenta y respetada. De hecho, “en el ámbito de la discapacidad, garantizar el derecho de tomar decisiones a las personas con discapacidad intelectual o sicosocial es fundamental para el resto del colectivo. Cuestionarlo, independientemente del tipo o grado de discapacidad de esa persona, es comenzar a resquebrajar el derecho de todas las demás personas con discapacidad” (Del Águila, 2015, pp. 61-62).

Ahora bien, esta comprensión de la autonomía de las personas con discapacidad no implica ocultar las diferencias propias provenientes de la discapacidad. En ese sentido, permitir la toma de decisiones de forma autónoma demanda involucrar también al entorno, pues es de allí de donde provienen muchas de las barreras en el acceso y en el ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones. Así, reconocer la autonomía no puede confundirse con la idea de que las personas con discapacidad, por el sólo hecho de haber incorporado la CDPD en el ordenamiento interno y de haberlo adaptado, están en la posibilidad real de actuar y decidir sin ningún tipo de ayuda, por lo que reconocer la capacidad para decidir y la independencia no tendría por qué confundirse con autosuficiencia o indiferencia por las necesidades específicas derivadas de la deficiencia o de la discapacidad misma.

Esta visión de la autonomía comporta reconocer la independencia de las personas con discapacidad, pero como interdependencia que, a su vez, incorpora los apoyos como una premisa para el ejercicio de la autonomía (Del Águila, 2015, pp. 65 y 67)<sup>23</sup>. No se trata entonces de dejar a las personas con discapacidad a su suerte para vivir aisladas, sino de conceder igualdad de oportunidades para decidir y tomar el control sobre su cotidianidad, autodeterminarse y respetarse a sí mismas (Schulze, 2010, p. 108).

Esta concepción demanda una interpretación equilibrada del ejercicio de la autonomía que, a su vez, se relaciona con el respeto de la dignidad humana, de manera que no comporte asumir, de forma errada, que su garantía implica un reconocimiento absoluto

---

<sup>23</sup> Del Águila (2015) explica que este es un concepto esencial para comprender la autonomía, en tanto la idea errónea de autonomía como autosuficiencia puede conducir a abusos o excesos, por lo que se hace necesario que, en su reconocimiento, se adopte un modelo dirigido a empoderar a las personas con discapacidad. Dentro de los excesos en la aplicación del derecho a la autonomía el autor enumera “El desarrollo de diversas prácticas de autoexclusión: el encierro dentro de sí mismo o dentro de su propio grupo de referencia. La negación a recibir apoyo cuando a veces se necesita, ya sea por orgullo o debido a un falso sentimiento de autosuficiencia. La exclusión, desvalorización o desconfianza que se experimenta o expresa frente a toda persona o grupo que no presente alguna discapacidad, o cuya discapacidad no sea visible o evidente. La incapacidad de identificar aliados, que también experimenten proceso de exclusión, con quienes congregarse para formar una plataforma de lucha común” (p. 67).

de la individualidad en un contraste absoluto y totalitario con la solidaridad<sup>24</sup>. En ese sentido, Carvajal Sánchez (2020, § 129) advierte que “una protección positiva de la dignidad humana supone cierto grado de paternalismo del Estado” en virtud de su “obligación de encargarse de las personas menos favorecidas o más vulnerables con el fin de promover de manera más objetiva el mejor estado real de respeto de la dignidad humana. [...] Por consiguiente, la protección positiva del principio de dignidad sería una *condición de eficacia del principio de libertad*, que permitiría gozar de manera efectiva de una autonomía real (libertad positiva) y de aprovechar de mejor manera su existencia (calidad de vida)”.

Por supuesto, estas consideraciones imponen el reto de garantizar la protección, en función de la vulnerabilidad, pero sin incurrir en discriminación enmascarada de paternalismo. Esta discusión conviene afrontarla en el derecho privado, con miras a establecer el alcance de la autonomía y la manera en la cual la vulnerabilidad puede condicionar la libertad y afectar las relaciones entre los agentes del mercado, bien sea por su existencia, como por la posibilidad de discriminación en contra de quien la padece<sup>25</sup>. Por lo demás, tampoco puede ignorarse que, a lo largo de la historia del derecho, se ha exaltado la autonomía como un valor incuestionable, pero basado en un enfoque puramente capacitista, cuyo referente es un sujeto de derecho con características no pertenecientes a las mayorías, sino fundada en un esquema de opresión que edifica a dicho sujeto como, presumiblemente, universal y representativo de la totalidad de la humanidad: hombre adulto, propietario, heterosexual, cuya capacidad se ha valorado en términos de “normalidad” y en vigencia de modelos excluyentes de la diversidad (Costa, 2016, p. 34).

De igual manera, la consideración sobre la vulnerabilidad en relación con la autonomía también comporta superar la idea de la autosuficiencia, en términos del neoliberalismo más puro, pues sería necesario ver al sujeto ya no “como un individuo abstractamente racional y autónomo, sino más bien como ser eminentemente relacional, cuya situación en el mundo está determinada no sólo por sus cualidades, capacidades y recursos, sino también por dimensiones estructurales de tipo ambiental o social” (Longo y Lorubbio, 2021, p. 2). Así, aunque la capacidad pareciera ser la regla en el derecho, como también la presunción de que comporta tomar cualquier decisión sin ayuda, bien podría cuestionarse que, normalmente, en el tráfico jurídico todas las personas acuden a algún apoyo para decidir, luego la interdependencia (y los apoyos como expresión de ella) es una propiedad del ejercicio de la autonomía, aún en ausencia de discapacidad. Lo cual también genera cuestionamientos frente a la concepción tradicional de la autonomía

---

<sup>24</sup> Esta consideración también llevaría a cuestionar la tajante oposición entre individualismo y solidaridad como dos categorías inconciliables, en virtud de lo cual la salvaguarda de uno comporta la negación de la otra. Por ejemplo, en el ámbito de las relaciones familiares ya se ha señalado que dicha visión puede conducir a un uso “excluyente” y “pretextuoso” de la solidaridad, cuando se aplica en su sentido de pertenencia del sujeto a un grupo o comunidad, en virtud de lo cual, en desmedro de su valoración como sujeto, se ve obligado a ceder frente a valores que, por su connotación colectiva, se consideran superiores. Llevar al extremo esta visión está a la base de los totalitarismos, de allí que antes que verlos en oposición, podría ser útil ver la solidaridad y el individualismo en un punto medio de realización mutua. Cfr. Rueda, 2020, pp. 103-110.

<sup>25</sup> Ya Becker, G. (1971) demostró que la discriminación se traduce en unos costos reales para los agentes del mercado (tanto para quien discrimina como para quien la padece), que se refleja en una reducción de los ingresos.

negocial, de corte liberal e individualista, para dar lugar a una *autonomía relacional* en virtud de la cual “todas las personas, en mayor o menor medida, confían en otras para tomar sus decisiones y dotarlas de efectos y se ven influidas por el contexto social, económico, familiar, etc., en esta tarea” (Cuenca, 2021, pp. 58-59).

De todo lo anterior se deriva que el reconocimiento de los apoyos no comporta un desconocimiento de la autonomía y sea necesario que los Estados dirijan todos sus esfuerzos a su garantía, como forma de dotar de eficacia la igualdad. En el caso de los ordenamientos que se están comparando, como ya se dijo, se prevén tanto los acuerdos de apoyo, como su designación judicial.

En Argentina, los sistemas de apoyo pueden ser judiciales o extrajudiciales (art. 43 CCyCN) y están dirigidos a facilitar a la persona que los requiera la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general (art. 43 *ibidem*). En dicho contexto también se habla de apoyos formales, sean judiciales o extrajudiciales, como los necesarios para la concreción de actos y negocios jurídicos, y de apoyos informales referentes a los actos de la vida cotidiana de las personas (Muñoz, 2005). En este punto también resulta importante el principio de la interdisciplinariedad que dispone el art. 31 del CCyCN, en el sentido de no circunscribir la designación de apoyos a una valoración médica, sino a la evaluación que se debe realizar por parte de un equipo interdisciplinario, el cual no sólo debe valorar el aspecto individual, sino también a la persona en su contexto y en la complejidad relacional (Muñoz, 2005), lo cual resulta acorde con el modelo social de la discapacidad.

En el ordenamiento jurídico argentino también se dispone, como un mecanismo de apoyos futuros, la celebración de directivas anticipadas que consisten en que una persona plenamente capaz puede anticipar decisiones y conferir mandato respecto a su situación de salud y en previsión de una futura incapacidad; de igual forma puede, a través de esta figura, designar una o varias personas que expresen su consentimiento para actos médicos y para ejercer su curatela. Además, se precisa que las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas (art. 60 CCyCN).

En el caso de Perú, los apoyos se definen como una forma de asistencia libremente elegida por una persona mayor de edad, con el fin de facilitar el ejercicio de actos que producen efectos jurídicos, en el marco de sus derechos (art. 9 del Decreto Supremo 016 de 2019). De igual forma, se establece que los apoyos pueden recaer en una o más personas individuales o jurídicas, sin fines de lucro o instituciones públicas; y se precisa que esos apoyos no tienen carácter de representación, es decir, atienden a un modelo de apoyos a la manifestación de voluntad, no de sustitución de ésta, salvo que en la sentencia o en la escritura pública de designación se establezca expresamente la figura de la representación. Con respecto a las funciones de los apoyos, similar a lo que ocurre en Argentina, se establece las siguientes: facilitar la comunicación, la comprensión de los actos que producen efectos jurídicos y sus consecuencias, la orientación a la persona en la realización de actos jurídicos y facilitar la manifestación de voluntad de la persona que cuenta con el apoyo (art. 10 *ibidem*).

En el ordenamiento jurídico peruano los apoyos también se pueden dar en forma facultativa, es decir, por la designación que realice la misma persona con discapacidad, vía notarial o judicial; y el apoyo excepcional, mediante la designación que realice el juez cuando la persona con discapacidad no puede manifestar su voluntad o cuenta con capacidad restringida. Finalmente, en Perú se dispone la designación de apoyos y salvaguardias a futuro, por la cual una persona mayor de edad puede determinar, ante notario, quiénes son sus apoyos en caso de necesitar asistencia futura para el ejercicio de sus derechos (art. 3 Decreto Legislativo 1348 de 2018).

En Colombia, los apoyos son tipos de asistencia que se pueden prestar a personas con discapacidad para facilitar el ejercicio de su capacidad legal (art. 3, ord. 4, Ley 1996 de 2019). La naturaleza de los apoyos que la persona requiere se puede determinar mediante una declaración de voluntad de ésta o a través de un procedimiento de valoración de apoyos, de carácter técnico, para establecer qué apoyos formales requiere la persona con discapacidad (art. 11 Ley 1996 de 2019); este proceso de valoración de apoyos está a cargo de instituciones públicas y entidades privadas que cumplan con los requisitos dispuestos en el art. 2.8.2.4.3 del Decreto 487 de 2022<sup>26</sup>.

Los sistemas de apoyo también se regulan a través de la Resolución 1904 de 2017 del Ministerio de Salud y Protección Social, en términos de estrategias, medios, métodos y recursos en diferentes ámbitos (información, comunicación, tecnología, accesibilidad y redes de apoyo), especialmente para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidades en materia de salud y, particularmente, para el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. En esta norma se dispone que los apoyos en este ámbito pueden ser técnicos y tecnológicos (art. 13.1), como también personales, esto es, brindados por personas de confianza elegidas por la persona con discapacidad o personas de su red de apoyo familiar, comunitario o institucional (art. 13.2). Frente a este último apoyo, el personal, se reitera que dicha asistencia se debe brindar atendiendo siempre a la voluntad y las preferencias en la toma de decisiones informadas, sin que constituya en ningún momento una sustitución de la voluntad.

Ahora bien, en Colombia se disponen tres mecanismos para la designación de los apoyos: a) La persona con discapacidad, titular del acto jurídico, puede celebrar un *acuerdo de apoyos* con la persona o personas que ella desee, para el acompañamiento en la celebración de actos o negocios jurídicos específicos, procedimiento que se puede realizar a través de los centros de conciliación en derecho y las notarías; b) La *designación judicial de apoyos*, a través de un proceso a solicitud de la persona titular del acto jurídico (jurisdicción voluntaria) o a petición de un tercero (proceso verbal sumario), en los eventos que la persona titular del acto no pueda manifestar su voluntad y preferencias, luego de realizar todos los ajustes necesarios para tal fin; c) La celebración de *directivas anticipadas*, por las cuales se da a conocer una voluntad

---

<sup>26</sup> De conformidad con dicha norma, las entidades privadas interesadas en prestar el servicio de valoración de apoyos deben acreditar los requisitos de idoneidad (mínimo 2 años de existencia y de desarrollo de actividades relacionadas para poder ofrecer este servicio), accesibilidad (cumplimiento de la normativa sobre diseño universal y accesibilidad), talento humano (contar con profesionales en las áreas de las ciencias humanas, sociales o afines, y contar con un manual de procesos y procedimientos para la prestación del servicio de valoración de apoyos y con protocolos o guías para la atención de población con discapacidad).

futura para cuando la persona ya no pueda manifestar su voluntad, en el sentido de establecer que otra persona, o personas, de confianza la ejecuten mediante estas declaraciones (Ortiz, 2021). Estas directivas también se pueden celebrar ante centros de conciliación en derecho y en Notarías. Y en el evento de que la persona titular del acto no cuente con personas de confianza, los defensores de familia pueden ser designados judicialmente para cumplir las labores de apoyo a la persona con discapacidad (art. 14 Ley 1996 de 2019).

Para concluir con este acápite, se puede señalar que en los tres ordenamientos se han realizado adecuaciones normativas dirigidas a posibilitar el ejercicio de la capacidad negocial de todas las personas mayores de edad, lo que exige, frente a las personas con discapacidades, a la luz de un modelo social de la discapacidad, las adaptaciones necesarias de los entornos, es decir, la eliminación de las diferentes barreras existentes para permitir el acceso y la participación efectiva de las personas en todos los ámbitos de la vida y, en particular, para la celebración de actos y negocios jurídicos de forma autónoma, mediante la expresión de su voluntad y sus preferencias; para lo cual también se puede requerir contar con apoyos, de diversa índole, con el fin de hacer efectivo el ejercicio de la autonomía negocial.

En este sentido, los sistemas de apoyo, para tales fines, pueden ser brindados por varias personas, tanto individuales como entes jurídicos, que en ningún caso sustituyen la voluntad de la persona titular del acto o negocio jurídico, además tienen un carácter particular, específico y delimitado temporalmente, es decir, los apoyos para el ejercicio de la capacidad negocial tienen fijados los actos y negocios jurídicos para los cuales la persona titular de estos puede requerir dicho acompañamiento que, además, dependerá de las necesidades específicas que tenga la persona con discapacidad en los escenarios negociales concretos y con una temporalidad para la prestación de dichos apoyos<sup>27</sup>.

De igual forma, los tres ordenamientos tienen en común la disposición de medidas de salvaguardias frente a los sistemas de apoyo con los que cuenta la persona, como mecanismos para garantizar que siempre prevalezca la voluntad y las preferencias de la persona titular del acto jurídico, como también para evitar conflictos de intereses, abusos e indebida influencia. En adición, las directivas anticipadas (Argentina y Colombia) o la designación de apoyos y salvaguardias futuras (Perú), son una evidencia del ejercicio de la autonomía negocial en la actualidad, que involucra la previsión de futuras circunstancias que podrían afectar la manifestación de la voluntad y las preferencias de una persona, como también influir en el análisis de los lineamientos o

---

<sup>27</sup> En relación con el factor de la *temporalidad* de los apoyos se tiene que: en Argentina se dispone que la sentencia judicial de capacidad restringida y la declaratoria de incapacidad, pueden ser revisadas en cualquier momento, a instancias de interesado, y deben ser revisadas cada tres (3) años con fundamento en nuevos dictámenes interdisciplinarios y con la intervención personal del interesado (art. 40 CCyCN). En Colombia, los acuerdos de apoyo tienen una duración máxima de cinco (5) años, prorrogables (art. 18 Ley 1996 de 2019). Y en Perú se dispone que la persona que designe el apoyo (recordar que puede ser una designación facultativa, por la misma persona interesada, o excepcional mediante sentencia judicial) determina el plazo de actuación del apoyo o el acto específico para el cual se faculta a la persona designada como apoyo (arts. 17-18 Decreto Supremo 016-2019), lo que implica, por ende, una temporalidad de la medida de apoyo.

las directrices que se pueden observar para establecer, a futuro, dicha voluntad y preferencias de la persona titular del acto o negocio jurídico.

### **3. Diferencias entre los tres ordenamientos jurídicos en relación con el régimen de la capacidad negocial de personas con discapacidades**

La principal diferencia entre los tres ordenamientos, en relación con la adecuación de sus normas jurídicas para el ejercicio de la capacidad negocial plena de todas las personas mayores de edad, acorde con un modelo social de la discapacidad y, además, desde el enfoque de los derechos humanos, radica en mantener restricciones a la capacidad en ciertos ámbitos y a la permanencia de un modelo de sustitución de la voluntad para algunos eventos de personas mayores de 18 años, vinculados con discapacidades intelectuales y psicosociales.

Por ejemplo, en Argentina se mantiene la figura de los pródigos y la declaración judicial para su inhabilitación, con una asimilación de la prodigalidad a una situación de discapacidad que se define en el art. 48 del CCyCN<sup>28</sup>. La declaración de inhábil para las personas denominadas pródigos genera la designación de un apoyo para asistir al inhábil en actos de disposición entre vivos y en todos los demás actos que el juez determine en la sentencia (art. 49 ibidem); dicha inhabilitación cesa por declaración judicial, “previo examen interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona” (art. 50 ibidem), lo que reafirma la asociación que en dicho ordenamiento existe entre un posible trastorno en el comportamiento de la persona con una discapacidad, de tipo psicosocial, que la inhabilita para la celebración por sí misma de actos jurídicos que impliquen el manejo y la disposición de su patrimonio.

En este ordenamiento jurídico también se consagra la *capacidad restringida*, esto es, la limitación que un juez puede establecer para la actuación jurídica de una persona mayor de 13 años “que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes” (art. 32 CCyCN). Por lo tanto, se vincula la discapacidad con la existencia de una enfermedad o padecimiento mental, es decir, se mantiene un modelo médico para estos eventos. En principio, las personas declaradas judicialmente con capacidad restringida deben contar con el apoyo o los apoyos necesarios, con la especificación de las funciones de estos y los ajustes razonables que procedan, acorde con el art. 43 ibidem; en tal sentido, se establece un modelo de apoyos a la manifestación de la voluntad para los casos de personas con capacidad legal restringida. Sin embargo, en el art. 101 CCyCN se dispone que los apoyos designados pueden tener funciones de representación de la persona interesada para determinados actos, de acuerdo con la sentencia judicial.

---

<sup>28</sup> En este artículo se dispone lo siguiente: “ Pródigos. Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes” (Resaltados fuera del texto).

En adición, en Argentina se vincula la capacidad jurídica, y específicamente la capacidad legal o de ejercicio, con la capacidad de discernimiento, al prescribir que la persona que se encuentre privada de razón carece de dicha capacidad (art. 261, literal a del CCyCN). En consecuencia, en el ordenamiento jurídico argentino se encuentra que existen eventos excepcionales para los cuales el sistema de apoyo para las personas con discapacidades resulta ineficaz, frente a personas en absoluta imposibilidad para interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato idóneo (Lafferriere, 2020), de manera que la persona no se puede desempeñar por sí misma, por lo cual requiere una ayuda mayor, eventos en los cuales el juez puede declarar la incapacidad y designar a un curador que represente a dicha persona en todos los actos de la vida civil, de conformidad con el art. 32 del CCyCN. De esta forma puede afirmarse que, en Argentina aún se mantiene, para estos eventos excepcionales, un modelo de sustitución de la voluntad con la declaratoria de incapacidad de la persona y la designación de un curador que la represente.

Por su parte, en el caso de Perú, subsiste también una regulación sobre la *capacidad restringida* y la *incapacidad* de personas mayores de edad en ciertos eventos, acorde con varias disposiciones del Código Civil en los artículos 44 (capacidad de ejercicio restringida), 45-A (representantes legales de personas con capacidad restringida), 584 (pródigo), 585 (incapacidad por mala gestión) y 586 (curador para ebrios y toxicómanos), artículos que fueron modificados o adicionados por el Decreto Legislativo 1384 de 2018. De esta forma, el legislador peruano ha previsto que tienen capacidad restringida, además de los mayores de 16 y menores de 18 años, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos y las personas que se encuentren en estado de coma y no hayan designado un apoyo con anterioridad (art. 44 ordinales 4, 5, 6, 7 y 9 del Código Civil). Para las personas con capacidad restringida se debe contar con un representante legal que ejerza los derechos de ésta, que en el caso de los mayores de 18 años se trata de un curador (art. 45-A del Código Civil).

Esta regulación del ordenamiento jurídico peruano dispone la declaración de interdicción y la figura de la curatela, en las situaciones de prodigalidad o mala gestión del patrimonio, como también para los ebrios habituales y los toxicómanos. En los artículos 584 y 585 del Código Civil se establece la posibilidad de declarar como pródigo a la persona que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que excedan de su porción disponible, para lo cual se prevé la restricción de la capacidad de ejercicio por la mala gestión que realice la persona que por dicha causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, quedando sujeta al “prudente arbitrio del juez” la valoración de la mala gestión. Para el caso de los ebrios habituales y los toxicómanos, también se dispone que su cónyuge, familiares que dependan de él y, excepcionalmente, el Ministerio Público, por sí o a instancia de algún pariente, pueden solicitar la interdicción (art. 588 *ibidem*).

Por lo tanto, en Perú para estos tres eventos, mala gestión del pródigo, ebrio habitual y toxicómano, se establece una capacidad restringida o, lo que es lo mismo, una incapacidad relativa, que puede llevar a la declaratoria de incapacidad (interdicción) y la representación de la persona a través de un curador que designe el juez (art. 589 *ibidem*). Lo que genera también la subsistencia de un modelo de sustitución de la voluntad en estos eventos en razón a circunstancias que pueden corresponder a discapacidades psicosociales, o de la conducta y el comportamiento en sociedad de las personas, como consecuencia de adicciones, por

ejemplo, y en atención, de manera primordial, a la protección del patrimonio y la subsistencia de la persona y de su familia o personas dependientes (art. 591 *ibidem*). Para el caso de los ebrios habituales y toxicómanos, además, se dispone que el curador designado debe proveer a la protección de la persona, considerada incapaz, a su tratamiento y eventual rehabilitación (art. 590 *ibidem*), es decir, aún se conserva un modelo médico/rehabilitador para el abordaje y la intervención de la discapacidad.

Finalmente, en Perú se anexa al Código Civil la situación de la persona en estado de coma, que es considerada un sujeto con capacidad de ejercicio restringida. En este evento, la medida que se adopte depende de la existencia de un apoyo previamente designado y las salvaguardias para hacerlo efectivo, es decir, de unas directivas anticipadas o futuras. Pero en caso de no existir esta designación previa, el apoyo y la salvaguardia deben ser provistos por el juez.

En conclusión, tanto en Argentina como en Perú subsisten ambos modelos frente al ejercicio de la capacidad negocial de personas con discapacidades, el de apoyo a la manifestación de la voluntad y el de sustitución a la voluntad para eventos concretos, lo que resulta, en principio, contrario a la CDPD. Para el caso de Argentina, la doctrina cuestiona que en las sentencias judiciales conviven el modelo tutelar y el de autonomía, prevaleciendo el potencial rol sustitutivo de los terceros en la toma de decisiones de las personas con discapacidades (Iglesias, 2019). Y en Perú, también se cuestiona que la nueva regulación en materia de capacidad legal no haya eliminado la figura de la incapacidad, sino que esta se encuentra reducida a unos eventos puntuales, con la coexistencia del modelo social para un grupo de personas y del médico/rehabilitador para otros grupos (Tantaleán, 2019; Varsi y Torres, 2019). Así también, para el caso peruano se afirma que “el enfoque de sustitución de la voluntad se mantiene encubierto bajo la nomenclatura de ‘sistema de apoyos’” (Bregaglio y Constantino, 2023, p. 29).

De manera que, a la luz de la Observación General número 1 al art. 12 de la CDPD, realizada por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (2014), resultan contrarias al derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad medidas como la tutela y la curaduría, así como las leyes sobre salud mental que permitan los tratamientos forzosos. Además, en esta Observación también se plantea, con base en la revisión que el Comité ha realizado a los informes de los países que han suscrito la Convención, la equiparación o la mezcla que muchos ordenamientos jurídicos realizan de los conceptos capacidad mental y capacidad jurídica, por lo que: “cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta” (p. 4). Esto último es lo que ocurre en los ordenamientos jurídicos de Argentina y Perú, en relación con la capacidad restringida que se conserva para algunas personas mayores de 18 años, en atención a ciertos padecimientos mentales y a situaciones del comportamiento de las personas que las conduce a una mala administración de su patrimonio, con lo cual se restringe el ejercicio de la capacidad negocial e incluso se mantiene una sustitución de la voluntad de dichas personas mediante la representación que ejerce un curador judicialmente designado.

En contraste, en Colombia la Ley 1996 de 2019, en su art. 53, establece una prohibición expresa y general de iniciar procesos de interdicción o inhabilitación para personas mayores de 18 años, además ordena suspender los procesos, de interdicción e inhabilitación, que se hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia de esta norma (art. 54 *ibidem*). Por lo tanto, en la actualidad ninguna persona, mayor de 18 años, puede ser considerada incapaz absoluta, ni relativa, incluso si tiene que acudir a mecanismos como los apoyos para la manifestación de su voluntad y preferencias (Ortiz, 2021).

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe posibilidad alguna de la declaración de incapacidad absoluta o relativa, por razones de discapacidad, ni se puede hablar de un modelo de sustitución de la voluntad; debe prevalecer siempre la voluntad y las preferencias de la persona titular del acto o negocio jurídico, con la realización de los ajustes razonables necesarios y con un sistema de apoyos que busque siempre dicha voluntad y preferencias, por cualquier medio a través del cual se pueda lograr. En caso contrario, se debe aplicar el criterio de la *mejor interpretación de la voluntad*, esto es, en los eventos en que no sea posible lograr la manifestación de voluntad de la persona, luego de agotar todos los ajustes razonables disponibles, se deben emplear, con el fin de establecer la mejor interpretación de la voluntad de la persona titular del acto o negocio jurídico, aspectos como la trayectoria de vida de la persona, decisiones tomadas con anterioridad y todo lo que sea pertinente en el caso concreto<sup>29</sup>.

En consecuencia, en la regulación vigente en Colombia, con la cual se adecúa el régimen de la capacidad legal a los instrumentos internacionales sobre los derechos de las personas con discapacidades, no se dispone restricción alguna al ejercicio de la capacidad negocial para personas mayores de 18 años, lo que no es obstáculo para contar con apoyos que, salvo disposición expresa de la misma persona titular del acto o por declaración judicial, no tienen funciones de representación, y siempre debe prevalecer la voluntad y las preferencias de la persona titular del acto o negocio jurídico, como también los derechos a asumir riesgos y a equivocarse en el ejercicio de la autonomía negocial.

Una diferencia adicional que involucra a estos tres ordenamientos se relaciona con el principio de *autonomía progresiva* o de reconocimiento de las capacidades evolutivas, que sí presenta divergencias sustanciales, pues en el ordenamiento jurídico argentino ha tenido un desarrollo más explícito. Conviene mencionarlo, pues su reconocimiento y aplicación comporta un cuestionamiento a la idea de que la capacidad se adquiere de golpe a los 18 años, de manera que, gracias a dicho principio, se admite la mayor complejidad en el proceso de configuración de la capacidad, por lo que antes de dicha edad las personas, según su edad, grado de madurez y desarrollo pueden formarse un juicio propio y expresar su consentimiento. Este principio también sobresale en el ámbito del derecho internacional de

---

<sup>29</sup> Cabe precisar que en el ordenamiento jurídico peruano también se hace referencia al criterio de la mejor interpretación de la voluntad de la persona, para los eventos de apoyos que deben ejercer la representación de personas con capacidad restringida o que no pueden manifestar su voluntad. Bajo dicho criterio, de mejor interpretación de la voluntad, se deben tomar en cuenta: 1. La trayectoria de vida de la persona; 2. Las previas manifestaciones de voluntad en contextos similares; 3. La información con que cuenta la persona de confianza de la persona asistida; 4. La consideración de las preferencias de la persona con discapacidad; 5. Cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto (art. 2 del Decreto Supremo 016 de 2019).

los derechos humanos, toda vez que se desprende de la Convención sobre Derechos del Niño (1989), en adelante CDN, de la que son parte los tres Estados que se están comparando.

En particular, es relevante el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta “en función de la edad y madurez del niño” y, más en general, a la participación (art. 12, *ibidem*); lo que guarda relación directa con la igualdad y la prohibición de discriminación (art. 2, *ibidem*), libertad de expresión (art. 13, *ibidem*), el derecho de acceso a una información adecuada (art. 17) y, de forma más amplia, con el principio de interés superior (art. 3). Sin embargo, aquel que el Comité de los Derechos del Niño considera el principio rector en materia de niñez y discapacidad está consagrado en el artículo 23 de la CDN, que ordena a los Estados garantizar “una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad” (Observación General número 9 del Comité de los Derechos del Niño, sobre Los derechos de los niños con discapacidad, 2006, en adelante OG9-CDN, § 11). En otras palabras, el objetivo primordial es el de asegurar la plena inclusión.

Estos derechos tuvieron un reflejo directo en la CDPD, pues uno de los principios generales reconocidos en ella es “el respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad” (art. 3, *ibidem*). Adicionalmente, el artículo 7 impone la obligación para los Estados de garantizar sus derechos en igualdad plena, sin discriminación, en consideración a su interés superior; así como aquella relativa a asegurar el derecho a “expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho”.

El artículo 12 de la CDN fue desarrollado en la Observación General número 12 del Comité de los Derechos del Niño, de 2009 y por la OG9-CDN.

La primera es relevante en relación con la autonomía progresiva, pues en ella el Comité afirma que la expresión relativa a la edad y madurez se refiere a la *capacidad*, que no se determina exclusivamente con base en la edad como dato aislado, dado que “la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y *el nivel de apoyo* contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión” (§ 29, cursivas fuera de texto). De esta manera, el Comité admite que el dato relativo a la capacidad no debe entenderse en términos absolutos, sino que, por el contrario, requiere una valoración en el caso concreto, según lo cual debe tenerse en cuenta la madurez, vista como “la capacidad de un niño para expresar sus opiniones sobre las cuestiones de forma razonable e independiente” (§ 30) y la evolución de sus facultades (§ 31). Para dicha valoración se admite la necesidad de considerar también la orientación que brinden al niño o niña sus parientes y quienes son titulares de la responsabilidad parental o de su cuidado, de manera que permitan concretar el “derecho a recibir dirección y orientación” para “compensar la falta de conocimientos, experiencia y comprensión del niño y estar en consonancia con la evolución de sus facultades”, en desarrollo de la obligación de respeto de las responsabilidades de los progenitores (§ 84).

Por su parte, la OG9-CDN resalta elementos muy relevantes en materia de autonomía progresiva y pone en evidencia el enfoque capacitista y adultocéntrico del derecho, pues allí se afirma que la formulación de políticas y decisiones en materia de niñez y discapacidad normalmente se hace por parte de las personas adultas sin consideración a aquello que piensan los propios niños y niñas. En ese sentido, el Comité destaca la necesidad de aplicar de forma adecuada el artículo 12 de la CDN y, en consecuencia, de respetar las opiniones de la niñez de conformidad con su capacidad evolutiva, para lo cual es necesario involucrar a las personas de su entorno (§ 32). Allí mismo se resalta la importancia de garantizar la participación directa, como premisa de garantía de ejercicio de sus capacidades evolutivas<sup>30</sup>, así como la inclusión para evitar un trato diferencial, segregador y discriminatorio que conduzca a su marginación y aislamiento (§ 33).

En consecuencia, la autonomía progresiva y sus implicaciones en materia de capacidad y ejercicio de la autonomía asumen relevancia para el análisis general sobre la capacidad negocial, en particular en consideración a las diferencias entre los tres ordenamientos, pues a partir de dicho principio es posible identificar que la adquisición de la autonomía y de la capacidad responden a un proceso complejo y relacional.

Así las cosas, en Argentina la autonomía progresiva está reconocida como principio general de la responsabilidad parental, que se conforma según las “características psicofísicas, aptitudes y desarrollo” (art. 639 CCyCN) del niño o niña. Por este motivo se trata de un principio transversal, de hecho, el mismo código reconoce la posibilidad de actuación directa por parte de los niños, niñas y adolescentes, aún si se ejerce la tutela con efectos de representación legal, en cuestiones patrimoniales, en consideración al “progresivo reconocimiento de su capacidad” (art. 117, *ibidem*), así como el derecho de toda niña, niño o adolescente a ser oído en los procesos que los involucran, valorando su opinión “según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso” (art. 707, *ibidem*), complementando la regla que reconoce el derecho de toda persona menor de edad “a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona” (art. 26, *ibidem*).

De manera más explícita, en relación con la capacidad, el Código Civil y Comercial de la Nación argentina establece que toda persona menor de 18 años ejerce sus derechos por medio de quienes son representantes legales, pero reconociendo que quien tenga “edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico”; al tiempo que se presume que entre los 13 y 16 años la persona tiene “aptitud” para tomar decisiones respecto de tratamientos no riesgosos para su vida, salud o integridad o no

---

<sup>30</sup> De hecho, en esta Observación General se afirma que “para respetar este principio, los niños deberían estar representados en diversos órganos, tales como el parlamento, los comités u otros foros donde puedan expresar sus opiniones y participar en la adopción de decisiones que los afectan en tanto que niños en general y niños con discapacidad en particular. Involucrar a los niños en un proceso de esta índole no sólo garantiza que las políticas estén dirigidas a sus necesidades y deseos, sino que además funciona como un instrumento valioso para la inclusión, ya que asegura que el proceso de adopción de decisiones es participativo. Hay que proporcionar a los niños el modo de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones. Además, los Estados partes deben apoyar la formación para las familias y los profesionales en cuanto a la promoción y el respeto de las capacidades en evolución de los niños para asumir responsabilidades crecientes por la adopción de decisiones en sus propias vidas” (§ 32).

invasivos, mientras que para aquellos que sí lo son el consentimiento tendrá que contar con la asistencia de sus progenitores, es decir, no se admite un consentimiento sustituto, sino que se adopta un esquema de apoyo para su otorgamiento. Por su parte, después de los 16 años se considera a la persona como adulta (con plena capacidad) respecto de las decisiones sobre disposición del propio cuerpo (art. 26, *ibidem*). Toda esta regulación explica la disposición del artículo 32, ya comentada antes, respecto de la posibilidad del juez para restringir la capacidad de la persona mayor de 13 años, en consideración a que se pueda determinar que si ejerce la plena capacidad la persona pueda dañarse a sí misma o a sus bienes<sup>31</sup>. En fin, valga señalar que el mismo código excluye la responsabilidad objetiva de los padres y, en consecuencia, atribuye la responsabilidad directa de los hijos menores de edad en relación con los daños que causen en “ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros”, así como por las obligaciones contractuales que contraigan válidamente (art. 1755, *ibidem*).

En Perú, por su parte, el Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337 de 2000) consagra el derecho a la libertad de opinión del “niño o adolescente que estuvieren en condiciones de formarse sus propios juicios [...] en todos los asuntos que les afecten y por los medios que elijan, incluida la objeción de conciencia, y a que se tenga en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez” (art. 9, *ibidem*), al tiempo que reconoce que “tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados”<sup>32</sup>. Estas disposiciones ciertamente son un desarrollo de los mandatos en relación con la autonomía progresiva, pero parecieran estar en contradicción con las normas del código civil relativas a la incapacidad absoluta y a la capacidad de ejercicio restringida, que describen como incapaces absolutos a las personas menores de 16 años, excepción hecha de los actos determinados por la ley (art. 43, código civil peruano) y como personas con capacidad restringida a las personas entre 16 y 18 años (art. 44, *ibidem*). Sin embargo, en virtud de una interpretación sistemática, sería posible considerar que el Código de los Niños y Adolescentes derogó tácitamente las normas del Código Civil peruano, lo que también sería más armónico con una interpretación convencionalmente orientada en relación con los mandatos de reconocimiento de la autonomía progresiva, que comporta evitar considerar la edad como único factor determinante de la capacidad<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> El mayor desarrollo de este principio también puede verse en una reflexión más detenida por parte de la doctrina, que se ha ocupado ampliamente de la aplicabilidad de este principio. Véanse, sólo a modo de ejemplo, las contribuciones de Fernández y Herrera (2017); Herrera (2019); Krasnow (2018).

<sup>32</sup> Este mismo código reconoce capacidad especial en relación con el derecho de asociación para “constituir personas jurídicas de carácter asociativo sin fines de lucro”, pudiendo también adherirse a ellas niños. Dicha capacidad excluye actos no relacionados con los fines de la asociación misma y actos que impliquen disposición patrimonial (artículo 13). También se reconoce capacidad a los adolescentes que trabajan para “reclamar, sin necesidad de apoderado y ante la autoridad competente, el cumplimiento de todas las normas jurídicas relacionadas con su actividad económica” (artículo 65).

<sup>33</sup> En cualquier caso, este principio pareciera tener un mayor desarrollo en materia procesal. A este propósito, es particularmente relevante la Ley 30466 de 2016, que consagra las garantías para asegurar el interés superior en materia procesal, así como su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP y el Decreto Supremo N.º 009-2016-MIMP, que aprueba el Reglamento de la Ley 30364 de 2015, que expresamente se refiere a la capacidad procesal de niñas, niños y adolescentes para denunciar actos violentos sin que sea necesario que cuenten con asistencia de ninguna persona adulta. En materia civil, el código reconoce la capacidad plena de ejercicio de las personas entre los 14 y los 18 años para contraer matrimonio y ejercer la paternidad (art. 42, código civil peruano), norma relacionada con aquella que les reconoce capacidad procesal para ciertos actos (art. 46, *ibidem*). Estas disposiciones ciertamente desatienden las recomendaciones en el

En fin, en Colombia, la consagración del principio de autonomía progresiva se dio de manera expresa en la Ley 1996 de 2019, que señala que toda persona menor de edad con discapacidad tiene derecho a los mismos apoyos para ejecutar con autonomía los actos jurídicos autorizados por la ley, de conformidad con la autonomía progresiva (art. 7). Sin embargo, ya el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098 de 2006) había consagrado los mandatos de la CDN en materia de igualdad y prohibición de discriminación por cualquier causa (art. 1, incluida entonces la discapacidad), el derecho al debido proceso (art. 26, incluido el derecho a ser escuchados y a que su opinión sea tenida en cuenta) y el derecho a la participación (art. 31).

Adicionalmente, este código ya contaba con unas disposiciones específicas en materia de discapacidad, definida por el mismo como “una limitación física, cognitiva, mental, sensorial o cualquier otra, temporal o permanente de la persona para ejercer una o más actividades esenciales de la vida cotidiana” (art. 36). Allí se consagraron una serie de derechos tendientes a la garantía de una vida plena en términos de inclusión y participación activa, por ejemplo, al respeto de la diferencia, a la vida digna, al acceso a la salud, y a la habilitación y rehabilitación. Aunque este artículo fue objeto de derogatoria parcial por la Ley 1996 de 2019 (en su parágrafo 1, relativo a la obligación de promover la interdicción de los adolescentes con severa discapacidad cognitiva permanente), que se hubiera mantenido la expresión “rehabilitación” produce dudas por su contradicción con el modelo social o la permanencia velada del modelo médico rehabilitador, al menos desde un punto de vista simbólico.

En materia civil, la Ley 1996 mantiene la incapacidad absoluta solamente respecto de los impúberes (art. 57, que modificó el art. 1504 del código civil) quienes, según la definición del artículo 34 del código civil, son las personas menores de 14 años. Sin embargo, valga la pena anotar que esta norma puede considerarse tácitamente derogada por la contradicción con el artículo 3 del Código de Infancia y Adolescencia (norma especial y posterior) que opta por la distinción entre niño (menor de 12 años) y adolescente (persona entre los 12 y los 18 años) y, a su vez, con el artículo 1 de la CDN que define como niño a toda persona menor de 18 años. Es importante señalar esto, pues en la modificación al artículo 2346 del código civil, por medio del artículo 60 de la Ley 1996, se hace referencia a la “responsabilidad por daños causados por impúberes” en virtud a la consideración de que los menores de 12 años no tienen capacidad aquiliana, por lo que respecto de los daños que causen correspondería imputar la responsabilidad por la negligencia en el cuidado o vigilancia a las personas encargadas de ellos, con lo cual pareciera sugerirse que después de los 12 años sí se adquiere la capacidad para dañar, capacidad que, atendiendo al espíritu de la ley y de la CDPD, se obtendría al margen de la existencia de una discapacidad. Así las cosas, el legislador colombiano parece privilegiar la regla del Código de Infancia y Adolescencia, con lo cual la incapacidad absoluta en materia negocial existiría hasta los 12 años.

Como se puede ver, las diferencias entre los tres ordenamientos en materia de autonomía progresiva son evidentes. Su consideración es necesaria y relevante, en virtud del hecho de que el reconocimiento de la capacidad legal plena ha estado asociado al dato biológico de la edad de la persona, fijada en los tres ordenamientos en los 18 años. Sin embargo, la

---

ámbito internacional, pues, por ejemplo, en los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas se propone la eliminación del matrimonio infantil (o uniones informales), entendida como la unión entre una persona menor de 18 años con otra (mayor o menor) y lo califican como una violación de derechos humanos.

incorporación del enfoque de derechos de la infancia introduce unas particularidades interesantes respecto del ejercicio de la autonomía y de la capacidad, pues en materia de niñez los matices de la evolución de la capacidad en relación con la madurez, la edad, el grado de comprensión, la información disponible y todos los elementos ya señalados, también permiten cuestionar la resistencia a reconocer el ejercicio pleno de la autonomía y la capacidad de las personas con discapacidad.

Por supuesto, no se trata de hacer una comparación inadmisibles entre la posición derivada de la discapacidad y aquella relativa a la niñez, lo que constituiría una infantilización de las primeras o una asociación entre discapacidad y minoría de edad. Por el contrario, conviene señalar la ambigüedad que produce que los ordenamientos jurídicos reconozcan una capacidad (incluso patrimonial), cada vez mayor, a la niñez<sup>34</sup> y, en cambio, pretendan mantener un enfoque paternalista respecto de las personas con discapacidad, fundados en una presunción tácita de incapacidad. Además, tomar en cuenta esto refuerza la necesidad de cuestionar la autonomía como categoría absoluta que no admite matices y que está asociada a factores definidos de forma heterónoma por sujetos ajenos a las realidades de la discapacidad.

Para finalizar este acápite, una cuestión que tendría que analizarse con miras a determinar la efectiva aplicación de los mandatos convencionales, pero que excede los objetivos de este trabajo, sería la implementación de las leyes que incorporan la CDPD y que modifican los regímenes de la capacidad legal, pues, como ya se ha dicho, la normatividad está prevista en términos de establecer obligaciones genéricas, con la enumeración de algunos ejemplos, pero con una escasa reglamentación luego de varios años y con muchas dudas sobre su operatividad, con lo cual se reafirma que la previsión de las disposiciones no comporta per se la superación de las barreras actitudinales, los prejuicios, la desinformación o la ignorancia, por cuanto se funden en un genuino deseo de protección.

#### **4. Análisis conclusivo sobre las reformas normativas de la capacidad negocial en los tres ordenamientos jurídicos, a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos de las personas con discapacidades**

Los factores en común y los aspectos diferenciadores que se acaban de exponer sobre las reformas legales realizadas en los tres ordenamientos jurídicos, permiten establecer qué tan cercanas o distantes se encuentran dichas adecuaciones al régimen de la capacidad negocial de las personas mayores de 18 años, frente al modelo social de la discapacidad y, principalmente, con respecto al enfoque de los derechos humanos consagrado en los instrumentos internacionales (CDPD, OG1, OG2 y CDN). Así también, posibilitan el

---

<sup>34</sup> Reconocimiento que en no pocas ocasiones ocurre de forma acrítica y en consideración exclusiva de la edad, en incumplimiento de los mandatos convencionales. Para mencionar sólo un ejemplo, piénsese en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana SC3535-2021, del 18 de agosto de 2021, que declaró la validez de la unión marital de hecho y de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes entre un niño de 14 años y una mujer de 18, sin necesidad del consentimiento parental, como sí ocurre para la celebración del matrimonio después de los 14 años (art. 117, código civil colombiano). En este punto, también Colombia desatiende las recomendaciones internacionales tendientes a que los Estados dirijan sus esfuerzos a la eliminación del matrimonio infantil.

planteamiento de algunas buenas prácticas que se deben tener en cuenta para superar las barreras y limitaciones que aún subsisten en los procesos de implementación de dichas disposiciones normativas, en particular, para el ejercicio de la capacidad negocial de personas con discapacidades, en atención a que es “precisamente en el ejercicio de su autonomía donde las personas con discapacidades enfrentan las mayores dificultades y barreras sociales” (Palacios, 2008, p. 295) y, mucho más, en relación con las personas con discapacidades intelectuales y psicosociales, que son las que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad y discriminación para la toma de las propias decisiones (ibidem, p. 463), es decir, aquellas personas con mayores dificultades al momento de ejercer su capacidad negocial, al requerir apoyos más intensos y permanentes para todas las actividades de la vida cotidiana y, mucho más, para el manejo y la disposición de su patrimonio.

En los tres ordenamientos jurídicos se consagran normas que incorporan el modelo social de la discapacidad, al reconocer que este no es un asunto exclusivamente individual o que atañe sólo a las limitaciones o deficiencias que una persona presenta, verbigracia, a través de disposiciones sobre los mecanismos para facilitar las condiciones de acceso de todas las personas a la vida en sociedad, mediante los diseños universales, la accesibilidad y los ajustes razonables; como también, las medidas de inclusión social y las acciones afirmativas para facilitar la participación efectiva de personas con discapacidades, todas dirigidas a reconocer que las discapacidades tienen también un componente externo que obedece a las múltiples barreras u obstáculos que las personas se encuentran en su relación con el entorno. Así mismo, la superación de un lenguaje discriminatorio para referirse a las personas con diversidades funcionales es un paso importante, desde el aspecto normativo, para la incorporación de dicho modelo social, como también frente al enfoque de los derechos humanos que tiene como eje central la dignidad humana y la vida humana digna, la no discriminación por razones de discapacidad y la autonomía de las personas con discapacidades.

También se observan avances en cuanto a no circunscribir la valoración y asignación de apoyos para la manifestación de voluntad a un asunto médico, al establecer la necesidad de conformar equipos interdisciplinarios que intervengan desde el enfoque de la discapacidad para la eliminación de las barreras existentes; la necesidad de tener en cuenta siempre la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, a través de la realización de entrevistas personales a estas y de la implementación de los ajustes necesarios para conocer dicha voluntad y preferencias, y, en los eventos de no ser posible obtener estas, se dispone el criterio de la mejor interpretación de la voluntad de la persona con discapacidad, que sustituye el del interés superior de la persona, ya que en este último puede terminar dominando la voluntad del apoyo y no la de la persona con discapacidad.

Sin embargo, como se pudo ver, pese a los esfuerzos por implementar los cambios normativos y de lenguaje, aún subsisten algunas disposiciones que hacen referencia, más o menos explícita, al modelo médico rehabilitador, cuando, por ejemplo, se mantienen referencias a la rehabilitación (como uno de los objetivos de la legislación especial). En ese sentido, aunque se adopte formalmente, e incluso materialmente, el modelo social de discapacidad, pareciera permanecer soterrada la idea de la “normalidad” como un criterio de valoración que establece la necesidad de que todas las personas se adecúen a ella, en lugar de reconocer la diversidad como regla general.

Una cuestión que podría resultar problemática para la erradicación absoluta de la normatividad contraria al modelo social podría ser la proliferación de normas especiales que refuerzan el proceso de descodificación, sin una revisión sistemática de toda la legislación. En este punto pareciera conveniente reflexionar sobre las competencias para la implementación de estos cambios, pues el hecho de que se atribuya al legislador comporta una mayor legitimidad democrática, pero quizá con riesgos de incoherencia y eficacia práctica, especialmente si la legislación se caracteriza por una extrema generalidad y vaguedad. En particular, sigue sin resolverse plena y claramente la inquietud, derivada de la misma CDPD, relativa al alcance de la capacidad que se reconoce y, en consecuencia, a las posibilidades reales de limitación sin violar los mandatos convencionales, especialmente considerando que ninguno de los tres ordenamientos objeto de análisis hizo reservas cuando ratificó el tratado.

Ahora bien, acorde con la OG1 resultan contrarias al derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad la existencia de medidas como la tutela y la curaduría (ord. 7 de la Introducción). En este sentido, en dos de los ordenamientos jurídicos objeto de estudio, Argentina y Perú, subsiste el modelo médico/rehabilitador con el modelo social de la discapacidad, al disponer eventos asociados con discapacidades psicosociales, como la prodigalidad y las adicciones (ebriedad habitual y toxicomanía), sólo desde una perspectiva de la limitación individual, con una intervención en procura de la rehabilitación de la persona y en búsqueda de su protección, y la de las personas que de ella dependan, a través de la figura de la representación mediante la designación de un curador.

De igual forma, se alejan del enfoque de los derechos humanos frente a la discapacidad las medidas que implican una restricción a la capacidad por conductas de prodigalidad en la gestión de los bienes o por adicciones, verbigracia, al alcohol, a otras sustancias psicoactivas y al juego, que podrían llevar incluso a una sustitución de la voluntad con la declaratoria de incapacidad para el manejo del patrimonio, o para la celebración de ciertos actos y negocios jurídicos, y el subsecuente nombramiento de un representante. Lo anterior, genera también una tensión y contradicción con la CDPD y la OG1 al existir dentro del mismo ordenamiento jurídico los modelos de apoyo a la manifestación de la voluntad, para la generalidad de los casos, y el de sustitución de la voluntad, para algunos eventos excepcionales, pero que, en todo caso, resultan contrarios a estos instrumentos internacionales de los derechos humanos de las personas con discapacidades, al originar un trato discriminatorio frente a ciertas personas en razón a circunstancias que se pueden identificar con discapacidades psicosociales<sup>35</sup>.

A lo anterior se suma la equiparación que aún se realiza, en el ordenamiento argentino, entre la capacidad mental y la capacidad jurídica, al disponer que la persona que se encuentra privada de razón carece de capacidad de ejercicio, con lo cual también se está dando un tratamiento discriminatorio y contrario al enfoque de los derechos humanos para personas que tengan dificultades de comprensión y aprendizaje, es decir, en eventos asociados con discapacidades intelectuales, o frente a personas que lleguen a encontrarse en un estado de

---

<sup>35</sup> La OG1 establece que es obligación de los Estados partes “examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas” (ord. 7 de la Introducción).

coma por cualquier circunstancia que sobrevenga; situaciones frente a las cuales se admite que el sistema de apoyos a la voluntad es ineficaz y se debe acudir a la declaración de incapacidad y la designación de un curador.

Dichos aspectos, que alejan a estos dos ordenamientos jurídicos de una adopción completa del modelo social de la discapacidad y del enfoque de los derechos humanos en este ámbito, reflejan también la existencia de una excesiva importancia asignada al aspecto patrimonial de la persona, a su administración y disposición, en relación con la capacidad negocial, bajo un interés de protección de la persona y su familia, que puede llevar a una inhabilitación para el ejercicio de dicha capacidad, mediante la capacidad restringida, o incapacidad relativa, o incluso a una sustitución de la voluntad de la persona mediante la designación de un representante.

Por su parte, Colombia, desde la regulación legal, se encuentra mucho más próxima al modelo social de la discapacidad y al enfoque de los derechos humanos, al tomar como punto de partida la consagración de los derechos de las personas con discapacidades a través de la Ley Estatutaria 1618 de 2013, que garantiza el pleno ejercicio de todos los derechos para las personas con discapacidades; como también, con la materialización que, de dicha norma, se realiza mediante la Ley 1996 de 2019 que genera la adecuación del régimen general de la capacidad jurídica, en virtud de la cual no existe excepción alguna para reconocer la capacidad de obrar de todas las personas mayores de edad, lo que no es obstáculo para poder ejercer la capacidad negocial por medio de sistemas de apoyo, de diverso orden, pero que no generan por sí solos la sustitución de la voluntad.

Sin embargo, la implementación efectiva de esta legislación está todavía lejos de evidenciar la adaptación del ordenamiento jurídico colombiano al nuevo paradigma de la discapacidad, ya que aún persisten barreras como las sociales, actitudinales y culturales, mediante los estigmas y prejuicios frente a las personas con discapacidades intelectuales y psicosociales, desde las mismas familias, las instituciones y la sociedad en general, que hace lejano un verdadero cambio en materia del ejercicio efectivo de todos los derechos de las personas con discapacidades, sin discriminación alguna, y, entre ellos, el ejercicio de la capacidad negocial plena<sup>36</sup>, en atención también a la gran importancia que tiene el aspecto patrimonial de la persona y su familia, frente al cual se busca propiciar la mayor protección posible.

---

<sup>36</sup> Estas afirmaciones se realizan con fundamento en los datos arrojados en las entrevistas realizadas en la investigación a profesionales de diversas áreas (psicología, educación, trabajo social, ingeniería biomédica y derecho), que trabajan con personas con discapacidades o en temáticas relacionadas con las discapacidades. Verbigracia, sólo por ilustrar con algunas de las respuestas se tiene lo siguiente: frente a la pregunta sobre las principales barreras que se presentan para las personas con discapacidades intelectuales y psicosociales, la coordinadora del Programa de Atención a Personas con Discapacidades del Consultorio Jurídico Guillermo Peña Alzate, de la Universidad de Antioquia, psicóloga Laura Portilla Ferrer, afirma lo siguiente: “Para mí lo primero es la parte relacional, con su mismo núcleo familiar porque las familias tienden a incapacitar a las personas, entonces a veces es muy teso porque usted le habla a una persona con discapacidad y entonces el familiar le interrumpe, entonces cómo asertivamente yo hago para que las dos personas me comprendan [...] Lo otro también los prejuicios y estereotipos que se tienen desde los profesionales del derecho para atender a una persona con discapacidad [...] De las barreras grandes si hubiera que agruparlas, las actitudinales y comunicativas, con las personales, para atender a las personas con discapacidad y ahí se agrupa todo lo que yo le he dicho. El temor, ese temor, ¿yo como le hablo?, ¿qué le hablo?, ¿cómo le digo?, ¿lo miro? “¿Profe si es ciego yo para que lo miro a él?” cómo así que ¿si es ciego yo para qué lo miro a él? O sea ¿Usted con quién está hablando?, pero él es sordo entonces yo le hablo al intérprete porque el sordo está mirando al intérprete no

Desde un punto de vista conceptual, el ejercicio de comparación permitió considerar la relevancia de cuestionar algunas categorías que tradicionalmente el derecho privado ha dado por descontadas como claras, inmutables e incontrovertibles y que, por lo mismo, las legislaciones siguen regulando bajo estándares tradicionales. En particular, en virtud del necesario mayor impulso del derecho internacional de los derechos humanos, su eficacia no puede atribuirse exclusivamente a las garantías estatales, sino que sería necesario ampliar la reflexión acerca de los efectos en las relaciones entre particulares, para determinar la asunción de determinadas cargas en virtud de principios como la solidaridad.

De esta manera, el contrato y, en general, el negocio jurídico, no pueden tenerse como figuras asépticas a las circunstancias particulares de las partes, a la vulnerabilidad como factor condicionante de la libertad. El consentimiento tampoco puede interpretarse como una manifestación abstracta de una libertad absoluta, pues el ejercicio de la autonomía y las decisiones que de él se desprenden estarán determinadas por factores que no se pueden reducir a categorías vistas como estáticas (como la edad o la existencia de una discapacidad). A este respecto, los tres ordenamientos parecieran seguir partiendo de modelos abstractos de ejercicio de la autonomía, al menos en relación con la normatividad analizada. Seguramente esto deja un amplio margen de discrecionalidad a quienes interpretan y aplican el derecho, lo que puede ser positivo porque permite una valoración caso a caso, pero también riesgoso por la probabilidad de que se adopten decisiones con base en visiones estereotipadas y prejuiciosas, en este caso sobre la discapacidad, o también en sesgos cognitivos (Fricker, 2007).

Por su parte, del análisis de la legislación en los tres ordenamientos también se desprende una preocupación específica por el amplio margen de discrecionalidad interpretativa que deja la CDPD, lo que ha dado lugar a divergencias sustanciales en la manera como los Estados adecúan su derecho interno a las exigencias convencionales. En este orden de ideas, el rol del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad se robustece, pues justamente a él le corresponde determinar el alcance de las normas convencionales, así como sugerir a

---

me está mirando a mí, y le digo ¿usted a quien está atendiendo?, ¿al intérprete o a la persona sorda? “Profe pues a la persona sorda”. Son cosas que son del día a día, yo creo que si esto se va poniendo en lo cotidiano vamos a tener mayor posibilidad de intervenir esos casos, pero son esas barreras”. A su turno, la trabajadora social y magíster en terapia familiar, Laura Zapata Giraldo, en relación con las enfermedades mentales y, específicamente la situación de personas con esquizofrenia indica que, “las personas con enfermedad mental y en especial con esquizofrenia de lo que más se quejan es del estigma que cargan y cómo eso los limita para ejercer sus derechos a todo nivel [...] Y también cargamos con el estigma que compartimos todos, que es un asunto que está debajo de la piel. Muchos estudios muestran que el estigma de la esquizofrenia está en médicos, en psiquiatras, en todo el mundo. Diría que la principal barrera es no saber de la enfermedad y que se ha segregado y se ha concentrado en una atención individual psicológica-psiquiátrica, no se ha dado cabida a otras disciplinas que también podrían acompañar a todas las esferas de las personas”. Y Mariela Rodríguez Arango, licenciada en educación infantil especial, magíster en educación con énfasis en desarrollo cognitivo y creatividad, y doctora en ciencias sociales, quien acompaña al Programa de Atención a Personas con Discapacidades del Consultorio Jurídico Guillermo Peña Alzate, de la Universidad de Antioquia, manifiesta que: “hay una cosa muy importante en el paradigma de los apoyos y en el tema de las barreras: los apoyos no se brindan sólo a la persona con discapacidad, los apoyos se brindan a los entornos y a las otras personas, y esa es una esfera que no hemos pensado, ¿cómo podemos estructurar lo siguiente? Un sistema de apoyos que permita eliminar barreras actitudinales en los abogados, las abogadas, en los consultorios jurídicos, en las familias. Las principales barreras para mí son de reconocimiento de la persona con discapacidad”.

los Estados las herramientas que pueden adoptar para garantizar plenamente el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad. Es de resaltar que el Comité ya se ha pronunciado sobre distintas materias, por lo que para septiembre de 2022, ya ha emitido 8 Recomendaciones Generales<sup>37</sup>; podría ser útil y necesario contar con una Observación general que justamente precise el alcance del reconocimiento de la autonomía, con miras a disipar las inquietudes señaladas, para contar con análisis más precisos y equilibrados entre el reconocimiento de apoyos y la manera de asegurar el respeto por la libertad e igualdad de todas las personas con discapacidad.

Esta información, también permitiría determinar con mayor precisión cuándo se está frente a incumplimientos de los estándares internacionales de protección de derechos humanos de las personas con discapacidad, de manera que sea posible establecer también la responsabilidad internacional y patrimonial del Estado, por violación directa de los derechos humanos, por discriminación indirecta o por violencia institucional, por ejemplo. Esto no resuelve uno de los problemas centrales del derecho internacional de los derechos humanos, relativo a su general incoercibilidad, con dudas sobre su eficacia real, pero sí podría contribuir a ilustrar a los Estados y persuadirlos de forma más directa sobre la necesidad de incorporar y aplicar el enfoque de los derechos humanos.

En el caso particular de la violencia institucional y de la discriminación indirecta, que los Estados cuenten con esta información contribuiría además a conocer mejor nuevas posibles estrategias y herramientas pedagógicas de formación de sus agentes, que permitan erradicar las prácticas que de forma soterrada discriminan, bajo la forma de proteccionismos paternalistas. Esto seguramente redundaría en la prevención de futuras violencias, así como de futuras declaraciones de responsabilidad, lo que implica también una forma de asegurar el principio de sostenibilidad fiscal bajo una nueva óptica, en virtud de lo cual los dineros públicos se destinen a la formulación, implementación y evaluación de políticas públicas que beneficien al mayor número de personas en términos de inclusión y accesibilidad. En este punto conviene precisar que, de esta manera, no se benefician sólo las personas con discapacidad, sino toda la sociedad, tanto aquellas personas que son discriminadas por cualquier causa como quienes no lo son.

Adicionalmente, este análisis también debe conducir a la revisión de aquellas buenas prácticas que se deben tener en cuenta en los procesos de implementación de la regulación normativa relacionada con el ejercicio de la capacidad negocial de las personas con discapacidades, especialmente para personas con discapacidades intelectuales y psicosociales que son las que encuentran mayores obstáculos para el ejercicio de la autonomía negocial.

---

37

Disponibles en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=11](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=4&DocTypeID=11). Además de las citadas en este documento, están la número 3, sobre mujeres y niñas con discapacidad; número 4, sobre derecho a educación inclusiva; número 5, sobre derecho a la vida independiente; número 6 sobre igualdad y no discriminación; número 7, sobre participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños con discapacidad, a través de las organizaciones que las representan, en la aplicación y el seguimiento de la Convención; número 8, sobre derecho al trabajo.

En primer lugar, se debe fortalecer la integración y actuación de equipos interdisciplinarios de profesionales, más allá de disciplinas que involucren los aspectos biológico, médico y rehabilitador que, en forma coordinada y articulada intervengan en los procesos de evaluación y valoración de los apoyos que requieren las personas con discapacidades; pero también es importante la presencia de estos equipos en las diferentes instituciones, en los procesos de atención de personas con discapacidades, verbigracia, en entidades públicas y privadas que presten servicios públicos. Inclusive estos equipos deberían estar también integrados por personas con discapacidades o profesionales que trabajan con esta población, en atención al lema “nada sobre nosotros sin nosotros”, que adoptaron las personas con discapacidades y sus organizaciones durante el proceso de aprobación de la CDPD.

En segundo lugar, los sistemas de apoyo deben atender la situación concreta y las necesidades, más o menos intensas, de las personas con discapacidades y sus entornos más cercanos; por lo cual los apoyos pueden ser técnicos y tecnológicos, de acuerdo con las circunstancias del caso específico, como también apoyos personales que no tienen que estar concentrados en una sola persona, individual o ente jurídico, sino que pueden consistir en ayudas brindadas por diferentes personas, de acuerdo con la necesidad específica de la persona con discapacidad y también acorde con la especialidad, experticia o el conocimiento que tenga la persona de apoyo. En atención a esto, existe una marcada diferencia entre un modelo de apoyo para la manifestación de la voluntad y preferencias con el que puede contar una persona con discapacidad, frente a un modelo de sustitución de la voluntad mediante la figura del curador, sin que sea posible, acorde con el enfoque de los derechos humanos, que ambos modelos convivan dentro un mismo ordenamiento jurídico. En adición, en virtud de un modelo social de la discapacidad, tanto los ajustes razonables como los apoyos se deben pensar e implementar también para las familias y los entornos de las personas con discapacidades, con el fin de intervenir el componente externo de la discapacidad.

En tercer lugar, se debe acudir a otros mecanismos, diferentes a la sustitución de la voluntad y al modelo tutelar, para procurar la protección del patrimonio de la persona con discapacidad, que garantice su subsistencia y la de las personas que de ella dependan, a través de instituciones como la afectación a patrimonio familiar inembargable, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial entre compañeros permanentes, la constitución de fiducias mercantiles de administración y garantía, entre otras medidas, que no impliquen la limitación excesiva del ejercicio de la capacidad comercial de la persona, mediante la inhabilitación o la capacidad restringida y, mucho menos, genere la sustitución de su voluntad mediante la declaratoria de incapacidad y la designación de un representante<sup>38</sup>.

En cuarto lugar, es importante incentivar la celebración de directivas anticipadas<sup>39</sup>, que no sólo contemplen aspectos relacionados con la futura condición de salud de la persona, sino también frente a asuntos vinculados con la administración y disposición de su patrimonio, ante eventos sobrevenidos que puedan generar limitaciones o disminución de la capacidad

---

<sup>38</sup> En este sentido, Asdown Colombia (2019) diseñó una guía práctica para el ejercicio de la capacidad jurídica, a través de la cual se plantean unos mecanismos para el manejo del patrimonio de las personas con discapacidad, sin necesidad de someterlas a un modelo de sustitución de la voluntad. Dicha herramienta se puede consultar en: [https://asdown.org/wp-content/uploads/2019/09/Guia-para-implementacion-Cap\\_Juridica.pdf](https://asdown.org/wp-content/uploads/2019/09/Guia-para-implementacion-Cap_Juridica.pdf)

<sup>39</sup> La directiva anticipada corresponde a “un acto jurídico a través del cual una persona manifiesta previamente su voluntad respecto a decisiones relativas a uno o más actos jurídicos” (Hernández, 2020, p. 76).

de obrar y decidir; estos mecanismos, que son un ejercicio efectivo y pleno de la autonomía negocial de las personas, pueden facilitar la aplicación de la interpretación de la mejor voluntad en caso de apoyos futuros (Asdown, 2019). Verbigracia, en casos de personas en estados tempranos de enfermedades degenerativas como el Alzheimer o la demencia<sup>40</sup>, o en personas con esquizofrenia que se encuentran en estados tranquilos, períodos estables o sin episodios críticos como la psicosis<sup>41</sup>, se puede promover la celebración de estos acuerdos y salvaguardias futuras, que contemplen los mecanismos y los diversos apoyos que se pueden implementar con posterioridad, frente a la celebración de actos y negocios jurídicos que involucran el manejo y la disposición del patrimonio de la persona. La promoción de estos actos también podría contribuir a superar algunos estigmas y tabúes sobre la discapacidad sobrevenida por enfermedad y vejez.

Finalmente, en quinto lugar, y en concordancia con el aspecto anterior, es necesario profundizar en los criterios a tener en cuenta para lograr la interpretación de la mejor voluntad de la persona, esto es, las estrategias y los mecanismos para poder establecer lo que la persona titular del acto hubiera querido o decidido en cada caso concreto, en eventos en los que no sea posible, después de realizar todos los ajustes razonables y necesarios lograr su manifestación de voluntad y preferencias, para lo cual puede resultar útil conocer, a través de las redes de apoyo de la persona titular del acto o negocio jurídico, lo que la persona prefería, su historia de vida y las decisiones que previamente había tomado, entre otros elementos.

Sin embargo, los anteriores aspectos pueden resultar pertinentes ante eventos de discapacidades psicosociales, que se presentan cuando la persona ya tuvo la oportunidad de ejercer su capacidad negocial en forma previa, por ejemplo, una persona con Alzheimer, con una demencia vascular, o que con ocasión de un accidente o enfermedad grave se encuentra en un estado de coma, pero ¿qué criterios emplear para la mejor interpretación de la voluntad y las preferencias de personas con discapacidades intelectuales y del desarrollo, que se

---

<sup>40</sup> En entrevista realizada a la psiquiatra y psicoterapeuta Victoria Pérez Restrepo, se afirma que dentro de los trastornos neurocognitivos más frecuentes, asociados por lo general a personas mayores de 65 años, se encuentran el Alzheimer y la demencia vascular, esta última se presenta, por lo general, como consecuencia de enfermedades como la hipertensión, la diabetes y la arteriosclerosis, que pueden generar el taponamiento de arterias y con ello el cerebro, en algunas zonas, recibe menos sangre y oxígeno, lo que perjudica algunas funciones cognitivas.

<sup>41</sup> De acuerdo con la entrevista realizada a la trabajadora social y terapeuta de familia, Laura Zapata Giraldo, quien realizó la investigación “*El período de la psicosis no tratada desde las perspectivas, vivencias y voces de las familias*”, cuyo objetivo es comprender desde las familias de personas diagnosticadas con esquizofrenia el fenómeno de la psicosis no tratada, es decir, el tiempo que acontece entre la aparición de los síntomas y el tratamiento adecuado; la esquizofrenia “es una enfermedad mental que afecta la condición y la forma de percibir la realidad”; muchas personas que padecen esta enfermedad pueden experimentar episodios de delirios y alucinaciones. De igual forma, la entrevistada afirma que personas con esquizofrenia pueden estar en momentos muy buenos, se pueden encontrar tranquilos y pueden realizar cualquier actividad de la vida cotidiana, mientras que en otros momentos pueden tener recaídas o crisis, con episodios psicóticos (con delirios y/o alucinaciones que generan una desconexión de la realidad), que con el tiempo se pueden acentuar los síntomas y generar, incluso, una pérdida significativa en el ámbito cognitivo, lo que se conoce como síntomas negativos en la esquizofrenia: “como el aplanamiento emocional, pensamiento más concreto, poco lenguaje, mientras que los síntomas positivos son: cuando se ponen muy irritables, irascibles, empiezan con la verborrea, el pensamiento no les para, son eventos en los que pueden tener un mejor desenlace y los que tienen síntomas más negativos van a tener peor desenlace”.

presentan desde edades tempranas y que no han tenido la oportunidad de ejercer su capacidad negocial? Y ¿cómo lograr esa interpretación de la mejor voluntad y preferencias de la persona titular del acto, que no termine convirtiéndose en una sustitución de la voluntad de las personas con discapacidades intelectuales y del desarrollo? También convendría reflexionar sobre las situaciones en las que no sea posible identificar una tendencia, por ejemplo porque la persona en el curso de su vida haya tomado decisiones contradictorias entre sí, lo que es perfectamente normal y coherente con el concepto de capacidad evolutiva.

Estos son asuntos que aún están pendientes de análisis, con el fin de lograr una efectiva implementación del enfoque de los derechos humanos en el ámbito de las discapacidades, que posibiliten un ejercicio pleno de la capacidad negocial de todas las personas mayores de 18 años, sin discriminación alguna y con la garantía plena de una vida humana digna.

## Referencias

Aristizábal, K., Rodríguez, O. y Blanquiceth, V. (2021). Los ajustes razonables: Estrategia de inclusión laboral para las personas con diversidad funcional en Colombia. *Jurídicas CUC*, 17(1), pp. 9-42. DOI: <http://dx.doi.org/10.17981/juridcuc.17.1.2021.01>

Asdown Colombia (2019). *El ejercicio de la capacidad jurídica: guía práctica para su aplicación*. Consulta en: [https://asdown.org/wp-content/uploads/2019/09/Guia-para-implementacion-Cap\\_Juridica.pdf](https://asdown.org/wp-content/uploads/2019/09/Guia-para-implementacion-Cap_Juridica.pdf)

Becker, G. S. (1971). *The Economics of Discrimination*, 2<sup>a</sup>. Ed. University of Chicago Press.

Bernardini, M. G. (2020). L'ambigua capacità. Riflessioni minime sulla rinnovata attualità di un dibattito e primi tentativi di chiarificazione concettuale. *Diritto e questioni pubbliche* 20 (1), pp. 43-62.

Bernardini, M. G. (2016). *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*. Giappichelli Editore.

Bregaglio Lazarte, R. A. y Constantino Caycho, R. A. (2023). La capacidad jurídica en el derecho peruano. Análisis cualitativo de las decisiones judiciales de restitución de capacidad jurídica y designaciones de apoyo en aplicación del Decreto 1384. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, (44), pp. 15-47. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.44.02>

Bregaglio Lazarte, R. (2015). Alcances del mandato de no discriminación en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En: E. Salmón y R. Bregaglio (ed.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 73-98. Consulta en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32092.pdf>

Biel Portero, I. (2009). *Los derechos de las personas con discapacidad en el marco jurídico internacional universal y europeo*. Tesis Doctoral, Castellón, Universitat Jaume.

Carvajal Sánchez, B. (2020). *La dignidad como norma de derecho fundamental*. Universidad Externado de Colombia. Consultado en versión ebook.

Costa, M. (2016). *Feminismos jurídicos*. Ediciones Didot.

De Asís Roig, R. (2013). *Sobre discapacidad y derechos*. Dykinson.

De Asís, R. (2015). Lo razonable en el concepto de ajuste razonable. En: E. Salmón y R. Bregaglio (ed.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 99-118. Consulta en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32092.pdf>

Del Águila, L. M. (2015). La autonomía de las personas con discapacidad como principio rector. En: E. Salmón y R. Bregaglio (ed.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 51-71. Consulta en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32092.pdf>

Fernández, S. E. y Herrera, M. (2017). El principio de autonomía progresiva en el campo de la salud. *La Ley*, LXXXI-226 (11), pp. 1-10.

Fricker, M. (2007). *Epistemic Injustice: Power and the Ethics of Knowing*. Oxford University Press.

Hernández Ramos, S. (2020). Capacidad en situación de discapacidad: análisis de la Ley 1996 de 2019. Colombia. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 4(1), pp. 60-82.

Herrera, M. (2019). Autonomía progresiva de niñas y adolescentes y bioética: una intersección en (de/re)construcción. *Revista Pensar en Derecho*, 14, pp. 39-58. Consulta en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/14/revista-pensar-en-derecho-14.pdf#page=39>

Hunt, P. (1996). A Critical Condition. En: Hunt, P. (ed.), *Stigma: The Experience of Disability*. Geoffrey Chapman, pp. 145-154.

Iglesias Frecha, J.M. (2019). Capacidad jurídica y acceso a la justicia de las personas con discapacidad en Argentina. *Revista Española de Discapacidad*, 7 (II), pp. 79-101.

Krasnow, A. N. (2018). Interés superior del niño, principio de autonomía progresiva y derecho de participación de niñas, niños y adolescentes: una tríada inescindible. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 86(9), pp. 85-98.

Lafferriere, N. (2020). Las convenciones sobre los derechos del niño y sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus proyecciones en relación con la regulación civil de la

capacidad de ejercicio. Reflexiones a partir del derecho argentino. *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, (38), pp. 51-87. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n38.03>

Longo, M. y Lorubbio, V. (2021). Vulnerabilità, rischio e diritti umani tra riflessione sociologica e diritto internazionale. *Rivista trimestrale di scienza dell'amministrazione. Studi di teoria e ricerca sociale*, (3), pp. 1-29. Consulta en [https://rtsa.eu/RTSA\\_3\\_2021\\_Longo.pdf](https://rtsa.eu/RTSA_3_2021_Longo.pdf)

Ortiz Monsalve, Á. (2021). *Capacidad plena de mayores en situación de discapacidad mental y guardas de menores emancipados*. Temis.

Padilla Muñoz, A. (2010). Discapacidad: contexto, conceptos y modelos. *International Law: Revista colombiana de derecho internacional*, (16), 381-414, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82420041012>

Palacios, A. (2020). ¿Un nuevo modelo de derechos humanos de la discapacidad? Algunas reflexiones –ligeras brisas- frente al necesario impulso de una nueva ola del modelo social. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 4(2), 12-42, <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/view/208>

Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Grupo Editorial CINCA.

Muñoz Genestoux, R. (2018). Autonomía de la voluntad y salud mental. Marco normativo y desafíos actuales en el derecho argentino. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, (38), pp. 347-364.

Naciones Unidas, Comité sobre los derechos de las personas con discapacidades (2016). *Observaciones Finales sobre el informe inicial de Colombia*.

Rueda, N. (2021). Daños por violencia institucional y relevancia de los enfoques diferenciales para atribuir responsabilidad al Estado: reflexiones a partir del caso colombiano. En: Vivas Tesón, I. (dir.) and Botello Hermosa, P. (coord.), *Daños, responsabilidad civil y seguros: desafíos actuales del derecho español y comparado*. Tecnos, pp. 233-253

Rueda, N. (2020). *La responsabilidad civil en el ejercicio de la parentalidad. Un estudio comparado entre Italia y Colombia*. Universidad Externado de Colombia.

Schulze, M. (2010). *Understanding The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Handbook on the Human Rights of Persons with Disabilities*. Handicap International.

Velarde Lizama, V. (2012). Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico. *Revista Empresa y Humanismo* 15(1), 115-136, <https://revistas.unav.edu/index.php/empresa-y-humanismo/article/view/4179>

Varsi, E. y Torres, M. (2019). El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código Civil peruano. *Acta Bioethica*, 25(2), pp. 199-213.

Vásquez, A., Isaza, F., y Parra, A. (2022). Reformas legales a los regímenes de la capacidad legal. Un análisis comparativo y crítico de Costa Rica, Perú y Colombia. En: Bach, M. y Espejo, N. (ed.), *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 187-218.

### **Normas jurídicas**

Naciones Unidas (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (2014). *Observación General N.º 1 al art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014). *Observación General número 2 del al art. 9 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

Naciones Unidas (1989). *Convención sobre los derechos de los niños*.

Comité de los Derechos del Niño (2009). *Observación General número 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado (artículo 12 CDN)*.

Comité de los Derechos del Niño (2006). *Observación General número 9 sobre los derechos de los niños con discapacidad*.

Argentina:

Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26994, del 7 de octubre de 2014.

Ley 26657, del 2 de diciembre de 2010. Derecho a la protección de la salud mental.

Decreto Reglamentario 603, del 29 de mayo de 2013. Reglamentación de la Ley 26657.

Ley 26378, del 21 de mayo de 2008. Por la cual se aprueba la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo.

Ley 22431, del 16 de marzo de 1981. Por la cual se crea el “Sistema de protección integral de los discapacitados”.

Colombia:

Decreto 487, 1º abril de 2022, Presidencia de la República. Por el cual se reglamenta el servicio de valoración de apoyos que realizan las entidades públicas y privadas en los términos de la Ley 1996 de 2019.

Ley 1996, del 26 de agosto de 2019. Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad.

Resolución 113, del 31 de enero de 2020, Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. Por la cual se dictan disposiciones en relación con la certificación de discapacidad y el registro de localización y caracterización de personas con discapacidad.

Resolución 1904, del 31 de mayo 2017, Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia. Por medio de la cual se adopta el reglamento en cumplimiento de lo ordenado en la orden décima primera de la sentencia T-573 de 2016 de la Corte Constitucional [sobre derechos sexuales y reproductivos de las personas con discapacidad cuando sean atendidas en salud].

Ley Estatutaria 1618, del 27 de febrero de 2013. Por la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

Ley 1346, del 31 de julio de 2009. Por la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

Ley 1306, del 5 de junio de 2009. Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados.

Ley 1098, del 8 de noviembre de 2006. Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Perú:

Ley 30947, del 23 de mayo de 2019. Ley de salud mental.

Decreto Supremo 016, del 25 de agosto de 2019, Presidencia de la República. Aprueba el reglamento que regula el otorgamiento de ajustes razonables, designación de apoyos e implementación de salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Decreto Legislativo N.º 1384, del 4 de septiembre de 2018, Presidencia de la República. Reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones.

Ley 30466, del 27 de mayo de 2016. Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

Decreto Supremo N.º 002-2018-MIMP, del 30 de mayo de 2018. Reglamento de la Ley N.º 30466, Ley que establece parámetros y garantías procesales para la consideración primordial del interés superior del niño.

Decreto Supremo N.º 009-2016-MIMP, del 26 de julio de 2016. Reglamento de la Ley 30364 de 2015, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar.

Decreto Supremo N.º 002-2014-MIMP, del 7 de abril de 2014. Reglamento de la Ley N.º 29973, Ley general de la persona con discapacidad.

Ley 29973, del 13 de diciembre de 2012. Ley general de la persona con discapacidad.

Resolución Legislativa 29127, del 30 de octubre de 2007. Aprueba la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo.

Ley 27337, del 21 de julio de 2000. Código de los Niños y Adolescentes.

Ley 27050, del 18 de diciembre de 1998. Ley general de la persona con discapacidad.

Ley 24067, del 1º de enero de 1989. Regulación de las acciones de salud, educación, trabajo y promoción social en los aspectos de promoción, prevención, rehabilitación y prestación de servicios al impedido a fin de lograr su integración.