

## **Informe final**

# **SISTEMA DE APOYOS EN LA TOMA DE DECISIONES PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD – EXPERIENCIAS COMPARADAS**

Lucía Remersaro Coronel  
Daniel R. Zubillaga Puchot

Dirección de Discapacidad

Secretaría Nacional de Cuidados y Discapacidad

Ministerio de Desarrollo Social

Fondo de Población de las Naciones Unidas

Diciembre 2022



Ministerio  
**de Desarrollo  
Social**

Secretaría Nacional de  
**Cuidados y Discapacidad**



## **Autoridades**

### **Ministerio de Desarrollo Social**

Martín Lema, Ministro de Desarrollo Social

Nicolás Scarela, Secretario Nacional de Cuidados y Discapacidad

Karen Sass, Directora de Discapacidad

### **Fondo de Población de las Naciones Unidas, UNFPA**

Fernando Filgueira, Jefe de Oficina Uruguay

Juan José Meré, Asesor VIH

**Consultores y autores del Informe:** Lucía Remersaro Coronel y  
Daniel R. Zubillaga Puchot

Uruguay, diciembre 2022.

## Presentación

El Uruguay fue uno de los primeros países en haber reconocido la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2006, integrándola a su ordenamiento jurídico a través de la Ley N° 18.418 de 20 de noviembre de 2008. Un avance sustantivo que promueve el modelo social de la discapacidad construido desde la perspectiva de los derechos humanos. Desde dicho modelo surgen las barreras como parte integrante de la propia definición de la discapacidad, siendo la interacción de las barreras con la limitación y/o deficiencia lo que impide la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad.

Desde ese momento, se han desarrollado acciones programáticas y normativas para derribar dichas barreras y lograr el ejercicio pleno de los derechos de las personas con discapacidad, pero todavía persiste el nudo crítico de una necesaria adecuación normativa integral que contemple plenamente los estándares de la CDPD.

El reconocimiento de la capacidad jurídica para la toma de decisiones, el respeto de la voluntad y preferencias personales, la accesibilidad universal, el derecho a formar una familia, a la maternidad, paternidad y crianza, son tantos temas críticos para las personas con discapacidad, que solo un proceso de reforma legislativa puede resolver de manera integral y plena. Debemos lograr el cambio de paradigma de sustitución de las personas con discapacidad hacia modelo de apoyos que reconozca plenamente a las mismas como sujetos de derecho.

La Dirección de Discapacidad de la Secretaría de Cuidados y Discapacidad del Ministerio de Desarrollo Social conjuntamente con la Oficina del Fondo de Población de las Naciones Unidas en Uruguay vienen desarrollando, desde el 2021, varias acciones de investigación, de intercambio con la sociedad civil, de consultas a expertas y expertos, de actividades de sensibilización, tendientes a producir evidencia estratégica para el diseño de proyectos de ley y de políticas públicas que garanticen el efectivo ejercicio de los derechos y la ciudadanía de las personas con discapacidad.

En este sentido, el presente estudio representa una evidencia sólida y actualizada, y por eso representa también una oportunidad de imprescindible diálogo y articulación con el abanico de actores involucrados, de manera de avanzar en el proceso de armonización jurídica de nuestro ordenamiento legal vigente. Un desafío ético y estratégico alineado con la búsqueda de la igualdad jurídica y sustantiva de todas y todos y una acción del país hacia el cumplimiento de objetivos y metas de la Agenda 2030 de desarrollo sustentable, sin dejar a nadie atrás.

Finalmente, agradecemos a los autores Lucía Remersaro Coronel y Daniel R. Zubillaga Puchot por el compromiso y la experticia puestas en acción para la implementación del estudio, así como a todas las personas e instituciones que ofrecieron su colaboración.

Karen Sass  
Directora División Discapacidad  
SNCD – MIDES

Juan José Meré  
Asesor  
UNFPA

## ÍNDICE

<i>I. Descripción</i>	<b>3</b>
<i>II. Aclaraciones metodológicas</i>	<b>3</b>
<i>III. Ordenamientos de referencia</i>	<b>5</b>
<i>República Argentina, 2015.</i>	5
<i>República de Colombia, 2019.</i>	9
<i>República de Costa Rica, 2016.</i>	13
<i>Reino de España, 2021.</i>	18
<i>República del Perú, 2018.</i>	27
<i>Observaciones comparadas finales</i>	<b>33</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>Error! Bookmark not defined.</b>
	<b>ANEXO I: Referencias normativas</b>
	51

## **I- Descripción**

*El presente informe corresponde al segundo producto de la consultoría “Sistema de apoyos en la toma de decisiones para personas con discapacidad” financiada por el Fondo de Población de las Naciones Unidas y gestionada por la Dirección de Discapacidad de la Secretaría Nacional de Cuidados y Discapacidad del Ministerio de Desarrollo Social de la República Oriental del Uruguay.*

*Aquí se desarrollará un Informe de avance que contiene el análisis comparativo de la normativa vinculada a la capacidad jurídica en Argentina, Colombia, Perú, España y Costa Rica a partir de las reformas implementadas en esos países. Se trata de un proceso de recolección de información que permite identificar los modelos de los países mencionados para la toma de decisiones, así como sus ventajas y desventajas.*

*Para su realización, durante el primer mes de trabajo, se ha sostenido una serie de reuniones que permitieron definir elementos centrales a considerar en la formulación del presente informe.*

## **II- Aclaraciones metodológicas**

*El análisis comparativo efectuado en el presente informe se ha realizado con el objetivo de conocer las particularidades de los ordenamientos jurídicos de referencia en relación a los cambios normativos que han operado sobre la capacidad jurídica luego de la incorporación en sus ordenamientos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD). En concreto, se analiza la plasmación del art. 12<sup>1</sup> de la CDPD en Argentina, Colombia, Costa Rica, España y Perú. El objetivo*

---

<sup>1</sup> **Artículo 12 CDPD** - Igual reconocimiento como persona ante la ley

1- Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2- Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3- Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4- Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

*primordial es recabar referencias normativas y de procesos de reforma que permitan diseñar el cambio normativo de esta materia en el Uruguay.*

*El método comparativo se aplica especialmente cuando se quiere entender cómo es que se ha dado un determinado fenómeno y para diferenciar distintos patrones causales que pueden conducir a un mismo resultado. En concreto, se trata de identificar similitudes que permitan distinguir una categoría de casos de otra, y explicar las causas de esa categoría de casos. De esta manera, “El fin típico de un estudio comparativo es revelar las diferentes condiciones causales conectadas con los diferentes resultados, es decir, los patrones causales que separan los casos en diferentes subgrupos” (Ragin, 2007, p. 182).*

*En la selección y análisis de la información, se ha seguido los pasos propuestos por Ragin (2007), a saber: en primer lugar, la selección, para lo que se han elegido ordenamientos en función de un interés concreto, con la condición de que se trate de un grupo homogéneo, para que estos sean comparables entre sí y, por lo tanto, tengan similitudes básicas. Se han considerado a estos efectos cinco ordenamientos de referencia que han modificado sus sistemas normativos de acuerdo a los estándares de la CDPD, concretamente, al ejercicio de la capacidad jurídica de personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás personas. Estos ordenamientos son: Argentina (2015), Colombia (2019), Costa Rica (2016), España (2021) y Perú (2018); en segunda instancia se identificaron los factores causales relevantes para explicar el fenómeno de interés, tales como: la influencia de la CDPD, los antecedentes, las normas en las que se ha focalizado la reforma, pronunciamientos de las Altas Cortes de Justicia, entre otros.*

*También se han tomado como referencia los pasos metodológicos esbozados por Eberle (2011), así: 1) conocimiento del contexto político, cultural y social (*cultural immersion*), en lo que se ha considerado, fundamentalmente, la asunción del paradigma de derechos de las personas con discapacidad instaurado por la CDPD; 2) la evaluación del derecho expresado concretamente en palabras, acciones o la oralidad (*external law*); 3) evaluación*

---

*5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria*

de cómo el derecho opera en la cultura (*law in action* o *internal law*); 4) y la realización de observaciones comparativas finales.

Para la elaboración del presente informe, se han utilizado trabajos doctrinarios especializados sobre las reformas en cada país, los que han ofrecido valiosa información sobre el contexto y las particularidades de cada una. A estos materiales se ha llegado siguiendo criterios de búsqueda bibliográfica basados en la actualidad, fiabilidad y prestigio de la información, tanto por la publicación como por el autor o autora que elaboró el trabajo consultado.

La literatura recabada ha permitido identificar con precisión las normas vigentes de cada ordenamiento reformado. Las referencias normativas más importantes de cada sistema se citan al pie de página de acuerdo al texto vigente de las normas reseñadas, que se identifican debidamente en el Anexo I (normativa y jurisprudencia). También se han tenido conversatorios con informantes calificados, concretamente de Costa Rica (ver Anexo II, segunda reunión).

### **III. Ordenamientos de referencia**

#### **República Argentina, 2015.**

La adecuación del ordenamiento argentino al mandato de la CDPD comenzó con la Ley Nacional de Salud Mental 26.657 del año 2010. Esta Ley se focalizó en las instituciones psiquiátricas y en las medidas de internación, pero también realizó algunas pequeñas modificaciones al Código Civil. Pero es recién en el 2014 cuando se aprueba el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994 (vigente desde 2015) y, así, se reforma el sistema de capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Argentina (Lafferriere, 2021). Aunque como se verá más adelante, esta reforma es parcial, en tanto deja intactas otras normas, así como no elimina la posibilidad de declarar la incapacidad de una persona y, por tanto, condicionar su voluntad a la representación.

En efecto, los arts. 31 a 50 del Código Civil y Comercial componen la sección denominada “Restricciones a la capacidad”, donde se han incorporado muchas de las directrices de

la CDPD -norma internacional que en Argentina posee jerarquía constitucional<sup>2</sup>- y en la Ley Nacional de Salud Mental 26.657.

Dentro del diseño normativo de la capacidad jurídica, adquiere particular importancia la autonomía de la persona con discapacidad. En ese sentido, el art. 43<sup>3</sup> del Código Civil y Comercial prevé la posibilidad de que la persona con discapacidad proponga ante un juez la designación de una o más personas que le presten apoyo; y aunque no lo contempla, tampoco niega la posibilidad de que la persona misma proponga el diseño de sus medidas de apoyo (Lafferriere, 2021).

Se puede observar en los arts. 32<sup>4</sup> y 43 la importancia de la autonomía en las medidas de apoyo, al prever el primero que “Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”; y el segundo “El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida”.

Además de la autonomía, en el sistema argentino subyace también la idea de protección (Lafferriere, 2021), ya que para los casos de sustitución de capacidad restringida, se

---

<sup>2</sup> De acuerdo al art. 75 núm. 22 de la Constitución argentina, los tratados internacionales tienen jerarquía superior a la Ley.

<sup>3</sup> **ARTÍCULO 43 Código Civil y Comercial argentino**-- Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo.

El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

<sup>4</sup> **ARTÍCULO 32 Código Civil y Comercial argentino**-- Persona con capacidad restringida y con incapacidad. El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.



requiere un peligro de daño sobre la persona o sus bienes (art. 32), algo que según Lafferriere (2021, p. 4) podría tener componentes cercanos a lo “terapéutico”.

El Código Civil y Comercial argentino prevé la “restricción de la capacidad”, y como figura excepcional la “incapacidad” (art. 32); así como la “inhabilitación”, reservada para los casos de prodigalidad, con doble sentido de protección familiar y patrimonial (art. 48)<sup>5</sup>. También se prevén los “apoyos extrajudiciales” (art. 43), a los que no se dotó de una adecuada y detallada reglamentación; y se regulan escasamente la adopción de directivas anticipadas en previsión de la propia situación de imposibilidad de tomar decisiones (Lafferriere, 2021).

De acuerdo al régimen argentino, existe cierta delimitación de las personas comprendidas en los procesos vinculados a la capacidad jurídica. Por un lado, se encuentran las situaciones de personas mayores de trece años que padecen una adicción o una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad, siempre que del ejercicio de su plena capacidad jurídica pueda resultar un daño a su personas o a sus bienes (art. 32); por otro lado, la incapacidad (que sigue subsistiendo), es aplicada excepcionalmente “cuando la persona se encuentra absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador” (art. 32).

En estos casos puntuales el curador asume las funciones de representación, siendo la sentencia judicial la que determina el alcance de la incapacidad, con precisión de los actos y funciones a que se limitará la intervención del curador. De esta manera, las funciones de representación se presentan de dos modos: por la designación de apoyos con esas funciones en el caso de personas con capacidad restringida (arts. 32 y 101 inc. c<sup>6</sup>); o por la designación de un “curador” (arts. 32 último párrafo y 101 inc. c).

---

<sup>5</sup> **Artículo 48 Código Civil y Comercial argentino**- 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.

<sup>6</sup> **Artículo 101 Código Civil y Comercial argentino**- Enumeración. Son representantes:

Lafferriere (2021) apunta que para el/los apoyo/s con funciones de representación, la legislación argentina no pide “explícitamente que la determinación de las funciones de representación sea motivada, ni excepcional, ni que sea para actos concretos” (p. 12), aunque esto podría hacerse a partir de una interpretación armónica que considere el resto del ordenamiento civil y convencional.

Respecto a la revisión, se establece que las sentencias declarativas pueden ser revisables en cualquier momento, a instancias de la persona interesada. En los casos de capacidad restringida y de incapacidad, ese plazo no puede ser superior a tres años. Además, se establece que la revisión se debe basar en dictámenes interdisciplinarios y siempre mediando audiencia personal con la persona interesada, siendo deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial e instar, en su caso, que se lleve a cabo en caso que el órgano jurisdiccional competente no la hubiera efectuado en el plazo establecido (art. 40).<sup>7</sup>

Otra particularidad del caso argentino es que el Código Civil y Comercial permitiría la posibilidad de restringir la capacidad desde los 13 años de edad, es decir, se podría aplicar excepcionalmente medidas de apoyo a personas menores de edad sometidas a la patria potestad o a la tutela (Lafferriere, 2021).

Finalmente, es de destacar que en Argentina no existe limitación en relación a la legitimación para pedir la nulidad de los actos jurídicos suscritos por la persona, luego de inscrita la sentencia (art. 44)<sup>8</sup>. Incluso se pueden anular actos anteriores a la inscripción de la sentencia, para lo que se requiere que la persona incapaz o con capacidad restringida se encuentre perjudicada y se den los siguientes requisitos: 1) la enfermedad

---

c) de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre.

<sup>7</sup> **Artículo 40 Código Civil y Comercial argentino.** Revisión La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado. Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido.

<sup>8</sup> **Artículo 44 Código Civil y Comercial argentino.** Actos posteriores a la inscripción de la sentencia. Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

era ostensible a la época de la celebración del negocio jurídico; 2) la contraparte del acto lo celebró de mala fe; 3) se trate de actos a título gratuito (art. 45)<sup>9</sup>.

A modo de resumen, es posible afirmar que la reforma argentina se centra básicamente en el Código Civil y Comercial; utiliza la expresión “restricciones a la capacidad” y no “medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica” (como España, Perú, Colombia y Costa Rica); se centra tanto en el principio de autonomía en relación a la propuesta de medidas de apoyo como al criterio de actuación de las personas que lleven adelante ese apoyo; el límite de la autonomía se encuentra en la necesidad de evitar conflictos de intereses o influencias indebidas; convive la autonomía con el principio de protección; las medidas de apoyo son aquellas de carácter judicial o extrajudicial, así como la restricción de la capacidad, en la que el órgano jurisdiccional designa medidas de apoyo especificando ajustes razonables; se mantienen medidas de incapacidad y de inhabilitación para los casos de prodigalidad, por las que se sustituye la voluntad de la persona; la tutela queda limitada a los casos de personas menores edad; no hay una regulación autónoma de las medidas voluntarias de apoyo; tampoco hay una regulación concreta de los poderes preventivos, lo que podría generar problemas, porque el mandato se extingue por la incapacidad del mandante o el mandatario (art. 1329) (Lafferriere, 2021).

Pero uno de los problemas del caso argentino es que la reforma del Código Civil y Comercial no vino acompañada de la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Budich y Ferraiuolo, 2016). En efecto, varias de las normas procesales hacen referencia al Código Civil derogado, o directamente se contradicen con lo previsto en el Código Civil y Comercial que rige actualmente.

De ahí que el Código Procesal Civil y Comercial sostiene preceptos contrarios a la CDPD y a la Ley de Salud Mental 29.657 y, a raíz de ellos,

los jueces, defensores, abogados, y demás operadores jurídicos en general, se encuentran en la dificultad de tener que seguir utilizando preceptos de un código

---

<sup>9</sup> **Artículo 45 Código Civil y Comercial argentino-** Actos anteriores a la inscripción. Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos:

- a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto;
- b) quien contrató con él era de mala fe;
- c) el acto es a título gratuito.

de procedimientos desactualizado -y en algunos casos, contrario a las normas de fondo, lo que genera un sinnúmero de inconvenientes durante el devenir de los procesos judiciales (Budich y Ferraiuolo, 2016, p. 112).

Esto apareja un problema mayor, que es que los institutos regulados en el Código Civil y Comercial, como el recurso de revisión de la sentencia que se encuentra previsto en el art. 40<sup>10</sup>, no está regulado en la norma procesal, y en consecuencia, no se tienen reglas procedimentales claras para su implementación, lo que da lugar a criterios discrecionales en los diferentes juzgados (Budich y Ferraiuolo, 2016).

Además, el Código Procesal Civil y Comercial no regula la participación de la persona con discapacidad que podría ver restringida su capacidad jurídica, lo que obedece a una idea tutelar (Budich y Ferraiuolo, 2016).

En cuanto a aspectos probatorios, la norma procesal establece un criterio restringido en materia probatoria; mientras que el Código Civil y Comercial dispone un criterio amplio a la hora de aportar pruebas (art. 36)<sup>11</sup>. Así, la norma de fondo otorga “mayor flexibilidad probatoria, en especial a la persona que podría ver limitada su capacidad jurídica, a fin de que pueda ejercer apropiadamente su defensa” (Budich y Ferraiuolo, 2016, p. 115).

Esta contradicción normativa entre derecho de fondo y derecho procesal también apareja la desaparición de la figura del “curador provisorio” prevista en el art. 626 inc. 1º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y en el art. 147 del anterior Código Civil, cuya función era representar a la persona durante el juicio de incapacidad. El Código Civil y Comercial elimina esta figura y en su lugar le otorga patrocinio letrado a

---

<sup>10</sup> **Artículo 40 Código Civil y Comercial argentino-** Revisión. La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado.

Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido.

<sup>11</sup> **Artículo 36 Código Civil y Comercial argentino-** Intervención del interesado en el proceso. Competencia. La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa. Interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad ante el juez correspondiente a su domicilio o del lugar de su internación, si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio. La persona que solicitó la declaración puede aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados.

la persona con discapacidad durante el proceso, ya que “propicia que quien podría ver su capacidad restringida cuente con un verdadero defensor técnico, y que este abogado base su actuación en la voluntad y deseos de aquel” (Budich y Ferraiuolo, 2016, p. 115).

Entre estas dos normas también existen contradicciones en materia de evaluaciones, ya que por un lado el Código Procesal Civil y Comercial refiere a evaluaciones médicas, mientras que el Código Civil y Comercial (art. 31 lit. c)<sup>12</sup> y la Ley Nacional de Salud Mental (art. 8)<sup>13</sup> disponen que todo abordaje en salud mental debe estar a cargo de “equipos interdisciplinarios”. Esto repercute incluso en la lógica del abordaje, porque los profesionales del equipo interdisciplinario no deberán informar sobre el estado actual de las facultades mentales del presunto insano” (en la terminología del art. 626 inc. 3º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), sino que “deberán centrarse en indicar las necesidad de apoyo y acompañamiento que requiere la persona en virtud de su situación” (Budich y Ferraiuolo, 2016, p. 117).

#### **República de Colombia, 2019.**

En el año 2009, el congreso colombiano aprobó la Ley 1-306 del 5 de junio, ley de Protección de Personas con Discapacidad Mental que estableció el régimen de representación legal de incapaces emancipados, que derogó y sustituyó los títulos XXII y XXXV del Código Civil. De todas maneras, esta importante reforma mantuvo un esquema de incapacitación y sostuvo nociones como la de sujetos con discapacidad mental, personas que padecen limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no les permiten comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio; y se clasificaba a las personas en dos grupos: con discapacidad mental absoluta y con discapacidad mental relativa (Vásquez, Isaza y Parra, 2022).

---

<sup>12</sup> **Artículo 31 Código Civil y Comercial argentino**-- Reglas generales. La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales:

c) la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;

<sup>13</sup> **Artículo 8º Ley Nacional de Salud Mental argentina** — Debe promoverse que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de la autoridad competente. Se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes.

En 2013 ocurrieron dos eventos importantes que fueron generando ambiente para la reforma del sistema. En primer lugar, la aprobación de la Ley Estatutaria 1-618, por la cual se especificaron los deberes de las diferentes entidades territoriales y nacionales de acuerdo a las obligaciones impuestas por la CDPD. Esta norma es un antecedente muy importante, porque en su art. 21-2 impone la obligación de proponer reformas para alinear el ordenamiento con el art. 12 de la CDPD. El segundo momento se dio por los proyectos pilotos diseñados y presentados por las organizaciones de la sociedad civil y la academia (Vásquez, Isaza y Parra, 2022).

Desde entonces, se empezó a discutir la reforma del sistema de capacidad jurídica. En este proceso, es de destacar el rol de la coordinación entre la Consejería Presidencial y diferentes organizaciones sociales y académicas, así como la primera revisión a Colombia del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que recomendó expresamente derogar las disposiciones que restringen total o parcialmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (Vásquez, Isaza y Parra, 2022).

Finalmente, en el año 2019 fue aprobada la Ley 1-996, por medio de la cual se estableció un régimen para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mayores de edad. Esta ley reformó la Ley 1-306, derogando 54 artículos relacionados con la discapacidad, contando con 9 capítulos y 63 artículos (Vásquez, Isaza y Parra, 2022).

En su art. 6<sup>14</sup>, la Ley 1-996 comienza por presumir capaces a todas las personas con discapacidad mayores de edad. Otro de los elementos que introduce la reforma colombiana es la voluntariedad de los apoyos, ya que su art. 4<sup>15</sup> señala, en relación a

---

<sup>14</sup> **Artículo 6° Ley 1-996 colombiana.** Presunción de capacidad. Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usar o no apoyos para la realización de actos jurídicos. En ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona. La presunción aplicará también para el ejercicio de los derechos laborales de las personas con discapacidad, protegiendo su vinculación e inclusión laboral.

**PARÁGRAFO.** El reconocimiento de la capacidad legal plena previsto en el presente artículo aplicará, para las personas bajo medidas de interdicción o inhabilitación anteriores a la promulgación de la presente ley, una vez se hayan surtido los trámites señalados en el artículo 56 de la misma.

<sup>15</sup> **Artículo 4° Ley 1-996 colombiana.** Principios. Los siguientes principios guiarán la aplicación y la interpretación de la presente ley, en concordancia con los demás principios establecidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con el fin de garantizar la efectiva realización del derecho a la capacidad legal de las personas con discapacidad.

1. Dignidad. En todas las actuaciones se observará el respeto por la dignidad inherente a la persona con discapacidad como ser humano.

la autonomía y a la primacía de la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad, que los apoyos utilizados para celebrar un acto jurídico deben siempre responder a la voluntad y preferencias de la persona. Para esto, la Ley propone una secuencia interpretativa: primero se deben considerar la voluntad y preferencias de la persona; luego los ajustes razonables y las medidas de apoyo que permitan manifestar su voluntad y preferencias; acudir a la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona. Este último caso se da mediante un proceso específico y bajo la condición de que la persona titular del acto jurídico se encuentre absolutamente imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible (art. 38)<sup>16</sup> (Vásquez, Isaza y Parra, 2022).

---

2. Autonomía. En todas las actuaciones se respetará el derecho de las personas a autodeterminarse, a tomar sus propias decisiones, a equivocarse, a su independencia y al libre desarrollo de la personalidad conforme a la voluntad, deseos y preferencias propias, siempre y cuando estos, no sean contrarios a la Constitución, a la ley, y a los reglamentos internos que rigen las entidades públicas y privadas.

3. Primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico. Los apoyos utilizados para celebrar un acto jurídico deberán siempre responder a la voluntad y preferencias de la persona titular del mismo. En los casos en los que, aun después de haber agotado todos los ajustes razonables disponibles, no sea posible establecer la voluntad y preferencias de la persona de forma inequívoca, se usará el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, el cual se establecerá con base en la trayectoria de vida de la persona, previas manifestaciones de la voluntad y preferencias en otros contextos, información con la que cuenten personas de confianza, la consideración de sus preferencias, gustos e historia conocida, nuevas tecnologías disponibles en el tiempo, y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

4. No discriminación. En todas las actuaciones se observará un trato igualitario a todas las personas sin discriminación por ningún motivo, incluyendo raza, etnia, religión, credo, orientación sexual, género e identidad de género o discapacidad.

5. Accesibilidad. En todas las actuaciones, se identificarán y eliminarán aquellos obstáculos y barreras que imposibiliten o dificulten el acceso a uno o varios de los servicios y derechos consagrados en la presente ley.

6. Igualdad de oportunidades. En todas las actuaciones se deberá buscar la remoción de obstáculos o barreras que generen desigualdades de hecho que se opongan al pleno disfrute de los derechos de las personas con discapacidad.

7. Celeridad. Las personas que solicitan apoyos formales para tomar decisiones jurídicamente vinculantes, tienen derecho a acceder a estos sin dilaciones injustificadas, por lo que los trámites previstos en la presente ley deberán tener una duración razonable y se observarán los términos procesales con diligencia. b) La individualización de la o las personas designadas como apoyo. c) Las salvaguardias destinadas a evitar y asegurar que no existan los conflictos de interés o influencia indebida del apoyo sobre la persona. d) La delimitación de las funciones y la naturaleza del rol de apoyo. e) La duración de los apoyos a prestarse de la o las personas que han sido designadas como tal. f) Los programas de acompañamiento a las familias cuando sean pertinentes y las demás medidas que se consideren necesarias para asegurar la autonomía y respeto a la voluntad y preferencias de la persona. 9. Se reconocerá la función de apoyo de las personas designadas para ello. Si la persona designada como apoyo presenta dentro de los siguientes cinco (5) días excusa, se niega a aceptar sus obligaciones o alega inhabilidad, se tramitará incidente para decidir sobre el mismo"

<sup>16</sup> **Artículo 38 Ley 1-996 colombiana.** Adjudicación de apoyos para la toma de decisiones promovida por persona distinta al titular del acto jurídico. El artículo 396 de la Ley 1564 de 2012 quedará así:

"ARTÍCULO 396. En el proceso de adjudicación de apoyos para la toma de decisiones promovido por persona distinta al titular del acto jurídico se observarán las siguientes reglas:

1. La demanda solo podrá interponerse en beneficio exclusivo de la persona con discapacidad. Esto se demostrará mediante la prueba de las circunstancias que justifican la interposición de la demanda, es decir que a) la persona titular del acto jurídico se encuentra absolutamente imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo

Son tres los mecanismos que prevé la Ley 1-996 para establecer apoyos para la realización de actos jurídicos, que se encuentran regulados en el art. 9<sup>17</sup>: 1) la celebración de un acuerdo de apoyos entre la persona titular del acto y las personas naturales o jurídicas que esta designe como apoyos, lo que se puede realizar por escritura pública o ante centros de conciliación, teniendo una duración máxima de cinco años; 2) la designación judicial de apoyos por parte de juzgado de familia y a iniciativa de la persona titular del acto, o en casos donde se hayan agotado los ajustes razonables y o pueda conocerse la voluntad de la persona de manera unívoca, puede ser solicitada por un tercero con interés legítimo y bajo circunstancias específicas; 3) la realización de

---

y formato de comunicación posible, y b) que la persona con discapacidad se encuentre imposibilitada de ejercer su capacidad legal y esto conlleve a la vulneración o amenaza de sus derechos por parte de un tercero.

2. En la demanda se podrá anexar la valoración de apoyos realizada al titular del acto jurídico por parte de una entidad pública o privada.

3. En caso de que la persona no anexe una valoración de apoyos o cuando el juez considere que el informe de valoración de apoyos aportado por el demandante es insuficiente para establecer apoyos para la realización del acto o actos jurídicos para los que se inició el proceso, el Juez podrá solicitar una nueva valoración de apoyos u oficiar a los entes públicos encargados de realizarlas, en concordancia con el artículo 11 de la presente ley.

4. El informe de valoración de apoyos deberá consignar, como mínimo: a) La verificación que permita concluir que la persona titular del acto jurídico se encuentra imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible. b) Las sugerencias frente a mecanismos que permitan desarrollar las capacidades de la persona en relación con la toma de decisiones para alcanzar mayor autonomía en las mismas. c) Las personas que pueden actuar como apoyo en la toma de decisiones de la persona frente al acto o actos jurídicos concretos que son objeto del proceso. d) Un informe general sobre la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico que deberá tener en consideración, entre otros aspectos, el proyecto de vida de la persona, sus actitudes, argumentos, actuaciones anteriores, opiniones, creencias y las formas de comunicación verbales y no verbales de la persona titular del acto jurídico.

5. Antes de la audiencia inicial, se ordenará notificar a las personas identificadas en la demanda y en el informe de valoración de apoyos como personas de apoyo.

6. Recibido el informe de valoración de apoyos, el Juez, dentro de los cinco (5) días siguientes, correrá traslado del mismo, por un término de diez (10) días a las personas involucradas en el proceso y al Ministerio Público.

7. Una vez corrido el traslado, el Juez decretará las pruebas que considere necesarias y convocará a audiencia para practicar las demás pruebas decretadas, en concordancia con el artículo 34 de la presente ley.

8. Vencido el término probatorio, se dictará sentencia en la que deberá constar: a) El acto o actos jurídicos delimitados que requieren el apoyo solicitado. En ningún caso el Juez podrá pronunciarse sobre la necesidad de apoyos para la realización de actos jurídicos sobre los que no verse el proceso.

<sup>17</sup> **Artículo 9º Ley 1-996 colombiana.** Mecanismos para establecer apoyos para la realización de actos jurídicos. Todas las personas con discapacidad, mayores de edad, tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y a contar con apoyos para la realización de los mismos. Los apoyos para la realización de actos jurídicos podrán ser establecidos por medio de dos mecanismos:

1. A través de la celebración de un acuerdo de apoyos entre la persona titular del acto jurídico y las personas naturales mayores de edad o personas jurídicas que prestarán apoyo en la celebración del mismo;

2. A través de un proceso de jurisdicción voluntaria o verbal sumario, según sea el caso, para la designación de apoyos, denominado proceso de adjudicación judicial de apoyos.



*directivas anticipadas a través de las que se designen terceras personas que adquieran obligaciones de hacer (Vásquez, Isaza y Parra, 2022).*

*Pueden ejercer la función de apoyo tanto personas naturales como personas jurídicas, estableciéndose los requisitos para ser una “persona de apoyo”, inhabilidades, obligaciones, acciones generales y responsabilidades (arts. 44 a 50).*

*Un aspecto interesante de la reforma colombiana fue su entrada en vigencia de forma escalonada, dado que primero entraron en vigor las directivas anticipadas (año 2019, luego los acuerdos de apoyo (año 2020) y finalmente los procesos de adjudicación judicial de apoyos permanentes (año 2021).*

*Según señalan Vásquez, Isaza y Parra (2022) la implementación de la Ley 1.996 se ha enfrentado a ciertas críticas provenientes de abogados civilistas, notarios y familiares de personas con discapacidad, aunque la reforma contó con el apoyo de la sociedad civil, la academia y el Estado colombiano. El rechazo de la reforma ameritó incluso la presentación de dos demandas a los pocos meses de sancionada la ley, buscando la declaración de inexecutable de la norma en su totalidad por razones formales, a lo que la Corte Constitucional colombiana se opuso, ya que como la ley no regula un núcleo esencial de un derecho, no debió ser tramitada como ley estatutaria. Al momento, tanto la Corte Constitucional como la Corte Suprema de Justicia han dictado varias sentencias en las que se acepta la reforma como una realidad jurídica del país.<sup>18</sup>*

*Otras sentencias colombianas han aportado claridad a la reforma, al señalar que los*

*apoyos pueden ser el acompañamiento de una persona de confianza en la realización de algún acto jurídico, métodos de comunicación distintos a los convencionales, pueden ser medidas relacionadas con el diseño universal o la accesibilidad, entre otros. Los tipos de apoyo y sus intensidades dependerán y variarán notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad y sus necesidades<sup>19</sup> (Palacios, 2022, p. 160).*

---

<sup>18</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia C-022 de 2021 y C-025 de 2021.

<sup>19</sup> Corte Constitucional colombiana Sentencia T-231 de 2020.

La jurisprudencia colombiana también ha sido pionera en el dictado de sentencias en lenguaje fáci<sup>20</sup> (Palacios, 2022).

### **República de Costa Rica, 2016.**

El proceso de reforma costarricense comenzó en 2009, año en que fue presentado el proyecto núm. 17-305, denominado “Ley de Autonomía de las Personas con Discapacidad”. Esta propuesta fue elaborada desde el propio Poder Judicial por iniciativa de su Comisión de Accesibilidad, con la participación de grupos interdisciplinarios de profesionales con y sin discapacidad; y tomó como referencia la “Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia española”, Ley 36/2006.

Este proceso implicó la modificación de varias normas del ordenamiento interno costarricense, como: el Código Procesal Civil, que fue modificado en el año 2016, ya que preveía un proceso de “insania” bajo el cual el órgano jurisdiccional, en el marco de un proceso abreviado, podía declarar la incapacidad de una persona a través de una pericia médica y la inspección ocular de la persona (esta última, de carácter opcional). Este cuerpo también regulaba un proceso de “rehabilitación”, sujeto a dictamen médico. A su vez, la curatela se encontraba regulada en el Código de Familia, cuerpo legal que disponía que podían ser sujetos a curatela las personas mayores de edad con una “discapacidad intelectual, sensorial o física que les impida atender sus propios intereses” (art. 230) y la persona curadora ostentaba la representación legal en todos los ámbitos de la persona declarada incapaz.

Sin embargo, algunas normas contrarias al nuevo paradigma de derechos se mantienen intactas de acuerdo al texto vigente del Código Civil de 1996. En este sentido, Vásquez, Isaza y Parra (2022) enumeran estas rémoras aún vigentes: 1) la capacidad jurídica es inherente a las personas durante su existencia y se modifica o se limita, de acuerdo a la ley y por su estado civil, capacidad volitiva o cognoscitiva o su capacidad legal (art. 36); es posible declarar judicialmente incapaz a una persona y anular los actos o contratos que se realicen sin capacidad volitiva o cognitiva (art. 41); la capacidad para obligarse es una presunción iuris tantum (art. 628); y se establecen restricciones específicas para testar “a los que no están en perfecto juicio” (art. 591).

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-607 de 2019.

Finalmente, en el año 2016 se aprobó la Ley de Promoción de la Autonomía de las Personas con Discapacidad, N° 9-379, que terminó presentando algunas modificaciones respecto de su texto original.

El objetivo primordial de la ley es promover y asegurar el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con los demás del derecho a la autonomía personal de las personas con discapacidad (art. 1)<sup>21</sup> y reconoce así que “todas las personas con discapacidad gozan plenamente de igualdad jurídica” (art. 5)<sup>22</sup>, lo que supone que se les es reconocida su personalidad jurídica, su capacidad jurídica y capacidad de actuar; así como la titularidad y el legítimo ejercicio de la patria potestad, la cual no podrá perderse por razones basadas meramente en la condición de discapacidad de la persona (art. 5).

Para esto, la ley reconoce la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, eliminando la interdicción, la insania, y la curatela (para lo que reforma varios artículos del Código Procesal Civil y del Código de Familia); y agregando la salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad (Cap. II, arts. 5 a 11); y la institución de la asistencia personal humana (Cap. III, arts. 12 a 15) y la figura del asistente personal (Cap. V, arts. 26 a 29).

Comenzando por la salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, esta tiene como objetivo garantizar el ejercicio seguro y efectivo de los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial en un marco de respeto por su voluntad y preferencias. Estas salvaguardas pueden ser

---

<sup>21</sup> **Artículo 1 Ley 9-379 costarricense.** Objetivo.

El objetivo de la presente ley es promover y asegurar, a las personas con discapacidad, el ejercicio pleno y en igualdad de condiciones con los demás del derecho a su autonomía personal. Para lograr este objetivo se establece la figura del garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad y, para potenciar esa autonomía, se establece la figura de la asistencia personal humana.

<sup>22</sup> **ARTÍCULO 5 Ley 9-379 costarricense.** Igualdad jurídica de las personas con discapacidad.

Todas las personas con discapacidad gozan plenamente de igualdad jurídica, lo que implica: a) El reconocimiento a su personalidad jurídica, su capacidad jurídica y su capacidad de actuar. b) La titularidad y el legítimo ejercicio de todos sus derechos y atención de sus propios intereses. c) El ejercicio de la patria potestad, la cual no podrá perderse por razones basadas meramente en la condición de discapacidad de la persona. Para garantizar el ejercicio seguro y efectivo de los derechos y las obligaciones de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial, en un marco de respeto a su voluntad y preferencias, sin que haya conflicto de intereses ni influencia indebida, se establece la salvaguardia para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad, que será proporcionada y adaptada a la circunstancia de la persona. Este procedimiento se tramitará de conformidad con lo establecido en la presente ley y en la Ley N.º 7130, Código Procesal Civil, de 16 de agosto de 1989, y sus reformas. La persona que el juez o la jueza designe para ejercer la salvaguardia se denominará garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad.

solicitadas por la propia persona con discapacidad, pero también (aunque de forma excepcional) por sus familiares o por organizaciones no gubernamentales (art. 8)<sup>23</sup>. Esta persona, a la que el órgano jurisdiccional designa para ejercer la salvaguardia es denominada “garante para la igualdad jurídica de la persona con discapacidad”, y puede ser tanto una persona física como jurídica; y cuando la persona con discapacidad no pueda indicar a la persona de su preferencia para que opere como garante, se valorará la posibilidad de designar a un familiar (art. 10)<sup>24</sup>.

Esta persona garante es acreedora de un amplio catálogo de obligaciones (art. 11), algunos de las cuales funcionan directamente como salvaguardias (Vásquez, Isaza y Parra, 2022). Entre ellas, se destacan: no actuar sin considerar los derechos, la voluntad y las capacidades de la persona; apoyarla para la protección y promoción de sus derechos; asistirle en la toma de decisiones de manera proporcional y adaptada; garantizar que la persona tenga acceso a información completa y accesible para que decida sobre sus derechos sexuales y reproductivos; brindar apoyo a la persona en el ejercicio de su maternidad o paternidad; no ejercer ningún tipo de presión, coerción, violencia ni influencia indebida en el proceso de toma de decisiones; no brindar consentimiento informado en sustitución de la persona; no permitir que la persona sea sometida a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes; no permitir que la persona sea

---

<sup>23</sup> **Artículo 8 Ley 9-379 costarricense-** Legitimación para solicitar la salvaguardia.

Están legitimados para solicitar la salvaguardia:

a) La propia persona con discapacidad intelectual, mental y psicosocial.

b) Excepcionalmente, cuando en virtud de una limitación funcional a la persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial se le imposibilite o limite solicitar por sí misma la salvaguardia, los familiares, de conformidad con la legislación vigente.

c) A falta de familiares, estarán legitimadas la institución u organización no gubernamental que le brinde servicios, apoyos y/o prestaciones sociales a la persona para la cual se solicita la salvaguardia.

<sup>24</sup> **Artículo 10 Ley 9-379 costarricense-** Valoración de la salvaguardia.

El juez o la jueza deberá valorar en primera instancia y con prioridad la designación de la salvaguardia hecha por la persona con discapacidad.

Cuando excepcionalmente, en virtud de una limitación funcional, la persona con discapacidad intelectual, mental o psicosocial se le imposibilite o limite indicar la persona de su preferencia, el juez o la jueza valorará como opción para que ejerzan la salvaguardia a los familiares de la persona con discapacidad.

En todos los casos, el juez o la jueza deberá garantizar que la persona que ejerza la salvaguardia es la idónea, moral y éticamente demostrado, para garantizar el ejercicio seguro y efectivo de los derechos y las obligaciones de las personas con discapacidad intelectual, mental y psicosocial.

Este procedimiento se tramitará de conformidad con lo establecido en la presente ley y en la Ley N.º 7130, Código Procesal Civil, de 16 de agosto de 1989, y sus reformas.

*sometida a experimentos médicos o científicos sin su consentimiento libre e informado; proteger la privacidad de la información y datos personas de la persona.*

*Dos años después de su aprobación, la Ley 9-379 fue reglamentada por el reglamento N° 41-087-MTSS, del 30 de abril de 2018, norma que precisa muchos de los alcances y vacíos que presenta la ley (Vásquez, Isaza y Parra, 2022). En este sentido, el reglamento enfatiza en la importancia de los ajustes razonables y el principio de diseño universal para el ejercicio de la capacidad jurídica (art. 4, nums. 4 y 14); precisa que la salvaguardia es facultativa y no podrá ser impuesta en contra de la voluntad de la persona (art. 7, nums. 2 y 4); y aclara que la salvaguardia no es un tipo de representación legal (art. 7, núm. 8), admitiendo la posibilidad de que varias personas puedan obrar como garantes para la igualdad jurídica de la persona con discapacidad (art. 9). Además, indica que los familiares y organizaciones no gubernamentales sólo podrán solicitar la salvaguardia cuando exista una “absoluta imposibilidad que limite a la persona con discapacidad para presentar la solicitud de manera individual o contando con apoyo de otra persona o para firmar -con su rúbrica o huella- el escrito de solicitud” (art. 12). Algo importante de este reglamento es que admite un criterio hermenéutico basado en la mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias de la persona que, en casos en que se encuentre comprometida el estado de conciencia, la determinación del apoyo deberá tener como fundamento principal la voluntad y preferencias de la persona, para lo cual, de acuerdo al art. 8, hay que recurrir a “procedimientos multidimensionales, tales como trayectoria de vida o historia familiar, el contexto social, e incluso a las manifestaciones expresas que la persona hubiese realizado con anticipación a recibir este tipo de apoyo”.*

*Vásquez, Isaza y Parra (2022) identifican algunas cuestiones problemáticas al interior de la Ley 9-379 y el Reglamento 41-087-MTSS que tensionan directamente con la CDPD, por ejemplo, la esterilización sin consentimiento que se admite cuando “sea necesaria e imprescindible para la preservación de su vida o integridad física” (art. 11, inc. d). Los autores también critican la posibilidad de que la persona garante pueda actuar en actos más allá de lo establecido en la resolución judicial que lo designa, “siempre y cuando ello resulte urgente e imprescindible para la seguridad y en beneficio de la persona que recibe el apoyo” (art. 17, inc. b); y que la prohibición al garante de brindar consentimiento informado por la persona con discapacidad no resulte aplicable*

cuando esta se encuentra “en riesgo inminente por una situación emergente e imprevista” (art. 17, inc. h).

En cuanto a su implementación, Vásquez, Isaza y Parra (2022) entienden que ha sido lenta, ya que la reglamentación tardó más de un año y medio en concretarse y en ese interín los tribunales siguieron resolviendo y aplicando medidas de interdicción y curatela. Además, la ley ha generado cierto rechazo o resistencia en el ámbito del Derecho de Familia, aunque esto se reflejó en una producción académica escasa.

También se generaron algunas oposiciones al interior del Poder Judicial ya que “frente a las resistencias del propio sistema de justicia, la Corte Suprema de Justicia costarricense ha tenido que ratificar la constitucionalidad de la reforma” (Vásquez, Isaza y Parra, 2022, p. 218). Así, el Tribunal de Familia del Primer Circuito Judicial de San José promovió una consulta de constitucionalidad ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en relación a varios artículos de la Ley 9-379 y del Reglamento 41-087-MTSS, en razón de que estas normas podrían ser inconstitucionales al no responder a las necesidades ni a la protección de las personas con discapacidad que no cuentan con capacidad alguna para ejercer sus derechos y ser sujetos de obligaciones. Ante esta consulta, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica falló, en su sentencia 016863-20 del 20 de abril de 2020 que el nuevo marco normativo para asegurar la igualdad jurídica de las personas con discapacidad en relación al ejercicio de su capacidad jurídica no plantea reparos ni constitucionales ni convencionales. Según indican Vásquez, Isaza y Parra (2022),

De acuerdo con la Corte, la CDPD representa un cambio de paradigma en el reconocimiento de la capacidad jurídica que alcanza a todas las personas con discapacidad; cuando no sea factible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, siguiendo el criterio de la CDPD, se debe recurrir a la mejor interpretación posible de su voluntad y preferencias (p. 196).

En otra sentencia, la num. 2019009287 de Sala Constitucional, del 24 de mayo de 2019, la Corte Suprema de Justicia ha planteado la improcedencia de la exigencia de ciertos requisitos que imponían un modelo sustitutivo de la capacidad jurídica por parte del Ministerio de Hacienda, puesto que tal medida era opuesta a los postulados de la CDPD y de la Ley 9-379 (Palacios, 2022).

*En el conversatorio mantenido entre el equipo de la consultoría con informantes calificados costarricenses, surgieron algunos problemas específicos de implementación, advertidos por estos mismos expertos de acuerdo a sus experiencias. Según su opinión, estos problemas se generaron porque el cambio de paradigma no implicó la modificación de otras normas, por lo que varias situaciones podrían quedar libradas a la interpretación de los propios operadores.*

*Por ejemplo, de acuerdo a lo manifestado por uno de los expertos, a nivel procesal y, concretamente, del derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad, existen jueces civiles (que son los que sostienen las interpretaciones más rígidas) que remiten a un juez de familia a la persona con discapacidad que inició una acción en la jurisdicción civil, para que le designen una salvaguardias, por necesitar de una persona que la represente en juicio (Vásquez, Isaza y Parra, 2022).*

*Otros órganos públicos tendrían un problema similar, por ejemplo ha sucedido que cuando una persona con discapacidad quiere realizar algún trámite o petición ante la administración pública, se entiende que necesita un garante, cuando en realidad esto no es necesario (Olaso, 2022, Reunión de trabajo, ver anexo).*

*Adicionalmente, el sistema costarricense se enfrentó al problema de la ejecución de las sentencias extranjeras que hubieran dispuesto incapacitaciones o interdicciones al amparo de regímenes jurídicos contrarios a la CDPD, lo que ha ameritado la imposibilidad de ejecutar dichas sentencias extranjeras, por su contrariedad con el ordenamiento interno.*

*En resumen, serían tres los problemas concretos de implementación que manifestaron los informantes calificados costarricenses: 1) la vigencia de algunas normas contrarias al nuevo paradigma de derechos impuesto por la CDPD; 2) las interpretaciones rígidas de algunos juzgados (particularmente, los de la jurisdicción civil) u otros órganos públicos; 3) la ejecutabilidad de las sentencias extranjeras contrarias a la CDPD.*

*Por último, dos cuestiones de gran importancia que merecen un comentario aparte. El primero refiere al régimen transitorio establecido por la Ley 9-379 en su Transitorio P<sup>25</sup>, en el que dispuso que a su entrada en vigor, las personas curadoras pasarán*

---

<sup>25</sup> **Transitorio I Ley 9-379 costarricense-** *Quien sea curador o curadora de una persona con discapacidad, a la entrada en vigencia de la presente ley, pasará de inmediato a ser el garante para la igualdad jurídica, en el marco de lo que señala esta ley; en estos casos, el juez o la jueza de familia de la jurisdicción que corresponda deberá realizar una revisión de oficio de estas salvaguardias en un período máximo de dos años. En un período de seis meses, el Registro Civil del*

*inmediatamente a convertirse en garantes para la igualdad jurídica, para lo que los órganos jurisdiccionales competentes debían realizar una revisión de oficio de estas salvaguardias en un período máximo de dos años. El segundo ha implicado un verdadero avance en la restitución de los derechos civiles y políticos de las personas con discapacidad vinculados al sufragio, ya que para el año 2018, el Registro Civil del Tribunal Supremo de Elecciones ya había incorporado en el padrón electoral a las personas que estaban excluidas por una declaratoria de insania (Vásquez, Isaza y Parra, 2022).*

### **Reino de España, 2021.**

*La Ley 8/2021 introduce en España el nuevo paradigma social de la discapacidad basado en el enfoque de derechos humanos de la CDPD. Esto implica reconocer a la persona con discapacidad como sujeto de derechos en igualdad de condiciones con las demás personas, dejando de ser un objeto de imputación de derechos económicos y sociales, para pasar a ser protagonista de su vida y decisiones (García y Torres, 2022).*

*La Ley 8/2021 española es realmente una “ley de gran calado” (Fontestad, 2021, p. 408). En efecto, la reforma realizó modificaciones al Código Civil, Código de Comercio (arts. 4, 5 y 234), a la Ley de Enjuiciamiento Civil, al Código Penal, la Ley Hipotecaria, la Ley de Jurisdicción Voluntaria, la Ley del Notariado, la Ley del Registro Civil y la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (Lafferriere, 2021).*

*De acuerdo a Fontestad (2021), la Ley 8/2021 no es la primera intención de España de cumplir con los estándares marcados con la CDPD, ya que con anterioridad, la Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, ya había eliminado la terminología considerada peyorativa, sustituyendo así los términos “incapaz” e “incapacitación” por otras como “personas con la capacidad judicialmente modificada”. Este cambio terminológico es trascendente, porque es “un avance no solo para alcanzar la integración social de estas personas, sino también para lograr la proclamada igualdad reconocida en el art. 14 CE” (Fontestad, 2021, p. 409).*

---

*Tribunal Supremo de Elecciones procederá a incorporar a las personas que se encuentren en estado de interdicción en virtud de una declaratoria de insania, dentro del padrón electoral. En un período de seis meses, el registro correspondiente procederá a inscribir, a nombre de la persona con discapacidad, los bienes que se encuentren registrados a nombre del curador o la curadora de las personas con discapacidad que se encuentren en estado de interdicción en virtud de una declaratoria de insania.*



*La reciente Ley 8/2021 elimina así la incapacitación judicial, que suponía una clara negación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, abandonando*

*el exceso de protección paternalista en relación con las personas con discapacidad que veían sustituida su voluntad por la de su tutor pues, en la actualidad, la tutela se regula exclusivamente para la protección del menor de edad no protegido por la patria potestad (Fontestad, 2021, p. 409).*

*También se elimina la patria potestad prorrogada o rehabilitada, adquiriendo entonces particular destaque la curatela como medida de apoyo judicial para la persona con discapacidad.*

*La reforma operó normativamente en la modificación del Título XI del Libro Primero del Código Civil, que pasó a denominarse “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de la capacidad jurídica”, en donde se regulan: 1) las medidas voluntarias que las personas con discapacidad pueden adoptar por sí solas; 2) las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica para quienes lo precisen, incluida la autocuratela<sup>26</sup> (Fontestad, 2021).*

*De esta manera, la ley española concede un gran protagonismo a la voluntad de la persona, lo que se manifiesta en el papel que ocupa a la hora de pensar y diseñar*

---

<sup>26</sup> Se encuentra regulado en los arts. 271 y ss. Así, el artículo 271 del Código Civil español dispone:

*Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador. Podrá igualmente establecer disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo.*

medidas de apoyo (arts. 250<sup>27</sup> y 256<sup>28</sup> del Código Civil) y de designar a los prestadores del apoyo. De hecho, la atención a la voluntad y deseos de la persona con discapacidad psíquica es un principio rector de la actuación del prestador de los apoyos y de la

---

<sup>27</sup> **Artículo 250 Código Civil español.** Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias. Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona. La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente. La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo. El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente. Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida. No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.

<sup>28</sup> **Artículo 256 Código Civil español.** El poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad.

intervención judicial (arts. 249<sup>29</sup>, 250, 254<sup>30</sup> y 268<sup>31</sup> del Código Civil) (Lafferriere, 2021).

La autonomía encuentra un límite en los conflictos de intereses y las influencias indebidas (art. 250), agregando, precisamente, que el control judicial apunta a “garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida” (art. 270)<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> **Artículo 249 Código Civil español.** Las medidas de apoyo a las personas mayores de edad o menores emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. Las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. En casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. La autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

<sup>30</sup> **Artículo 254 Código Civil español.** Cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias provisiones para cuando alcance la mayoría de edad. En otro caso se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias.

<sup>31</sup> **Artículo 268 Código Civil español.** Las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias. Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años. Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas.

<sup>32</sup> **Artículo 270 Código Civil español.** La autoridad judicial establecerá en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior las medidas de control que estime oportunas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo, así como para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida. También podrá exigir en cualquier momento al curador que, en el ámbito de sus funciones, informe sobre la situación personal o patrimonial de aquella. Sin perjuicio de las revisiones periódicas de estas resoluciones, el

En España subsiste la idea de “protección”, que se encuentra expresamente prevista en los arts. 271 y 281 (en este caso, como “desprotección”) del Código Civil<sup>33</sup>, y en la nueva redacción del art. 762<sup>34</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre medidas cautelares. Sin embargo, de acuerdo a Lafferriere (2021, p. 5) no hay “ninguna referencia a posibles implicaciones terapéuticas de las medidas de apoyo”.<sup>35</sup>

De todas maneras, la sola presencia de esta idea de “protección” permitiría pensar que la reforma española mantiene vigentes ciertos aspectos del paradigma anterior. En este sentido, Martínez de Aguirre (2021, citado por Lafferriere, 2021) pone en evidencia el carácter problemático de este concepto, ya que, por un lado, entiende que la idea de “protección” de la reforma española refiere a una idea diferente de este concepto por tratarse de la protección frente a los posibles abusos en la aplicación y actuación

---

Ministerio Fiscal podrá recabar en cualquier momento la información que considere necesaria a fin de garantizar el buen funcionamiento de la curatela

<sup>33</sup> **Artículo 281 Código Civil español.** El curador tiene derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita, así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio. Corresponde a la autoridad judicial fijar su importe y el modo de percibirlo, para lo cual tendrá en cuenta el trabajo a realizar y el valor y la rentabilidad de los bienes. En ningún caso, la admisión de causa de excusa o la decisión de remoción de las personas físicas o jurídicas designadas para el desempeño de los apoyos podrá generar desprotección o indefensión a la persona que precisa dichos apoyos, debiendo la autoridad judicial actuar de oficio, mediante la colaboración necesaria de los llamados a ello, o bien, de no poder contar con estos, con la inexcusable colaboración de los organismos o entidades públicas competentes y del Ministerio Fiscal.

<sup>34</sup> **Artículo 762 Ley de Enjuiciamiento Civil española.** Medidas cautelares. 1. Cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria. 2. El Ministerio Fiscal podrá también, en las mismas circunstancias, solicitar del Tribunal la inmediata adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior. Tales medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento. 3. Siempre que la urgencia de la situación no lo impida, las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas con discapacidad. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los artículos 734, 735 y 736 de esta Ley.

<sup>35</sup> Esta apreciación es realizada por Lafferriere (2021, pp. 4 y 5) al comparar el régimen argentino con el español. En este sentido, señala: “Como principio, en Argentina subyace también la idea de protección. En efecto, para la configuración de una situación de capacidad restringida se requiere que exista peligro de que la persona sufra un ‘daño’ en su persona o bienes (art. 32, Cód. Civ. y Com.). Esta protección tiene componentes cercanos con lo terapéutico, que hasta donde alcanzo a ver no están presentes en la ley española. Así, en las reglas generales del art. 31, Cód. Civ. y Com. se señala: “[D]eben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades” (inc. f) y se incluyen normas sobre la “internación” (arts. 41 y 42, Cód. Civ. y Com.). En el art. 47, Cód. Civ. y Com., para el cese de la restricción, debe determinarse “el restablecimiento de la persona”. Y en cuanto a las funciones del curador para los casos extremos de incapacidad, su función incluye el objetivo de “tratar de que [la persona con discapacidad] recupere su salud” (art. 138, Cód. Civ. y Com.).”

de las medidas de apoyo; pero, por otro lado, aclara que en una concepción más amplia de la idea de protección subyace la posibilidad de apartarse de la voluntad de la persona con discapacidad a pesar de haber sido expresada, en aras de su “protección”.

La reforma española elimina la incapacitación y la sustituye por un procedimiento judicial para la provisión de apoyos a quien los necesite, aunque no se aclara por qué se dotaría de apoyos a esa persona para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, más allá del “defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona” (art. 249) (Martínez de Aguirre, 2019, citado por Lafferriere, 2021). Es que a lo largo del artículo, la Ley 8/2021 usa expresiones tales como “personas que precisen de apoyos” o “personas con discapacidad”, pero “no queda claro cuándo procede el nombramiento de un curador, y, sobre todo, queda en penumbra cuál es el problema que la ley intenta resolver” (Martínez de Aguirre 2019, p. 256, citado por Lafferriere, 2021, p. 5). También se suprimió la prodigalidad como institución autónoma.

En cuanto a las medidas de apoyo, el art. 250<sup>36</sup> del Código Civil español regula por un lado las que son voluntarias; y, por otro lado, la guarda de hecho, el defensor judicial y la curatela, siendo esta última la figura de mayor importancia.

---

<sup>36</sup> **Artículo 250 Código Civil español.** Las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen son, además de las de naturaleza voluntaria, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial.

La función de las medidas de apoyo consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias.

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria son las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

La guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

La curatela es una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado. Su extensión vendrá determinada en la correspondiente resolución judicial en armonía con la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y con sus necesidades de apoyo.

El nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente.

Al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida.

No podrán ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo.

*En lo que refiere a las medidas voluntarias, es importante saber que tienen preeminencia por sobre las medidas judiciales, tal como lo dispone el art. 255<sup>37</sup> del Código Civil y se prevén o acuerdan mediante escritura pública debidamente inscriptas en el Registro Civil, pudiendo estar dirigidas tanto a cuestiones personales como sobre los bienes en circunstancias en que la persona tenga dificultades para ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás. El alcance de estas medidas abarca el régimen de actuación, las facultades de quien prestará el apoyo y/o la forma de ejercicio del apoyo, las medidas u órganos de control que estime oportunos, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflictos de intereses o influencia indebida, y los mecanismos y plazos de revisión, con el fin de garantizar deseos y preferencias (art. 255).*

*Un aspecto positivo del caso español es que el art. 256 del Código Civil contempla la posibilidad de que el otorgante de un poder incluya una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad, regulando dos tipos de poderes preventivos en los arts. 257<sup>38</sup> y 261<sup>39</sup>. En este sentido, para acreditar la necesidad de designar apoyos, se estará a las previsiones del poderdante, dispuesta en el art. 257 del Código Civil, aunque se contempla la posibilidad de incorporar un informe pericial. Asimismo, el Código Civil regula la vigencia de los poderes preventivos y sus alcances (art. 258)<sup>40</sup>, la aplicación supletoria de las reglas de la*

---

<sup>37</sup> **Artículo 255 Código Civil español.** *Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá prever o acordar en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes. Podrá también establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio del apoyo, el cual se prestará conforme a lo dispuesto en el artículo 249. Asimismo, podrá prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. El Notario autorizante comunicará de oficio y sin dilación el documento público que contenga las medidas de apoyo al Registro Civil para su constancia en el registro individual del otorgante. Solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias.*

<sup>38</sup> **Artículo 257 Código Civil español.** *El poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones del poderdante. Para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del Notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido.*

<sup>39</sup> **Artículo 261 Código Civil español.** *El ejercicio de las facultades representativas será personal, sin perjuicio de la posibilidad de encomendar la realización de uno o varios actos concretos a terceras personas. Aquellas facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegables.*

<sup>40</sup> **Artículo 258 Código Civil español.** *Los poderes a que se refieren los artículos anteriores mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente*

curatela (art. 259), la prescripción de que se otorguen por escritura pública (art. 260), el carácter personal de las facultades representativas (art. 261) y la aplicación de estas reglas al mandato sin poder (art. 262<sup>41</sup>) (Lafferriere, 2021).

Pasando a las otras medidas previstas, de acuerdo al art. 250, la guarda de hecho es una medida informal de apoyo que puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales eficaces. Se encuentra regulada en los arts. 263<sup>42</sup> y 267<sup>43</sup> del Código Civil. El momento en que la guarda de hecho adquiere importancia es cuando el guardador solicita la actuación representativa en forma excepcional (art. 264<sup>44</sup>), ya que

---

como si han sido previstas por el propio interesado. Cuando se hubieren otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este. El poderdante podrá establecer, además de las facultades que otorgue, las medidas u órganos de control que estime oportuno, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Podrá también prever formas específicas de extinción del poder. Cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar judicialmente la extinción de los poderes preventivos, si en el apoderado concurre alguna de las causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa.

<sup>41</sup> **Artículo 262. Código Civil español.** Lo dispuesto en este capítulo se aplicará igualmente al caso de mandato sin poder.

<sup>42</sup> **Artículo 263 Código Civil español.** Quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función incluso si existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, siempre que estas no se estén aplicando eficazmente.

<sup>43</sup> **Artículo 267 Código Civil español.** La guarda de hecho se extingue:

1.º Cuando la persona a quien se preste apoyo solicite que este se organice de otro modo

2.º Cuando desaparezcan las causas que la motivaron.

3.º Cuando el guardador desista de su actuación, en cuyo caso deberá ponerlo previamente en conocimiento de la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada las funciones de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. 4.º Cuando, a solicitud del Ministerio Fiscal o de quien se interese por ejercer el apoyo de la persona bajo guarda, la autoridad judicial lo considere conveniente.

<sup>44</sup> **Artículo 264. Código Civil español.** Cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oír a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

En todo caso, quien ejerza la guarda de hecho deberá recabar autorización judicial conforme a lo indicado en el párrafo anterior para prestar consentimiento en los actos enumerados en el artículo 287.

No será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. La autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan.

determinados actos requieren la autorización judicial (art. 287<sup>45</sup>). Según expresa Leciñena (2019, p. 291-292, citada por Lafferriere, 2021, p. 8)

*La guarda de hecho carece de investidura judicial formal pues su realidad es previa a toda actuación judicial. El guardador, por iniciativa propia, forma parte de la vida de la persona con discapacidad con la que le une una relación de confianza, como familiar o allegado, ofreciéndole a diario apoyos de tipo asistencial y en el proceso de toma de decisiones de toda índole en todos los aspectos de la vida*

*Por su parte, la curatela, definida en el art. 250 del Código Civil, es una medida formal de apoyo aplicable a quienes precisen apoyo de manera continuada. Su extensión está determinada en la resolución judicial que la impone, que deberá contemplar la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y su necesidad de apoyo. Su regulación se extiende desde el art. 268 al 294 del Código Civil, en donde se encuentran las disposiciones generales, la autocuratela, el nombramiento de curador, el ejercicio de la curatela y su extinción. Las medidas de apoyo impuestas deben ser proporcionadas y excepcionales, ya que solo podrán aplicarse cuando no exista otra medida de apoyo*

---

<sup>45</sup> **Artículo 287. Código Civil español.** El curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo necesita autorización judicial para los actos que determine la resolución y, en todo caso, para los siguientes:

1.º Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.

2.º Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar, bienes muebles de extraordinario valor, objetos preciosos y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles en arrendamiento por término inicial que exceda de seis años, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. La enajenación de los bienes mencionados en este párrafo se realizará mediante venta directa salvo que el Tribunal considere que es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

3.º Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar.

4.º Renunciar derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

5.º Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7.º Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiesen determinado los apoyos.

8.º Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria.



suficiente (art. 269)<sup>46</sup>. También se regula quienes pueden y quienes no pueden ser curadores (art. 275)<sup>47</sup> y las causales de remoción (art. 278)<sup>48</sup> y de excusación (art. 279)<sup>49</sup>. En cuanto a la rendición de cuentas, la misma es cada tres años, sin perjuicio de su revisión periódica, para lo que incluso se modificó la Ley de Jurisdicción Voluntaria, cuyo art. 42 bis inc. c<sup>50</sup> mandata la revisión antes de que transcurra el plazo. En

---

<sup>46</sup> **Artículo 269 Código Civil español.** La autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad. La autoridad judicial determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo. Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad. Los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación. El curador actuará bajo los criterios fijados en el artículo 249. En ningún caso podrá incluir la resolución judicial la mera privación de derechos.

<sup>47</sup> **Artículo 275 Código Civil español.** 1. Podrán ser curadores las personas mayores de edad que, a juicio de la autoridad judicial, sean aptas para el adecuado desempeño de su función. Asimismo, podrán ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad. 2. No podrán ser curadores: 1.º Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo. 2.º Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección. 3.º Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. 3. La autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes: 1.º A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela. 2.º A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo. 3.º Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal. 4.º A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.

<sup>48</sup> **Artículo 278 Código Civil español.** Serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo. La autoridad judicial, de oficio o a solicitud de la persona a cuyo favor se estableció el apoyo o del Ministerio Fiscal, cuando conociere por sí o a través de cualquier interesado circunstancias que comprometan el desempeño correcto de la curatela, podrá decretar la remoción del curador mediante expediente de jurisdicción voluntaria. Durante la tramitación del expediente de remoción la autoridad judicial podrá suspender al curador en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordará el nombramiento de un defensor judicial. Declarada judicialmente la remoción, se procederá al nombramiento de nuevo curador en la forma establecida en este Código, salvo que fuera pertinente otra medida de apoyo.

<sup>49</sup> **Artículo 279 Código Civil español.** Será excusable el desempeño de la curatela si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo. También podrá excusarse el curador de continuar ejerciendo la curatela cuando durante su desempeño le sobrevengan los motivos de excusa. Las personas jurídicas privadas podrán excusarse cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la curatela o las condiciones de ejercicio de la curatela no sean acordes con sus fines estatutarios.

<sup>50</sup> **Artículo 42 bis c) Ley de Jurisdicción Voluntaria española.** Auto y posterior revisión de las medidas judicialmente acordadas. 1. Las medidas que se adopten en el auto que ponga fin al expediente deberán ser conformes a lo dispuesto en la legislación civil aplicable sobre esta cuestión. Tales medidas serán objeto de revisión periódica en el plazo y la forma en que disponga el auto que las hubiera acordado, debiendo seguirse el trámite contemplado en este artículo. Cualquiera de las personas mencionadas en el apartado 3 del artículo 42 bis a), así como quien ejerza el apoyo, podrá solicitar la

relación a las prohibiciones, el art. 251<sup>51</sup> enumera diversos actos que están inhibidos para quien desempeñe dicha función de apoyo.

El nombramiento de defensor judicial es otra de las medidas de apoyo del ordenamiento español, regulada en los arts. 295 a 298, y procede cuando se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente (art. 250). De acuerdo al art. 295<sup>52</sup>, esta medida de apoyo se aplica en cuatro supuestos: 1) cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o designe a otra persona; 2) cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestar el apoyo; 3) cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario; 4) cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la

---

revisión de las medidas antes de que transcurra el plazo previsto en el auto. 2. El Juzgado que dictó las medidas será también competente para conocer de la citada revisión, siempre que la persona con discapacidad permanezca residiendo en la misma circunscripción. En caso contrario, el Juzgado de la nueva residencia habrá de pedir un testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, que lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud. 3. En la revisión de las medidas, la autoridad judicial recabará un dictamen pericial cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso, se entrevistará con la persona con discapacidad y ordenará aquellas otras actuaciones que considere necesarias. A estos efectos, la autoridad judicial podrá recabar informe de las entidades a las que se refiere el apartado 2 del artículo 42 bis b). Del resultado de dichas actuaciones se dará traslado a la persona con discapacidad, a quien ejerza las funciones de apoyo, al Ministerio Fiscal y a los interesados personados en el expediente previo, a fin de que puedan alegar lo que consideren pertinente en el plazo de diez días, así como aportar la prueba que estimen oportuna. Si alguno de los mencionados formulara oposición, se pondrá fin al expediente y se podrá instar la revisión de las medidas conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. 4. Recibidas las alegaciones y practicada la prueba, la autoridad judicial dictará nuevo auto con el contenido que proceda atendiendo a las circunstancias concurrentes.

<sup>51</sup> **Artículo 251 Código Civil español.** Se prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo: 1.º Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor. 2.º Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses. 3.º Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título. En las medidas de apoyo voluntarias estas prohibiciones no resultarán de aplicación cuando el otorgante las haya excluido expresamente en el documento de constitución de dichas medidas.

<sup>52</sup> **Artículo 295 Código Civil español.** Se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad en los casos siguientes:

1.º Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona.

2.º Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo.

3.º Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario.

4.º Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial. 5.º Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente. Una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella.

autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial; 5) cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

A nivel procesal, la Ley 8/2021 elimina los clásicos procesos de modificación de la capacidad jurídica por procesos de adopción de medidas de apoyo a las personas con discapacidad. En este sentido, fueron muy importantes las reformas tanto a la Ley de Enjuiciamiento Civil como a la Ley de Jurisdicción Voluntaria, en las que se regula la capacidad para comparecer en juicio de las personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica exigiendo las adaptaciones y ajustes necesarios en los que participen personas con discapacidad para que se garantice su participación en condiciones de igualdad (Fontestad, 2021). A su vez, la Ley 8/2021 también reforma el régimen probatorio, caracterizado anteriormente por un sistema de pruebas preceptivas previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, incorporándose como novedad que, con carácter excepcional,

*la propia persona con discapacidad que haya presentado la demanda solicite que no se practiquen las audiencias preceptivas si así resultara más conveniente para la preservación de su intimidad. Se puede garantizar la privacidad de los datos íntimos de las personas con discapacidad que por cualquier motivo no quieran compartir dicha información con sus familiares (Fontestad, 2021, p. 411).*

Finalmente, a nivel registral la reforma operó una modificación al art. 84<sup>53</sup> de la Ley de Registro Civil, en la que se brindan mayores resguardos para la protección de datos personales de las personas con discapacidad con su capacidad jurídica modificada.

Al momento, existen algunas sentencias del Tribunal Supremo español que han abordado algunos de los aspectos que pueden ser considerados vacíos legales de la Ley 8/2021, como la falta de reconocimiento de forma expresa del derecho de las personas con

---

<sup>53</sup> **Artículo 84 Ley del Registro Civil española.** Acceso a los asientos que contengan datos especialmente protegidos. Sólo el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos en los términos que reglamentariamente se establezcan. Las Administraciones Públicas y los funcionarios públicos podrán acceder a los datos especialmente protegidos del apartado 1.b) del artículo 83 cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de medidas de apoyo. Si el inscrito ha fallecido, la autorización para acceder a los datos especialmente protegidos sólo podrá efectuarla el Juez de Primera Instancia del domicilio del solicitante, siempre que justifique interés legítimo y razón fundada para pedirlo. En el supuesto del párrafo anterior, se presume que ostenta interés legítimo el cónyuge del fallecido, pareja de hecho, ascendientes y descendientes hasta el segundo grado.

discapacidad a disponer las medidas de apoyo asignadas judicialmente, bien sea modificándolas, dándolas por finalizadas o rechazándolas expresa o tácitamente (García y Torres, 2022).

En este sentido, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo Español ha dictado muy recientemente dos sentencias, en las que se ha aplicado el nuevo régimen legal a procedimientos iniciados bajo el régimen anterior y que dejan sin efecto la declaración de incapacidad, optando por su sustitución por la fijación de medidas judiciales de apoyo. Así, la sentencia 589/2021 de la Sala Civil del Tribunal Supremo español, del 8 de setiembre de 2021, resolvió el recurso de casación y se pronunció emitiendo la primera sentencia sobre la expresión “atender a la voluntad, deseos y preferencias”, manifestándose sobre la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan rechazar las medidas de apoyo aunque las precisen, “marcando una línea interpretativa, que va claramente en contra de las directrices establecidas por el Comité en la Observación General Primera” (García y Torres, 2022, p. 288).

Mientras que el otro de los pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo es la sentencia 706/2021 de la Sala de lo Civil, del 19 de octubre de 2021. Se trata de una caso iniciado en el año 2014 por tres de los seis hijos de una mujer de edad avanzada que solicitaron la modificación de la capacidad jurídica de su madre, por la circunstancia de que esta persona había otorgado testamento abierto en el cual figuraba una cláusula en la que daba directrices para que, en caso de ser necesaria la designación de tutor, el cargo recayera en una lista con dignatarios prioritarios, excluyendo de la misma a los hijos que habían iniciado la demanda de incapacitación ante el Ministerio Fiscal. En resumen, el Tribunal Supremo decide acoger el recurso, fundamentado en la infracción del artículo 234.1 CC y artículo 12 CDPD, al haberse desconocido la voluntad de la otorgante al designar tutor. Por el contrario, resuelve desestimar el presentado por la otra hija, cuya pretensión era el mantenimiento de la designación del cargo de tutor en la entidad pública (García y Torres, 2022).

En resumen, la reforma española se caracteriza por: 1) ser amplia, ya que no se limitó solo al Código Civil sino también a otras normas, particularmente las procesales; 2) utilizar la expresión “apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica”; 3) ubicar en un rol central a la autonomía, tanto en materia de aplicación de medidas de apoyo como para definir los criterios de actuación de las personas que lleven a cabo esas medidas;

4) establecer el límite de la autonomía en la evitación de conflictos de intereses e influencias indebidas; 5) la presencia del principio de protección es acotada y no se observan menciones a cuestiones terapéuticas; 6) las medidas de apoyo son las voluntarias, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial; 7) la tutela queda restringida a menores de edad; 8) suprimir la prodigalidad como institución autónoma; 9) dar preeminencia a las medidas voluntarias de apoyo, que se regulan en detalle; 10) regular detalladamente los poderes preventivos; 11) la curatela es la figura central, pero es proporcionada a las necesidades de la persona y flexible; 12) la curatela es revisable cada tres años; 13) regular los casos en que el juez puede apartarse de la propuesta de designación de un curador hecha por una persona interesada; 14) regular las prohibiciones para ser curador y las causales de remoción o excusación; 15) el defensor judicial es una medida ocasional de apoyo; 16) mantener supuestos excepcionales de representación; 16) las medidas de apoyo, además de tener que ser inscriptas, son especialmente protegidas en cuanto a los datos personales (Lafferriere, 2021). Y a nivel procesal, se implementó un nuevo modelo procesal basado en un sistema de colaboración entre profesionales especializados en el ámbito social, sanitario, así como en cualquier otro, siempre que puedan aconsejar sobre las medidas de apoyo más oportunas para la persona con discapacidad (Fontestad, 2021).

### **República del Perú, 2018.**

A diferencia de las reformas colombiana y costarricense y al igual que en la española y argentina, en Perú se modificó directamente el Código Civil, norma que declaraba la incapacidad de una serie de personas con y sin discapacidad, como los menores de dieciséis años, las personas “privadas de discernimiento” y los “sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable” (art. 43). La norma también refería a los “retardados mentales”, los que “adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad”, los “pródigos”, los que “incurren en mala gestión”, los “ebrios habituales”, “toxicómanos”, así como también a “los interdictos civilmente en razón de una condena penal” (art. 44).

Esta declaración de incapacidad, que se dictaba tras el trámite de juicio sumarísimo y sin derecho a la defensa, tenía el efecto de restringir el ejercicio de derechos civiles y políticos como votar, contratar o contraer matrimonio. Y aunque el mismo código regulaba la rehabilitación de la persona, en la práctica no era frecuente su uso. Así

también, se establecían fuertes limitaciones en materia de contratación, matrimonio, ejercicio de la patria potestad, a hacer testamentos o a ser testigo de un testamento (Vásquez, Isaza y Parra, 2022).

Incluso quienes no tenían declaración de incapacidad pero portaban alguna discapacidad, también se encontraban sujetos a limitaciones en su capacidad jurídica, dado que tanto operadores jurídicos como funcionarios públicos y privados presumían su incapacidad (Vásquez, Isaza y Parra, 2022).

Sin embargo, tras la ratificación de la CDPD, varias organizaciones sociales del movimiento de personas con discapacidad presentaron una iniciativa ciudadana que fue plasmada en el Proyecto de Ley N° 04707/2010-IC, que culminó en la aprobación de la Ley 29-973, Ley General de Personas con Discapacidad, del 24 de diciembre de 2012. Esta norma tiene dos logros concretos: 1) reconocer de manera general que las personas con discapacidad gozan de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones con las demás personas; 2) derogar el art. 43 núm. 3 del Código Civil sobre la incapacidad de “sordomudos, ciegosordos y ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable” (art. 9). Las modificaciones para la implementación del art. 12 de la CDPD fueron encomendadas a una segunda reforma, para la que se crearía una comisión especial encargada de la revisión del Código Civil en lo concerniente a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (Disposición complementaria final).

Dicha Comisión Especial se integró por representantes de los poderes del Estado, la Defensoría del Pueblo, la academia y la sociedad civil, y comenzó sus trabajos en el año 2014. Tras algunos años, se adoptó el Decreto Legislativo N° 1384, por el que se reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, del 4 de septiembre de 2018.

El Decreto Legislativo 1-384 modificó directamente el Código Civil, el Código Procesal Civil y el Decreto Legislativo del Notariado en lo concerniente a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Así, se reconoce la plena capacidad jurídica de todas las personas suprimiendo la curatela por motivos de discapacidad. Para esto, se introdujo en el ordenamiento el régimen de apoyo para la toma de decisiones, se reconocieron los ajustes razonables y la habilitación de procedimientos en tribunales y notarías.

De esta manera, el Código Civil pasa a reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás personas (art. 3)<sup>54</sup>, aclarando que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, independientemente del apoyo o el ajuste razonable que necesiten (art. 42)<sup>55</sup>. Así también, se derogaron las restricciones en materia de matrimonio, testamentaria y sobre el ejercicio de la patria potestad (arts. 241, 274, 466, 687, 693, 694 y 697). Por el contrario, se mantuvieron las normas sobre ebriedad habitual, toxicómanos, pródigos y malos gestores, y las personas incapacitadas civilmente en razón de una condena penal.

Sobre el derecho a ajustes razonables para el ejercicio de la capacidad jurídica (art. 45)<sup>56</sup>, el Código Civil reformado incluye medidas de accesibilidad en materia de entorno, comunicaciones e información, uso de apoyos informales y otras adaptaciones necesarias para el ejercicio de la capacidad jurídica. Además, de acuerdo al art. 5 num. 1 del Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP<sup>57</sup>, la denegación de ajustes razonables constituye un acto discriminatorio por motivos de discapacidad, salvo que se verifique una carga desproporcionada o indebida.

En cuanto a la figura del apoyo incorporada por el Decreto Legislativo 1384, este se define como formas de asistencia para facilitar el ejercicio de la capacidad jurídica,

---

<sup>54</sup> **Artículo 3 Código Civil peruano**- Capacidad jurídica. Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.

<sup>55</sup> **Artículo 42 Código Civil peruano**-- Capacidad de ejercicio plena. Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad. Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.

<sup>56</sup> **Artículo 45 Código Civil peruano**-- Ajustes razonables y apoyo. Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlo o solicitarlo de acuerdo a su libre elección.

<sup>57</sup> **Artículo 5 Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP peruano**-- Ajustes razonables para la manifestación de voluntad. 5.1 Las entidades públicas y las entidades privadas que brindan servicios públicos están obligadas a otorgar ajustes razonables a las personas con discapacidad que lo requieran para manifestar su voluntad en la realización de actos que produzcan efectos jurídicos. La denegación de ajustes razonables constituye un acto de discriminación por motivos de discapacidad, salvo cuando se verifique una carga desproporcionada o indebida. Asimismo, las entidades públicas y las entidades privadas que brindan servicios públicos permiten la utilización de tecnologías de apoyo, dispositivos y ayuda compensatoria que faciliten el acceso a la información o la manifestación de la voluntad de las personas con discapacidad, así como la participación de personas de confianza.

incluido el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y sus consecuencias, y en la expresión e interpretación de la voluntad (art. 659-B)<sup>58</sup>. Se destaca la voluntariedad en la aplicación de estas medidas de apoyo, pudiendo incluso determinar su forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos, pudiendo ser asistido por personas físicas, instituciones públicas u organizaciones sin fines de lucro (art. 659-C)<sup>59</sup>. Asimismo, el beneficiario del apoyo es responsable por sus propios actos, incluidos aquellos realizados mediante la persona que lo apoye, teniendo derecho a repetir por los daños y perjuicios generados por este (art. 1976-A)<sup>60</sup>. Finalmente, el apoyo no tiene facultad de representación, salvo que se le adjudique expresamente (art. 659-D)<sup>61</sup>.

En el régimen peruano hay tres tipos de mecanismos de designación de los apoyos: 1) designación ante tribunal o notaría; 2) designación de apoyos futuros mediante documento notarial; 3) por designación judicial, en casos excepcionales en los que la persona no pueda expresar su voluntad y que la aplicación de un apoyo sea necesario para el ejercicio y protección de sus derechos, para lo que se deberá tener en cuenta la mejor interpretación posible de la voluntad y preferencias de la persona (Vasquez, Isaza y Parra, 2022).

---

<sup>58</sup> **Artículo 659-B Código Civil peruano**- Definición de apoyos.

Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.

El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 659-E.

Cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.

<sup>59</sup> **Artículo 659-C Código Civil peruano**- Determinación de los apoyos

La persona que solicita los apoyos determina su forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos. Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas.

<sup>60</sup> **Artículo 1976-A Código Civil peruano**- Responsabilidad de la persona con apoyo

La persona que cuenta con apoyos es responsable por sus decisiones, incluso de aquellas realizadas con dicho apoyo, teniendo derecho a repetir contra él. Las personas comprendidas en el artículo 44 numeral 9 no son responsables por las decisiones tomadas con apoyos designados judicialmente que hayan actuado con dolo o culpa.

<sup>61</sup> **Artículo 659-D Código Civil peruano**- Designación de los apoyos

La persona mayor de edad que requiera de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede designarlo ante un notario o un juez competente.



Un aspecto destacable del sistema introducido en Perú es la flexibilidad de las salvaguardias, cuyo objetivo es proteger los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona y prevenir así, abusos que pueda sufrir (art. 659-G)<sup>62</sup>. Existe una lista no taxativa de posibles salvaguardas, entre ellas: la rendición de cuentas, auditorías, supervisión periódica inopinada, visitas domiciliarias inopinadas, entrevistas, requerimientos de información, etc. (art. 21 núm. 3)<sup>63</sup>

Vale destacar que, a pesar que la reforma peruana tuvo al Código Civil como el núcleo de la reforma, también modificó el Código de Procedimientos Civiles y el Decreto Legislativo del Notariado. En el primero, se eliminaron las limitaciones a la participación

---

<sup>62</sup> **Artículo 659-G Código Civil peruano-** Salvaguardias para el adecuado desempeño de los apoyos

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

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

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

<sup>63</sup> **Artículo 21 Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP peruano-** De las salvaguardias.

21-1 Son medidas destinadas a asegurar que la persona designada como apoyo actúe conforme al mandato encomendado, respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que cuenta con apoyo y asegurando que no exista influencia indebida. Deben constar en la escritura pública o en la sentencia de designación de apoyo, indicándose el período de su ejecución.

21-2 La determinación de las medidas de salvaguardias es obligatoria, estableciéndose de manera proporcional y de acuerdo a las circunstancias de la persona que cuenta con apoyo; considerándose como salvaguardia mínima los plazos para la revisión de los apoyos.

21-3 De manera adicional, la persona que designa el apoyo puede determinar las medidas de salvaguardia que desee, que pueden comprender, entre otras, las siguientes: a) Rendición de cuentas, adjuntando los documentos que sustenten la administración de los bienes. b) Realización de auditorías. c) Supervisión periódica inopinada. d) Realización de visitas domiciliarias inopinadas. e) Realización de entrevistas con la persona designada como apoyo y personas cercanas a la persona con discapacidad. f) Requerir información a las instituciones públicas o privadas, cuando el caso lo amerite o cualquier otra diligencia.

de las personas con discapacidad en los procesos judiciales (art. 61<sup>64</sup>, 66<sup>65</sup> y 207<sup>66</sup>); se reconoció el derecho a ajustes razonables en el procedimiento para todos los procesos judiciales (art. 119-A)<sup>67</sup> y se estableció que las resoluciones judiciales que designen apoyos deberán redactarse en lenguaje fácil y accesible (art. 847)<sup>68</sup>. Mientras que en el

---

<sup>64</sup> **Artículo 61 Código de Procedimientos Civiles peruano**- Curadoría procesal-

El curador procesal es un Abogado nombrado por el Juez a pedido de interesado, que interviene en el proceso en los siguientes casos:

1.- Cuando no sea posible emplazar válidamente al demandado por ser indeterminado, incierto o con domicilio o residencia ignorados, según lo dispuesto por el Artículo 435;

2.- Cuando no se pueda establecer o se suspenda la relación procesal por restricción de la capacidad de ejercicio de la parte o de su representante legal;

3.- Cuando exista falta, ausencia o impedimento del representante de la persona con capacidad de ejercicio restringida, según lo dispuesto por el artículo 66; o

4.- Cuando no comparece el sucesor procesal, en los casos que así corresponda, según lo dispuesto por el Artículo 108. Concluye la actuación del curador procesal si la parte o su representante legal comparecen al haber adquirido o recuperado su capacidad procesal.

<sup>65</sup> **Artículo 66 Código de Procedimientos Civiles peruano**-- Falta, ausencia o impedimento del representante de la persona con capacidad de ejercicio restringida-

En caso de falta, ausencia o impedimento del representante de la persona con capacidad de ejercicio restringida, se aplican las siguientes reglas:

1.- Cuando la persona con capacidad de ejercicio restringida no tenga representante legal o éste estuviera ausente y surja la necesidad de comparecer en un proceso, lo expondrá así al Juez para que le designe curador procesal o confirme al designado por él, si lo considera idóneo.

2.- Cuando la demanda se dirija contra una persona con capacidad de ejercicio restringida que carece de representante o éste se halle ausente, el Juez le nombrará un curador procesal o confirmará el propuesto por la persona con capacidad de ejercicio restringida, si lo considera idóneo.

3.- El Juez nombrará curador procesal para la persona con capacidad de ejercicio restringida que pretenda demandar a su representante legal, o que sea demandado por éste, o confirmará el propuesto por la persona con capacidad de ejercicio restringida, si fuere idóneo.

4.- También se procederá al nombramiento de curador procesal cuando el Juez advierta la aparición de un conflicto de intereses entre la persona con capacidad de ejercicio restringida y su representante legal, o confirmará el propuesto por la persona con capacidad de ejercicio restringida.

<sup>66</sup> **Artículo 207 Código de Procedimientos Civiles peruano**-- Capacidad de ejercicio restringida circunstancial

No participa en la audiencia, a criterio del Juez, el convocado que al momento de su realización se encuentre en estado de coma, conforme al numeral 9 del artículo 44 del Código Civil y siempre que no haya designado un apoyo con anterioridad. El Juez tomará las medidas que las circunstancias aconsejen, dejando constancia en acta de su decisión.

<sup>67</sup> **Artículo 119-A Código de Procedimientos Civiles peruano**-- Derecho a ajustes en el proceso

Todo acto procesal debe ser accesible a las partes. Las personas con discapacidad tienen derecho a contar con ajustes razonables y ajustes de procedimiento, de acuerdo a sus requerimientos, para facilitar su participación en todos los procedimientos judiciales.

<sup>68</sup> **Artículo 847. Código de Procedimientos Civiles peruano**- Contenido de la resolución final

La resolución final debe indicar quién o quiénes serían las personas o instituciones de apoyo, a qué actos jurídicos se restringen, por cuánto tiempo van a regir y cuáles son las medidas de salvaguardia, de ser necesarias. Tal resolución se inscribe en el Registro Personal conforme al artículo 2030 del Código Civil.

Adicionalmente, la resolución final es redactada en formato de lectura fácil donde sus contenidos son resumidos y transcritos con lenguaje sencillo y claro, de acuerdo a las necesidades de la persona con discapacidad.

segundo, se incluyó la obligación de las notarías de proporcionar medidas de accesibilidad, ajustes razonables y salvaguardias (art. 16).<sup>69</sup>

Otro gran avance de la reforma ha sido la posibilidad que dio de abordar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en los servicios de salud mental, ya que, si bien el Decreto Legislativo 1384 no refiere a esos servicios, el reglamento de la Ley 30.947 de Salud Mental, que contiene una serie de disposiciones que reconocen la capacidad jurídica de las personas usuarias de los servicios de salud mental, así como el rol de los apoyos en la toma de decisiones en ese mismo contexto. Así,

...el reglamento replantea el abordaje tradicional de las ‘emergencias psiquiátricas’ reconociendo la capacidad jurídica de las personas en tales supuestos y canalizando la provisión de apoyos a través del procedimiento establecido en el Decreto Legislativo Núm. 1384 y su reglamento (Vásquez, Isaza y Parra, 2022, p. 206).

A pesar del gran avance que implicó la reforma en Perú, se dieron varios problemas de implementación. En efecto, de acuerdo a Vasquez, Isaza y Parra (2022)

La implementación de la reforma peruana ha sido desordenada y desigual. No se estableció una *vacatio legis* para preparar su implementación; las disposiciones modificadas entraron en vigor al día siguiente de su publicación generando incertidumbre entre las y los operadores legales, las personas con discapacidad y sus familias. (p. 204)

Además, una vez aprobada la reforma se empezaron a escuchar críticas desde la academia, básicamente por la eliminación de la figura de la incapacidad absoluta de las personas “privadas de discernimiento”, “lo cual fue percibido como una amenaza para la seguridad jurídica y perjudicial para las propias personas con discapacidad intelectual y psicosocial” (Vasquez, Isaza y Parra, 2022, p. 204).

### **Observaciones comparadas finales**

Como puede observarse, los países analizados realizan reformas sustanciales en sus ordenamientos jurídicos en relación con el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas

---

<sup>69</sup> Artículo 16 Decreto Legislativo del Notariado peruano-- Obligaciones del Notario (...)

q) Brindar las medidas de accesibilidad necesarias, los ajustes razonables y salvaguardias que la persona requiera

con discapacidad. Esto ha implicado un verdadero cambio normativo a nivel estructural, pero también a nivel terminológico, dado que se han eliminado los términos peyorativos y discriminatorios.

En primer lugar, las reformas analizadas han implicado la modificación de parte sustancial de los ordenamientos jurídicos, y particularmente de normas de gran importancia en el sistema, como los códigos civiles, códigos de procedimiento civil, leyes o estatutos notariales, de registro civil, entre otras. Al respecto, quizás sea España el mejor ejemplo, dado que su Ley 8/2021 es considerada una con un gran alcance normativo de reforma.

Sin embargo, se observan casos como el de Argentina, en donde subsiste un Código Civil y Comercial moderno con un Código Procesal Civil y Comercial desadaptado a las nuevas exigencias de la CDPD. De esta manera, una reforma de este tipo debe emprender la misión de reformar su derecho de forma y de fondo para evitar desajustes en la aplicación de los nuevos institutos (Budlich y Ferraiuolo, 2016).

En segundo lugar, es posible afirmar que existen diferencias entre las reformas analizadas. En efecto, según Marshall (2022) las reformas peruana, colombiana y costarricense llevaron a cabo modificaciones radicales a la situación de las personas con discapacidad con un diseño de régimen de apoyo y salvaguardias de carácter general, para lo que se modificó el régimen general de la capacidad jurídica. No obstante, estas reformas se realizaron a través de fórmulas generales, ya que ninguna de las tres abordó la cuestión de los apoyos en el consentimiento informado. De acuerdo a Marshall (2022) “Lo grave de esta situación es que no es claro en qué casos se aplicarían los apoyos ni de qué forma operarían” (p. 482).

Por su parte, la reforma argentina, a diferencia de las colombiana, costarricense y peruana, no sostiene “la idea de una capacidad jurídica universal, reteniendo instancias en que las personas con discapacidad intelectual y cognitiva pueden ser sometidas a interdicción y guardas” (Marshall, 2022, p. 482).

En tercer lugar, se plantean algunas particularidades respecto del consentimiento informado. En este sentido,

no es claro que la aplicación de los apoyos a la esfera del consentimiento informado no fue explícitamente considerado por las reformas, lo que solo siembra dudas respecto de cuál es la regulación a la que quedan sometidas las personas

con discapacidad en relación con su consentimiento informado. (Marshall, 2022, p. 481)

El autor señala que “la aplicación de los apoyos para la toma de decisiones al consentimiento informado no es autoevidente, y sería conveniente contar con una regulación explícita y específica para un fenómeno importante y delicado” (Marshall, 2022, p. 482). La excepción es Argentina, ya que la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2015 reguló expresamente el consentimiento informado de las personas con discapacidad y la aplicación de los apoyos para la toma de decisiones en ese ámbito concreto (art. 59<sup>70</sup>).

En cuarto lugar, las reformas de Perú y Colombia han sido calificadas como las más ambiciosas del mundo, aunque ambas fallan al momento de regular las salvaguardias; en el caso colombiano, por solo enunciar sus fines, sin establecer nada en concreto sobre estas; y en el caso peruano, a pesar de que se establece una lista abierta, algunas de ellas podrían plantear problemas en su ejecución.

Al respecto, Constantino y Bregaglio (2022) señalan que tanto la medida de control periódico judicial como las medidas que la propia persona podría solicitar “son medidas

---

<sup>70</sup> **Artículo 59 Código Civil y Comercial argentino** - Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto a:

- a) su estado de salud;
  - b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos;
  - c) los beneficios esperados del procedimiento;
  - d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles;
  - e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto;
  - f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados;
  - g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable;
  - h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.
- Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.
- Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

de control posterior que no prevendrían los conflictos de interés de manera oportuna ni permitirían asegurar que la voluntad y preferencias de la persona se han respetado” (p. 543). A pesar de estos puntos débiles, estos autores describen que las reformas colombiana y peruana plantean modelos muy parecidos en relación al ejercicio de la capacidad jurídica y la designación de apoyos. En este sentido, si la persona puede manifestar su voluntad, se darían dos posibilidades: 1) que actúe sola o con apoyos; y 2) dentro de la actuación con apoyo puede darse tanto el elegido por la propia persona o de apoyos impuestos a una persona que no lo manifiesta (Constantino y Bregaglio, 2022).

En quinto lugar, el reconocimiento de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad que se observa en la mayoría de los ordenamientos analizados, tanto en su dimensión de titularidad como de ejercicio de derechos, obliga a definir los nuevos límites de la capacidad para contratar tal como ha sido comprendida tradicionalmente. Con anterioridad al modelo de derechos, los actos jurídicos suscritos por las personas con discapacidad se entendían anulables en caso de existir declaración de incapacidad, o faltos de consentimiento contractual en caso de no existir la incapacitación (García, 2022). Por el contrario, el mandato de la CDPD asume que ya no se pueda excluir la capacidad jurídica por el hecho de la discapacidad (García, 2022), por lo que estas modificaciones implican repensar algo tan complejo como la capacidad para contratar. De ahí que, García (2022) entiende que las personas con discapacidad no han de soportar limitaciones a su capacidad de contratar, ni las medidas de apoyo pueden considerarse nunca como limitación de ningún tipo a la hora de celebrar un contrato. Al respecto, la autora citada indica que

*la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra la persona con discapacidad sólo adquiere relevancia anulatoria cuando el contrario resulta desequilibrado, de suerte que es este desequilibrio y no la discapacidad la razón que hace quebrar la plena eficacia del negocio jurídico. (García, 2022, p. 508)*

En sexto lugar, las reformas analizadas parecerían identificar las finalidades de las salvaguardias en: 1) respetar derechos, voluntad y preferencias; 2) evitar conflictos de intereses; 3) evitar influencias indebidas. En concreto, es importante tener en cuenta el debate entre autonomía y protección como directrices de la aplicación de medidas de apoyo, tal como puede observarse en las legislaciones argentina y española.

*En séptimo lugar, los procesos de reforma permiten tomar consciencia de las particularidades que atraviesan este tipo de emprendimiento jurídico-político a la hora de materializarse normativamente. En efecto, la derogación del sistema tradicional de capacidad jurídica, basado en la estricta dicotomía capacidad/incapacidad, ha generado críticas desde la academia y los operadores del sistema de justicia. De esta manera, los procesos de reforma ponen en evidencia la importancia de la participación conjunta del saber experto, la sociedad civil y el Estado para concretar este tipo de reformas. A su vez, la implementación de las reformas plantean dificultades adicionales, como el régimen transitorio de su aplicación, la revisión de las causas anteriores, el cumplimiento de sentencias extranjeras basadas en el anterior paradigma, y la evitación de la utilización de las nuevas medidas de apoyo como equivalentes funcionales a los mecanismos del sistema anterior.*

*Finalmente, resulta sumamente interesante la posibilidad de que los apoyos puedan ser brindados por personas jurídicas (por ej.: fundaciones), tal como surge de las regulaciones de Costa Rica, España y Perú.*

*La legislación costarricense entiende que para los casos de personas con discapacidad que se encuentren institucionalizadas en entidades del Estado, el garante para la igualdad jurídica de las personas con discapacidad podrá ser una persona jurídica. El art. 18 estipula que se procederá designar a una persona jurídica como garante,*

*siempre y cuando la persona con discapacidad así lo proponga o ésta no cuente con familiares que le brinden apoyo y protección. En dicho supuesto, el apoyo será ofrecido por la persona física que ostente la representación legal de la persona jurídica o por la persona física que para estos efectos designe el representante legal. Todas las disposiciones de la Ley N° 9-379 y del presente reglamento, referentes a la persona garante le son aplicables a la persona jurídica que funja como garante.*

*Por su parte, la legislación española en los arts. 275 y 276 prevé que “podrán ser curadores las fundaciones y demás personas jurídicas sin ánimo de lucro, públicas o privadas, entre cuyos fines figure la promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad”.*

*Además, el art. 279 permite excusarse de asumir la curatela a las personas jurídicas privadas que “cuando carezcan de medios suficientes para el adecuado desempeño de la*

curatela o las condiciones de ejercicio de la curatela no sean acordes con sus fines estatutarios“.

En ese país, las personas jurídicas que ejercen esta función son las “fundaciones tutelares”, que como consecuencia de la reforma pasaron a denominarse “fundaciones de apoyo a la toma de decisiones”. Existen ejemplos de asociaciones que nuclean a este tipo de fundaciones, como la Asociación de entidades de apoyo en la toma de decisiones Liber<sup>71</sup>.

En el caso de Perú, el artículo 659-C-- habilita que los apoyos puedan recaer -entre otras- sobre “instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas“.

A modo de conclusión, es posible afirmar que los ordenamientos analizados pueden ser importantes referencias para la reforma del sistema de capacidad jurídica en Uruguay, dado que estos países se encontraban en una situación muy similar a la que atraviesa nuestro país actualmente. En tal sentido, estas experiencias pueden aportar valiosa información para emprender la reforma en Uruguay, concretamente, en materia de diseño y alcance normativos, así como en las particularidades del proceso de reforma en relación a su implementación.

---

<sup>71</sup> Esta asociación nuclea a varias de estas fundaciones a lo largo de España, como: la Fundación tutelar TAU, Fundación Tutelar FUTURO (Andalucía); Valentía Tutelar, Fundación tutelar Aragonesa Luis de Azúa (Aragón); Fundación tutelar Horizonte (Principado de Asturias); Fundación de Apoyos Cantabria (Cantabria); Fundación Tutelar FUTUDIS (Castilla y León); Fundación Tutelar FUTUCAM (Castilla-La Mancha); Som fundació, Fundación Tutelar ALOSA (Cataluña); Fundación Tutelar FUTUMAD, Fundación tutelar Envera, Fundación Kyrios de Apoyo Personal (Comunidad de Madrid); Fundación Tutelar FUNDISVAL, Fundación ALicantina Pro-Tutela (Comunidad Valenciana); Fundación Tutelar FUTUEX (Extremadura); Fundación Tutelar ÁNCORA, Fundación Tutelar Sálvora (Galicia); Fundación tutelar Mater Misericordiae, Fundación Tutelar CIAN, Fundación Tutelar Amadip-esmen, Fundación Tutelar APROSCOM (Islas Baleares); Fundación Tutelar FUNCAPROSU, Fundación Tutelar Canaria ADEPSI, Fundación Tutelar Sonsoles Soriano (Islas Canarias); Fundación Tutelar FUTURIOJA (La Rioja); Fundación tutelar FUTUMELILLA (Melilla); Fundación tutelar FUTUNA (Navarra); Gertuan Fundazioa, Futubide, Fundación Tutelar USOA (Comunidad Autónoma Vasca-Euskadi). Recuperado en: Home - Asociación LIBER ([asociacionliber.org](http://asociacionliber.org))



## BIBLIOGRAFÍA

- Budlich, Marcelo, Ferraiuolo, Anabella (2016). *Los procesos sobre determinación de capacidad jurídica: necesidad de armonizar la normativa de forma y de fondo*, *Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación*, pp. 111-120. ISSN: 1850-4027.
- Constantino, Renato, Bregalio, Renata (2022). *Las salvaguardias para el ejercicio de capacidad jurídica de personas con discapacidad como una forma de paternalismo justificado*. En: M. Bach y N. Espejo Yaksic (eds.) *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, pp. 517-550. Ciudad de México: Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Eberle, Edward (2011). *The Methodology of Comparative Law*. *Roger Williams University Law Review*, Vol. 16, issue 1 Symposium: *Methodological Approaches to Comparative Law*. Disponible en: [http://docs.rwu.edu/rwu\\_LR/vol16/iss1/2](http://docs.rwu.edu/rwu_LR/vol16/iss1/2).
- Fontestad Portalés, Leticia. (2021). *Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE-A-2021-9233)*. *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 9., pp. 408-411. ISSN: 2340-5155.
- García Rubio, María Paz (2022). *Capacidad para contratar y capacidad para responder por los daños causados de las personas con discapacidad en la nueva regulación de la capacidad jurídica del Código Civil español*. En: M. Bach y N. Espejo Yaksic (eds.) *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, pp. 489-520. Ciudad de México: Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- García Rubio, María Paz, Torres Costas, María Eugenia (2022). *Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*. *ADC* tomo LXXX, fasc. 1 (enero-marzo), pp. 279-334.

Lafferriere, Jorge (2021). *La reforma de la ley española en materia de capacidad jurídica: una comparación con Argentina*, *Jurisprudencia argentina*, III, fasc. 11, pp. 3-14.

Marshall, Pablo (2022). *Consentimiento informado y apoyo en la toma de decisiones: a propósito de las reformas legales en Latinoamérica*. En: M. Bach y N. Espejo Yaksic (eds.) *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, pp. 461-489. Ciudad de México: Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Palacios, Agustina (2022). *Algunas tendencias jurisprudenciales emergentes sobre capacidad jurídica en los tribunales latinoamericanos*. En: M. Bach y N. Espejo Yaksic (eds.) *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, pp. 149-185. Ciudad de México: Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ragin, Charles (2007). *La construcción de la investigación social. Introducción a los métodos y su diversidad*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores.

Vásquez, Alberto, Isaza, Federico, Parra, Andrea (2022). *Reformas legales a los regímenes de capacidad jurídica. Un análisis comparativo y crítico de Costa Rica, Perú y Colombia*. En: M. Bach y N. Espejo Yaksic (eds.) *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, pp. 187- 217. Ciudad de México: Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## **ANEXO I**

### **Referencias normativas**

*Argentina, Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, del 7 de octubre de 2014*

*Argentina, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Ley 17.454 del 7 de noviembre de 1967*

*Argentina, Ley Nacional de Salud Mental n° 26.657, del 2 de diciembre de 2010.*

*Colombia, Ley 1.306, 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, del 5 de junio de 2009.*

*Colombia, Ley 1.996, por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, del 26 de agosto de 2019.*

*Colombia, Ley Estatutaria 1.618, por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, del 27 de febrero de 2013.*

*Colombia, Decreto 487 de 2022, por el cual se adiciona la Parte 8 en el Libro 2 del Decreto 1081 de 2015, en el sentido de reglamentar las prestaciones de servicios de valoración de apoyos que realicen las entidades públicas y privadas en los términos de la Ley 1.996 de 2019.*

*Costa Rica, Ley 9.379, Ley de Promoción de la Autonomía de las Personas con Discapacidad, del 30 de agosto de 2016.*

*Costa Rica, Reglamento N° 41.087-MTSS, reglamento a la Ley para Promoción de la Autonomía de las Personas con Discapacidad, del 30 de abril de 2018.*

*Costa Rica, Ley 7.600 sobre Igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, del 29 de mayo de 1996.*

*Costa Rica, Código Civil, Ley XXX de 19 de abril de 1888.*

*Costa Rica, Código Procesal Civil, Ley 9-342 del 3 de febrero de 2016.*

*España, Ley 8/2021 del 2 junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.*

*España, Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil.*

*España, Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil,*

*España, Ley 20/2011, de 21 de junio, del Registro Civil*

*España, Ley 15/2015 de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.*

*España, Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad.*

*España, Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862.*

*España, Ley Hipotecaria, Decreto de 8 de febrero de 1946.*

*Perú, Decreto Legislativo N° 1-384, por el que se reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, del 4 de septiembre de 2018.*

*Perú, Ley 29-973, Ley General de Personas con Discapacidad, del 24 de diciembre de 2021.*

*Perú, Ley Salud Mental N° 30-947, del 22 de mayo de 2019*

*Perú, Código Civil, Decreto Legislativo N° 295, del 24 de julio de 1984.*

*Perú, Decreto Legislativo del Notariado N° 1049, del 3 de junio de 2021.*

*Perú, Código de Procedimientos Civiles, N° 12-760, del 6 de agosto de 1975.*

*Perú, Decreto Supremo N° 016-2019-MIMP, por el que se 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, del 25 de agosto de 2019.*

### **Referencias jurisprudenciales**

*Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-022 de 2021.*

*Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2021.*

*Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-231 de 2020.*

*Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Sentencia 016863 del 20 de abril de 2020.*

*Costa Rica, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Sala Constitucional 2019009287 del 24 de mayo de 2019.*

*España, Tribunal Supremo, Sala Civil, sentencia 589/2021 del 8 de septiembre de 2021.*

*España, Tribunal Supremo, Sala Civil, sentencia 706/2021 del 19 de octubre de 2021.*