

Marco jurídico procesal de las personas en situación de discapacidad¹

PROCEDURAL LEGAL FRAMEWORK FOR PERSONS WITH DISABILITIES

Ricardo Jiménez Barros², Pedro Pablo Bonett Sumbatof³

Resumen: **Introducción:** La capacidad es la aptitud que tiene la persona para poder celebrar negocios jurídicos a partir del ejercicio de una voluntad reflexiva. En Colombia, la Ley 1996 de 2019, regula un nuevo régimen para el ejercicio de capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. **Objetivo:** Se aborda el paradigma de las personas en situación de discapacidad a partir del Código Civil, pasando por la reforma de la Ley 1306 de 2009; y se describe comparativamente derogatorias, modificaciones y adiciones de la nueva legislación enfocándose en su marco jurídico procesal. Lo referido se justifica al reconocer la observancia y aplicabilidad del bloque de constitucionalidad de referencia. **Metodología:** es de tipo descriptiva, al enfocar el estudio de fuentes de derecho, exposiciones doctrinales desarrolladas desde la conceptualización de la capacidad con un enfoque cualitativo, bajo un Paradigma histórico – hermenéutico, que evidencie el modelo social propuesto por la nueva normativa y un método inductivo a partir del análisis comparativo de normas vigentes y derogadas enfocando lo procesal. **Conclusión:** conlleva a comprender la aplicabilidad de la nueva normativa, el reconocimiento de la autodeterminación de las personas discapaces, y aporta didáctica al instruir respecto a salvaguardias.

Palabras clave: Capacidad legal, personas en discapacidad mayores de edad, salvaguardias..

Abstract: **Introduction:** Capacity is the ability of the person to be able to hold

¹ Trabajo presentado como requisito para optar el título de especialista en derecho procesal.

² Abogado Universidad Libre Seccional Barranquilla, especialista en derecho de familia Universidad de Cartagena, Magister en derecho Universidad del Norte. Docente de pre y post grado Universidad Libre Seccional Barranquilla. Defensor de Familia adscrito al ICBF Regional Atlántico. Barranquilla, Colombia. ricardo.jimenezb@unilibre.edu.co

³ Abogado Universidad Autónoma del Caribe, candidato a especialista en derecho procesal. Carrera 43b No. 82 – 21. Barranquilla, Atlántico. pedrop-bonetts@unilibre.edu.c

legal businesses from the exercise of a thoughtful will. In Colombia, Law 1996 of 2019 regulates a new regime for the exercise of legal capacity of persons with disabilities of legal age. **Objective:** The paradigm of persons with disabilities is addressed from the Civil Code, through the reform of Law 1306 of 2009; and is comparatively described as repealing, referred to in the new legislation focusing on its procedural legal framework. This is justified by recognizing the observance and enforceability of the reference constitutionality block. **Methodology:** is descriptive, focusing on the study of sources of law, doctrinal exposures developed from the conceptualization of capacity with a qualitative approach, under a historical – hermeneutic paradigm, which demonstrates the social model proposed by the new regulations and an inductive method from the comparative analysis of current and repealed rules focusing on the procedural. **Conclusion:** entails understanding the applicability of the new legislation, the recognition of the self-determination of discapable persons, and provides didactics towards elimination discrimination by instructing how to designate safeguards.

Keywords: Legal capacity, persons with disabilities of legal age, safeguards.

INTRODUCCIÓN

A partir de la jurisprudencia constitucional y la doctrina civil, como desarrollo de la persona en relación al ejercicio de sus derechos; se puede conceputar que la capacidad es la aptitud que tiene esta como sujeto de derechos para poder celebrar negocios jurídicos partiendo de la premisa del ejercicio de una voluntad reflexiva.

El legislador mediante Ley 1996 de 2019 establece un enfoque interpretativo sistémico concordante a las convenciones y tratados internacionales proteccionistas, regulando así un nuevo régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad; el cual modifica tanto sustancial como procesalmente el marco normativo mediante el cual se le designaban a las personas en situación de discapacidad (otrora inhábil e interdicto) a través del régimen de guardas (tutelas y curatelas), según lo que regulaba la ley 1306 de 2009. Es pertinente entonces describir comparativamente dichas derogatorias, modificaciones y adiciones enfocándose en esta oportunidad en el marco jurídico procesal de la capacidad legal de las personas en situación de discapacidad mayores de edad.

Se justifica el presente por cuanto, lo referido obedece a establecer medidas específicas para no solo garantizar celeridad al reconocer la capacidad legal o de ejercicio de esta población, sino a la observancia y aplicabilidad que el Estado colombiano se encuentra estructurando sobre los tratados internacionales que regulan la materia a través de lo que la ley denomina Salvaguardas. La metodología utilizada se desarrolla bajo un tipo de investigación descriptiva, el cual, será enfocada en el estudio característico de la norma derogada de manera comparativa a la vigente, en suma de exposiciones doctrinales desarrolladas desde la conceptualización de la capacidad como atributo de la personalidad y elemento de la existencia del negocio jurídico.

Lo anterior se lleva a cabo bajo un comparativo procesal teniendo como base la presunción de capacidad, describiendo las implicaciones que esto conlleva con un enfoque cualitativo, interpretando y analizando cada fuente de derecho; bajo un Paradigma: histórico – hermenéutico, fundado en la necesidad de comprender el modelo social, con un método inductivo a partir del análisis comparativo de normas vigentes y derogadas.

La principal conclusión es la didáctica frente al estudio comparativo llegando a la aplicabilidad de la nueva normativa, la cual facilita la toma de decisiones, superando la barrera jurídica que sea negado respecto al derecho al ejercicio de la capacidad jurídica

para las personas mayor de 18 años discapaces, aportando al desarrollo del modelo social en la eliminación de las barreras que generan discriminación y marginalización, instruyendo sobre cómo pueden ejercer tales frente a la designación de sus apoyos.

Se compara entonces desde la ley, apoyado con la jurisprudencia y la doctrina, la evolución en el tiempo; desde el concepto de incapacidad, hacia el reconocimiento como sujeto especial de protección a las personas en situación de discapacidad mayores de 18 años; estableciendo comparativos de las normas que han surgido respecto a esta población desde el reconocimiento constitucional como estado social de derecho con enfoque en la norma procesal.

1. CAPACIDAD

1.1. Concepto de capacidad

Considera el ministerio de justicia (2007) que la capacidad es un derecho que ha sido reconocido múltiples veces por el derecho internacional, como por ejemplo en la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 3, y por el derecho nacional, principalmente la Constitución Política en el artículo 14 de la misma⁴.

Así mismo, nuestro tribunal de control constitucional, mediante sentencia C – 983 de 2002 (M.P.: Jaime Córdoba Triviño), logran determinar que la capacidad jurídica es un atributo de la personalidad que les permite a las personas jurídicas ser titular de derechos, adquirirlos y contraer obligaciones; igualmente, en sentencia C – 109 de 1995 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), citadas ambas en instructivo expedido por el ministerio de justicia⁵, cuya autoría corresponde a Romero & Forero (s.f., pág. 40), mencionan al respecto:

⁴ Tomado de: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO, UNIDAD PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS y el PROGRAMA DE ACCIÓN POR LA IGUALDAD Y LA INCLUSIÓN SOCIAL-PAIS. El derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Elaborado por el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (PAIS) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, en el marco del Contrato PSPJ. Bogotá 2015 2014 de 2014 VISP-007.

⁵ Romero & Forero (s.f.), Modelos de Conceptualización de la discapacidad. Gobierno de Colombia, & ministerio de justicia.

“...no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana de ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones, sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho”

También en el mencionado documento, refieren las autoras que en nuestro país, la capacidad jurídica ha tenido dos atribuciones: la primera es la capacidad de goce de derechos, de ser titular de los mismos y la segunda es la capacidad de ejercicio que le permite a los sujetos hacer uso de esos derechos y contraer obligaciones, conocido como la capacidad legal.

Al respecto, continúa por parte de nuestra Corte Constitucional con el estudio de esta figura jurídica, cuando a través de sentencia C – 466 de 2014 (M.P.: María Victoria Calle) refiere:

“La capacidad de goce es la aptitud jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones. La capacidad de ejercicio o legal es la habilidad de la persona para poderse obligar por sí misma, sin la intervención o autorización de otra (C.C. artículo 1502)”.

En interpretación de lo anterior, en la exposición de motivos de lo que hoy se conoce como la Ley 1996 de 2019, mediante la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad⁶, expresa que la capacidad de goce consiste en el reconocimiento jurídico que tienen todas

⁶ Proyectos de ley 027 de la Cámara de Representantes y 236 de Senado; el primero de 2017 y el segundo de 2019

las personas que les habilita para ser titular en especial de sus derechos fundamentales y/o personalísimos; mientras que la capacidad de ejercicio se refiere a la observancia de derechos que tiene la persona para que ésta ejerza estos por sí mismo conforme a la voluntad de cada quien, es decir, contratar y obligarse por sí mismo.

De igual manera, Serrano (2010), en su artículo: “Modificaciones al régimen de capacidad humana en la Ley 1306 de 2009”, después de revisar la teoría del negocio jurídico y sus diferentes causales de nulidad, conceptúa la capacidad como un atributo de la personalidad y un requisito de validez de los contratos. Comparte el criterio Parra Benítez (2019), quien da importancia a la capacidad al llevar consigo el contenido de la personalidad, lo cual, según el autor es lo que hace que la persona sea titular de derechos, pueda de tener obligaciones, sin lo cual “de nada le serviría ser persona”

Por su parte, Canosa (2009), centrado en un paradigma estricto privatista, estudia la capacidad describiendo lo normado en el Código Civil, expresando que la capacidad legal de una persona: “consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”. Refiriéndose entonces a la capacidad en estricto sentido negocial de ejercicio o contratar, pues el contrato es la forma genérica de contraer obligaciones.

Así mismo, Valencia Zea (2011), a partir del estudio de la teoría de Savigny⁷, estudia a la capacidad, indicando que el término indica aptitud para ser sujeto de derechos, por una parte, y aptitud para ejercer tales derechos mediante negocios jurídicos.

Suarez Franco (2014), compilando conceptos de Alessandri y Barros⁸, define la capacidad como la aptitud de toda persona para adquirir derechos, gozarlos y poderlos ejercer por sí misma. Consiste en la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones civiles y para ejercer esos derechos personalmente sin el ministerio o autorización de

⁷ Según Valencia Zea; Savigny fue el primero quien precisó la doctrina de la capacidad como aptitud para ser sujeto de derechos o aptitud para ejercerlos.

⁸ Según Valencia Zea; Savigny fue el primero quien precisó la doctrina de la capacidad como aptitud para ser sujeto de derechos o aptitud para ejercerlos.

otra persona. Adquiere el derecho la persona de su titular, pues es quien está investido de él, y lo ejerce quien lo pone en práctica.

Describe el autor que la capacidad es una aptitud, porque implica la suficiencia de la persona en lo que respecta a su estado propio e individual; y tiene carácter legal dicha aptitud debido a que esta suficiencia faculta a la persona para ser titular de derechos, ejercerlos y obligarse. En conclusión, la capacidad es la aptitud para ser titular y ejercer derechos en su mayoría reales, los cuales puede desarrollar sin la autorización de otro.

También Quiroz (2015), estudia la capacidad, hacia una perspectiva teleológica, como la posibilidad de transferir o adquirir por actos entre vivos, derechos subjetivos de carácter patrimonial; refiriendo que en la legislación civil colombiana esta se adquiere a partir de la mayoría de edad. La capacidad en materia de negocios jurídicos consiste en la existencia de una voluntad reflexiva, que le permita comprender la dimensión del acto que está realizando, esto quiere decir que la capacidad que se exige para transferir o adquirir derechos subjetivos patrimoniales a través del negocio jurídico.

Se puede inferir entonces que la capacidad es la idoneidad que tiene una persona como sujeto de derechos para poder celebrar negocios jurídicos y contraer obligaciones, partiendo de la presunción del ejercicio de su voluntad de modo reflexivo.

1.1.1 Clasificación De La Capacidad

Se puede determinar una capacidad negocial o de ejercicio, la cual, es una modalidad de la capacidad jurídica o de goce, entendida esta como la aptitud general para adquirir derechos y contraer obligaciones, constituyéndose como una cualidad propia a la personalidad jurídica; mientras que la primera está supeditada a la existencia de una voluntad reflexiva. (Canosa, 2009)

Tal como se refirió con antelación, a partir de lo descrito en los artículos 1502 y

1504 del Código Civil, los doctrinantes en su mayoría coinciden con desarrollar una clasificación de la capacidad, la cual puede ser de goce y de ejercicio, o capacidad jurídica y capacidad de obrar. De lo anterior se desprende que todos los seres humanos puedan ser titulares de derechos y obligaciones (capacidad de goce), pero no todos pueden disponer libremente de ellos (capacidad de ejercicio). (Serrano, 2010)

La capacidad de ejercicio implica la aptitud que tiene la persona para obligarse por sí misma sin el ministerio o autorización de otra. Presupone la capacidad de goce, pero que no obstante carece la persona de aptitud para ejercer por sí misma sus derechos civiles. Así, un infante o un discapacitado mental absoluto tienen capacidad jurídica, pero no capacidad de obrar. (Suarez Franco, 2014)

1.1.1.1 Capacidad de goce

La capacidad de goce, se entiende como la posibilidad de que determinado derecho se establezca en una persona por su sola condición, en consecuencia, puede constituirse esta capacidad como un atributo propio de la personalidad jurídica, la cual se adquiere por el hecho de nacer con vida. Es así como un discapacitado mental⁹ puede llegar a ser titular de derechos civiles como los de dominio, usufructo y uso, o simplemente encontrarse en condición de ser acreedor o deudor por un hecho jurídico. La capacidad de goce es la aptitud propia de todo sujeto para ser titular del derecho, mientras que la capacidad de ejercicio le confiere la aptitud para obligarse. Según el Código Civil, toda persona debe ser plenamente capaz, y de ahí la presunción descrita en

⁹ Los términos “demencia”, “idiotismo”, “imbecilidad”, “locura furiosa” consagrado en los artículos 428 a 632 del Código Civil, son derogados por la Ley 1306 de 2009, previa declaratoria de inexecutable mediante sentencia C-478 de 2003 (M.P.: Clara Inés Vargas Hernández). Mediante sentencia C – 983 de 2002 (M.P.: Jaime Córdoba Triviño) declara executable la palabra “sordomudo” contenida en los artículos 62, 432 y 1504 del código civil, e inexecutable la expresión “por escrito” contenida en los artículos 62, 432, 560 y 1504 de la citada norma; como también determina la declaratoria de inconstitucionalidad de la locución “y tuviere suficiente inteligencia”, contenida en el artículo 560 ibídem. El término “demente”

el art. 1503. (Suarez Franco, 2014)

La capacidad de goce debe predicarse de toda persona para la adquisición de derechos civiles de orden patrimonial, como los reales o los de crédito, pero no para otras categorías, como los derechos políticos. La capacidad jurídica la tiene toda persona sin necesidad de estar dotada de una voluntad reflexiva. (Valencia Zea, 2011) Es así como un menor de 18 años puede ser sujeto de derechos y obligaciones de tipo personal, e incluso llegar a celebrar contratos de compraventa de bienes fungibles.

1.1.1.2 Capacidad de ejercicio

Parra Benítez (2016) citando a Rivera (1994), considera que la capacidad de ejercicio es la misma capacidad de obrar, legal o de hecho, la cual se conoce también como capacidad negocial o capacidad especial. Es la aptitud o facultad que tiene el sujeto de derecho para obrar por sí sola, esto es, ejercitar la propia voluntad para adelantar una actividad jurídicamente relevante, reconocida para realizar eficazmente y en general actos jurídicos, para adquirir derechos, asumir obligaciones y en general desarrollar actividades relativas a la esfera jurídica idónea de persona; por lo que se tiene como una calidad jurídica que determina la condición de voluntad que la ley considera necesaria para que los actos humanos deriven en efectos jurídicos.¹⁰

Descrito en el numeral 3ero del art. 127 del Código Civil, es declarado exequible mediante sentencia C-046A de 2019 (M.P.: Cristina Pardo Schlesinger). Dicho artículo hoy es derogado por el art. 61 de la Ley 1996 de 2019.

Medina Pabón (2014) enuncia a la capacidad de ejercicio como “aptitud jurídica”; refiriéndose a la calidad del sujeto de derechos para que este pueda actuar y comprometerse sin mediación alguna. La establece como regla general, y plantea que debe darse una presunción de esta para toda persona y la posibilidad de obligarse

¹⁰ Definiciones parafraseadas por Parra Benítez en 2016 y 2019, quien cita a Von Thur (1946), Carbonnier (1961), Passarelli (1964), Messineo (1971), Colin y Capitant (1975), Rodríguez Piñeres (1990), Brescia & otros (1992), Angarita (1994), Albaladejo (1996) y Díez Picazo (2003), entre otros.

voluntaria y legítimamente, a menos que se la limite.

Barros (1930), citado por Suarez Franco (2014) expresa que la capacidad de ejercicio no constituye elemento esencial de la personalidad, es decir, se puede ser persona sin tener capacidad de ejercicio; tal como supone el artículo 1504 del Código Civil; cuando expresa que las personas “son también incapaces...” de obligarse. En efecto, para ejercer un derecho civil patrimonial mediante negocio jurídico, se exige en el sujeto o persona la existencia de una voluntad plenamente desarrollada.¹¹

1.2 Incapacidad absoluta e incapacidad relativa

Serrano (2010) define la incapacidad como la no idoneidad que se presenta frente a la capacidad de ejercicio exclusivamente, que implica “*limitar las facultades del sujeto que carece de condiciones físicas, psíquicas (sic) o legales para realizar actos jurídicos*”. Por su parte, Parra Benítez (2016) describe a la incapacidad como la no idoneidad del sujeto frente a la capacidad de ejercicio de alguno de sus derechos; es la negación que hace el derecho a ciertas personas para que realicen actos jurídicos por sí mismos.

El paradigma propuesto hasta la Ley 1306 de 2009, proponía que no todos los sujetos de derecho están dotados de una voluntad de esta clase; los que están provistos

¹¹ Colombia, Ley 1306 de 2009, Artículo 3. Principios: En la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad mental se tomarán en cuenta los siguientes principios: a). El respeto de su dignidad, su autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y su independencia; b). La no discriminación por razón de discapacidad; c). La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d). El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad mental como parte de la diversidad y la condición humana; e). La igualdad de oportunidades; f). La accesibilidad; g). La igualdad entre el hombre y la mujer con discapacidad mental; h). El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con a reservar su identidad. Estos principios tienen fuerza vinculante, prevaleciendo sobre las demás normas contenidas en esta ley. Derogado por la Ley 1996 de 2019.

de ella tienen “capacidad de negociar”, y quienes carecen de ella se encuentran en “incapacidad de negociar”; de ahí que la voluntad del negocio jurídico supone una mediana experiencia acerca de las relaciones jurídicas, ciertos conocimientos del comercio, es decir, una apreciación sobre los valores y las cosas que sirven de intercambio a tales. (Valencia Zea, 2011) Según la especial situación que afecte la razón del sujeto de derechos, su capacidad para administrar competentemente el patrimonio, o la mera facultad para interactuar normalmente en sociedad; se le atiende de manera especial a partir del ya derogado régimen de guardas. (Serrano, 2010)

Refiere Valencia Zea (2011) que son entonces incapaces en primera instancia los menores de 18 años y en segunda los incapaces absolutos, los cuales desde la Ley 1145 de 2007¹² y 1306 de 2009; pasan a ser llamados discapacitados mentales, los cuales se dividen en absolutos y relativos. (artículo 15, Ley 1306 de 2009)

Esta interpretación se observa aunque acorde al paradigma de la Ley 1306 de 2009, retrógrada al día de hoy, en el entendido que el artículo 6 de la Ley 1996 de 2019 establece la presunción de capacidad; esto es, que todo mayor de edad indistintamente su condición de discapacidad es sujeto de derechos y obligaciones, reconociendo su capacidad legal en igualdad de condiciones. Ordena la norma que en ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona.

Adicionalmente, la norma en estudio en su art. 57 modifica respecto a quienes se reconocen como incapaces absolutos y relativos, a su tenor:

“Modifíquese el artículo 1504 del Código Civil que quedará así: Incapacidad absoluta y relativa: Son absolutamente incapaces los impúberes. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores púberes.

¹² Esta ley crea el Sistema Nacional de Discapacidad.

Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.”

Desde esta perspectiva, se puede inferir que desde su vigencia, la incapacidad se determina a partir de la edad; debido a que la persona en situación de discapacidad, indistintamente de su condición de salud, se presume con capacidad de ejercicio.

1.3 Personas en Situación de Discapacidad

Según La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:

“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Se entiende “una persona con discapacidad es aquella que tiene alguna limitación física o mental para realizar actividades en su casa, en la escuela o trabajo, como caminar, vestirse, bañarse, leer, escribir, escuchar, etcétera. Además, el Instituto clasifica a la discapacidad en cinco tipos de acuerdo a la deficiencia correspondiente: motriz, sensorial y mental, múltiples y asociadas a síndromes u enfermedades”

De acuerdo con disposiciones nacionales e internacionales y con documentos de organismos supranacionales, la discapacidad alude, en general, a la situación de la persona que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas

consideradas normales por alteración a sus funciones intelectuales o físicas. La discapacidad es entonces la carencia de aptitud legal de una persona para obligarse por sí misma sin el ministerio o autorización de otra. Su origen puede consistir en una afección patológica del aprendizaje, deterioro mental o deficiencias en el comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial que pueden poner en riesgo el patrimonio. (Parra Benítez, 2016)

Previo a la Ley 1306 de 2009, con el vocablo incapaz se designaba a todas aquellas personas que carecían de la capacidad de ejercicio. El incapaz tiene la capacidad de goce, porque puede ser titular de sus derechos, pero dentro de la vida civil, no podía hacer uso del derecho actuando por sí mismo por lo que debía acudir a otras personas para que lo representen judicialmente. (Suarez Franco, 2014)

Desde una óptica garantista, quien padece discapacidad se debe reconocer como un sujeto de derechos y obligaciones, pese a la asistencia y rehabilitación que tiene lugar. Es por ello, que la discapacidad como situación no se puede definir, sino personalizar en el sujeto que le asiste, por lo que en consecuencia se describe como la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de la persona para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria. Según la legislación colombiana se pueden clasificar en psíquica o mental y física.¹³ (Quiroz, 2015)

Expone Serrano (2010), que la Ley 1306 de 2009, concordaba estas nociones con el Sistema Nacional de Discapacidad y la Convención internacional de las naciones unidas de los derechos de las personas con discapacidad al definirla como que la tiene cualquier persona natural que padezca “*limitaciones psíquicas o de comportamiento*” que le impidan “*comprender el alcance de sus actos*” o que le lleven a asumir “*riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio.*” (Art. 2)

¹³ Tomado de: http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_revistaZero/ZERO%2023/JohanAntolinez.pdf.

Hoy, según la Ley 1996 de 2019 se define: “*La discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.*”

1.3.2 Marco Legal de la discapacidad

Al elevar la Constitución política de 1991 el respeto por la diferencia y la inclusión de todas las personas, sin importar su condición, se abrió camino para que dentro de este precepto, el legislador reconociera mecanismos de integración social para las personas en situación de discapacidad, desarrollados mediante la Ley 361 de 1997. Posteriormente, se crea el Comité Consultivo Nacional de Discapacidad, mediante Resolución 3489 de 2004. En el 2005, se avanzó con el establecimiento de normas tendientes a la equiparación de oportunidades para las personas sordas y sordo-ciegas mediante la Ley 982; y posteriormente, con la Ley 1145 de 2007, se estableció el Sistema Nacional de Discapacidad.¹⁴ Finalmente, se nutre este sistema jurídico, al incorporar al bloque de constitucionalidad en stricto sensu la convención de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, a través de la Ley 1346 de 2009.

Recientemente, la Ley 1996 de 2019 establece que las personas discapacitadas pueden tomar decisiones autónomas en relación a los negocios jurídicos, aspectos médicos, y situaciones tanto familiares como personales. Así mismo nos indica que pueden celebrar negocios sin un representante siempre y cuando puedan manifestar su voluntad y preferencias teniendo en cuenta la autodeterminación, el derecho a equivocarse y la libre expresión y desarrollo de la personalidad.

¹⁴ Tomado de: http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_revistaZero/ZERO%2023/JohanAntolinez.pdf.

1.3.3 Sujetos de derechos en situación de discapacidad

La capacidad de ejercicio de los sujetos de derecho se tiene “*correlativa a su afectación, sin perjuicio de la seguridad negocial y el derecho de los terceros que obren de buena fe*”; esto lo rescata la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho de las personas con discapacidad (2009), en la que se incorporan principios protectores aplicables a las personas en situación de discapacidad y se incluyen como imperativas las obligaciones que se estipulan para los Estados y la comunidad, haciendo la salvedad de que prevalece la norma más favorable a estos.

El Artículo 17 de la Ley 1306 definía a la discapacidad mental como una “*afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental*”. Se tendrán como discapacidad mental absoluta los estados emotivos extremos de ira, dolor o euforia que alejan al sujeto de la realidad siempre que la afectación sea grave o severa, así como las enfermedades que en los mismos términos afectan la conducta del sujeto por ingestión voluntaria o accidental de sustancias alucinógenas y las enfermedades que al final de la vida afectan la razón, como son la trombosis, el Alzheimer, entre otras. (Serrano, 2010)

Describe Serrano (2010) que Medina, Rueda y otros (2009) enuncian casos concretos de incapacidad mental absoluta (sic), entre los que refiere anomalías de la psiquis como neurosis y psicosis (fobias, ansiedades, esquizofrenias, paranoias y otras), que anteriormente podrían encasillarse en lo que el Código Civil llamaba “*locura furiosa*”.

Con todo, los mismos derechos fundamentales que la Ley de Infancia y Adolescencia reconoce para los niños, niñas y adolescentes, se extendieron como reglas de protección a otras poblaciones vulnerables. (Medina, Rueda y otros, 2009) Esto se subsana con la Ley 1618 de 2015, la cual describe en sus artículos 7 a 21 los derechos de

las personas con discapacidad; siendo el objetivo de esta su garantía y ejercicio efectivo mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad.¹⁵

1.3.4. Salvaguardias – Apoyo formal – Directivas anticipadas

En la publicación de la Universidad de los Andes denominada “El ejercicio de la capacidad jurídica: Guía práctica para su aplicación”, en su glosario conceptúa lo consagrado en el artículo 5to de la Ley 1996 de 2019 como las garantías que debe brindar el Estado para asegurar el respeto de los derechos, la voluntad y las Reza el artículo 12, numeral 4to de la convención que la salvaguardia¹⁶:

“... asegurará 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.”

¹⁵ Según la Ley 1618 de 2015, en concordancia con la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, se observan como derechos fundamentales los derechos de los niños y niñas con discapacidad, derecho de acompañamiento a las familias de las personas con discapacidad por parte del Estado, derecho a la habilitación y rehabilitación integral, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho a la protección social, derecho al trabajo, derecho al acceso y accesibilidad, derecho al transporte, derecho a la información y comunicaciones, derecho a la cultura, derecho a la recreación y deporte, derecho a la facilitación de las prácticas turísticas, derecho a la vivienda y derecho de acceso a la justicia

¹⁶ Las Salvaguardias han sido implementadas por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, y desarrolladas por parte del Comité de está en la observación general no. 1 en el periodo de sesiones de mayo 19 de 2014.

Los criterios para establecer las salvaguardias son: 1. Necesidad, esto es que se establecerán siempre y cuando la persona en situación de discapacidad lo solicite, 2. Correspondencia, esto es que se adaptara a cada caso en concreto, 3. Duración, deben ser estipulados por un tiempo definido, 4. Imparcialidad, quien funja como tal debe respetar el derecho de autodeterminación de la persona en condición de discapacidad.

Dentro de estas salvaguardias, la ley 1996 de 2019 ha denominado su desarrollo desde lo que la misma denomina “apoyos”. Estas son las medidas o programas que revisa cada caso particular para permitir que las personas discapacitadas puedan comunicarse, celebrar negocios jurídicos y manifestar su voluntad. Se hace efectivo el apoyo a través de acta de conciliación, escritura pública y excepcionalmente mediante proceso judicial.¹⁷

Mediante estos se nombra lo que denomina persona de apoyo, que es quien asiste al discapacitado para la ayuda, expresión e interpretación de su voluntad o preferencias, facilitando la celebración y comprensión de negocios jurídicos. Pueden ser personas de apoyo las personas naturales o jurídicas de confianza con la persona discapacitada y en caso dado de no existir persona de confianza, será un defensor personal designado por la Defensoría del Pueblo. La persona de apoyo no responde por los daños personales o financieros provenientes de decisiones del discapacitado, ya que el discapacitado responde por sus actos de manera personal.

De igual manera, podrán estos apoyos ser transitorios, esto es un trámite excepcional para personas que se encuentren imposibilitadas de expresar su voluntad, y se lleva a cabo por medio de proceso judicial de adjudicación con la finalidad de proveer una o varias personas de apoyo. Se puede iniciar por la persona discapacitada o por un tercero, en el caso de la persona discapacitada debe presentar el escrito de la demanda con el anexo de estudio de apoyo convocando a las personas que actuarían de apoyo. En el caso de iniciativa por un tercero se hace a través de un proceso verbal sumario, que se

¹⁷ Los mecanismos para establecer acuerdos de apoyos descritos en los capítulos dos y tres de la Ley 1996 de 2019.

promueve por cualquier persona cuando la persona con discapacidad se encuentra imposibilitado de manifestar su voluntad y se convocan las personas indicadas en la demanda incluyendo al discapacitado.

Las medidas de apoyo otorgadas mediante sentencia judicial se revisarán rindiendo informe anual la persona de apoyo con el fin de modificar o extinguirlo. Los acuerdos de apoyo suscritos a través de notaría y mediante acta de conciliación pueden ser revisados en cualquier momento y se extinguen después de 5 años o antes por decisión de la persona discapacitada.

Además de lo anterior, la ley 1996 de 2019 también enuncia como modalidad de apoyo (otra salvaguardia) la directiva anticipada, las cuales se definen como herramientas mediante las cuales las personas pueden expresar su voluntad y preferencias sobre algún tema, para que éstas sean escuchadas y tomadas en cuenta en el momento eventual en que la persona no pueda expresarlas por sí misma. (Universidad de los Andes, 2019)

Consiste la directiva anticipada en la declaración previa de la voluntad, en previsión de una eventual incapacidad como por ejemplo un coma irreversible o condición de enfermedad terminal, en las cuales el declarante ordena las pautas o directrices referentes a temas personales, médicos y jurídicos. Se tiene como elemento de esta la llamada voluntad anticipada, figura que se encuentra regulada en la Ley 1733 de 2014, por medio de la cual toda persona mayor de 14 años, sana o en estado de enfermedad puede manifestar su voluntad sobre tratamientos médicos, medicamentos y disposición de donar sus órganos.

1.3.5 Marco Jurídico Procesal De La Capacidad Legal De Las Personas En Situación De Discapacidad Mayores De Edad.

La Ley 1996 de 2019 establece un nuevo régimen para determinar la capacidad legal de las personas en situación de discapacidad mayores de 18 años. En su artículo 61

deroga entre muchas normas, entre las que se tienen tanto artículos del Código general del proceso como de la Ley 1306 de 2009. Esta regulaba lo concerniente al proceso de interdicción o inhabilidad¹⁸. Este era el trámite mediante el cual se determinaba a través de providencia judicial que, en efecto el sujeto de derechos carecía de capacidad legal y en consecuencia había lugar a nombrarle guardador. Acorde a su funcionalidad se determinaban como modalidades del régimen de guardas la curaduría, la administración y la consejería. (Montoya, 2011)

La Nueva ley plantea como paradigma la garantía y respeto de la dignidad humana, la libertad individual para que la persona en situación de discapacidad mayor de edad pueda tomar por sí mismo decisiones, ser independiente y sobre todo goce el derecho a la no discriminación. Su principal modificación es la eliminación de las figuras de inhabilidad e interdicción, es decir, que a partir de su vigencia no se pueden solicitar procesos judiciales para decretar ni tampoco solicitar que una persona se declarada como tal para perfeccionar trámites públicos y privados.

No obstante, los artículos vigentes de la Ley 1306 de 2009, indican la tramitación de las personas discapacitadas que se encuentran bajo el cuidado y protección de curadores o consejeros y que aún no cuentan con los beneficios que proporcionó la Ley 1996 de 2019, en la que ya son sujetos de derecho en cuanto a decisiones personales, médicas y legales; otorgándoles el beneficio de considerarlos persona con sentido y consentimiento de sus decisiones y manifestaciones voluntarias.

Así mismo, en sus artículos 32, 53, 54, 55, 56 establece los procedimientos de adjudicación de apoyo transitorio, los procesos de interdicción o inhabilitación en curso, y la revisión por parte de los jueces de los procesos de interdicción antes de la vigencia de la ley en concordancia al régimen de transición mental absoluta, y la rehabilitación del interdicto se desarrollaban como procesos de jurisdicción voluntaria, ambas reguladas en los arts. 586 y 587 de la referida norma.

¹⁸ El proceso de inhabilitación y habitación de persona con discapacidad mental relativa era tramitado como proceso verbal sumario descrito en el art. 396 del Código General del Proceso; La Interdicción y rehabilitación de la persona con discapacidad

Dentro del periodo de implementación de esta, los Jueces de Familia como competentes de los extintos procesos de declaración de interdicción a persona con discapacidad mental absoluta e inhabilidad y rehabilitación de persona con discapacidad mental relativa, les ordena que en caso que en sus despachos se encuentren en trámite o posterior al fallo algún procedimiento de esta índole, deberán citar de oficio a las personas declaradas en tal situación a fin de hacer tránsito al enfoque garantista que pretende establecer el nuevo régimen. Esto es legalizar los “apoyos formales”, lo cual deberá suceder dentro de los 36 meses después de su entrada en vigencia.

Refiere el instructivo “Abecé de la Ley 1996 de 2019” (Ministerio de Justicia, 2019) que en este mismo plazo, las personas bajo medida de interdicción o inhabilitación podrán solicitar la revisión de su situación jurídica directamente ante el juez de familia que adelantó el proceso. Recibida la solicitud, el juez citará a la persona bajo esta medida al igual que a las personas designadas como curadores o consejeros, para que comparezcan ante el juzgado a fin de determinar si requieren, le sean adjudicados apoyos de manera judicial.

Todos los procesos que venían siendo tramitados para que el juez decretara la interdicción se suspenden de manera inmediata. El juez podrá decretar de manera excepcional, el levantamiento de la suspensión y la aplicación de medidas cautelares, nominadas o innominadas, cuando lo considere pertinente para garantizar la protección y disfrute de los derechos patrimoniales de la persona con discapacidad.¹⁹

Además del trámite judicial, el cual se encuentra descrito en el art. 32 de la ley en estudio, se abre la posibilidad para que a través de notarías y centros de conciliación se puedan adjudicar los apoyos formales. Los apoyos que nazcan a partir de la celebración de los acuerdos no podrán extenderse por un periodo superior a cinco años, pasados los cuales se deberá agotar de nuevo alguno de los procedimientos previstos en la ley para establecer nuevos. La naturaleza de los apoyos que la persona desee utilizar

¹⁹ Resumen de lo dispuesto en los artículos 54, 55 y 56 Ley 1996 de 2019

podrá establecerse mediante la declaración de voluntad o a través de una valoración de apoyos.

Podrán entonces las personas en situación de discapacidad suscribir acuerdos de apoyo ante Notarios y Centros de Conciliación, los cuales tendrán una duración máxima de 5 años. Pasado este periodo deberá realizar nuevamente el procedimiento conforme a la ley para acogerse a nuevos apoyos. Se pasa de representación legal al apoyo en la toma de decisiones.

Además, la ley modifica a su vez el procedimiento de jurisdicción voluntaria, en cinco asuntos como lo son la licencia de padres o guardadores para enajenar o gravar bienes de sus representados y la realización de actos jurídicos de acuerdo al Código Civil, la licencia de emancipación, la designación de guardadores, consejeros y administradores, la declaración de ausencia y la declaración por muerte presuntiva por desaparecimiento. (Ley 1996 de 2019, art 36)

Por otra parte, la ley también otorga la posibilidad de iniciar un proceso de adjudicación de apoyos por persona distinta al titular del acto jurídico mediante demanda judicial en beneficio exclusivo de la persona discapacitada en situación de imposibilidad de manifestar su voluntad cuya situación sea susceptible de prueba certificada por la valoración de apoyos de la circunstancia. También nos brinda la opción de que la persona discapacitada tenga esta imposibilidad de ejercer su capacidad legal y por ende deba asumirlo un tercero en prevención de vulneración o amenaza de sus derechos. (Ley 1996 de 2019, art 38)

Cabe resaltar que una de las potestades que otorga la ley es que se podrá modificar o dar por terminado en cualquier momento los apoyos adjudicados mediante la solicitud al juez, la cual puede ser requerida por la persona titular del acto jurídico, por persona distinta que haya promovido el proceso de adjudicación judicial y que demuestre interés legítimo, por persona designada como apoyo cuando medie justa causa; o por un juez de oficio. Esta solicitud quedará en firme, cuando pasados los 10

días de traslado no se manifieste objeción alguna. (Ley 1996 de 2019, art 42)

Conclusiones

Mediante el presente escrito, se logran observar los cambios que en materia procesal la Ley 1996 de 2019 presenta respecto a la capacidad legal de las personas en situación de discapacidad mayores de edad. Esta comparación se desarrolló a partir del estudio de la norma derogada, la normativa nueva y análisis de doctrina. Se observa un cambio de paradigma importante a partir de la presunción de capacidad, lo cual invita a que se tengan como incapaces todos aquellos menores de edad; y que en caso que estos requieran representación legal o patrimonial en ausencia de patria potestad, será mediante el proceso de nombramiento curador de impúber emancipado o del menor adulto emancipado, tal como aún rige en los artículos 53 y 54 de la Ley 1306 de 2009.

Se concluye también que sin perjuicio de las definiciones que desde la Ley 1346 de 2009, las cuales fueron implementadas por la Ley 1618 de 2013 y hoy derogadas por la Ley 1996 de 2019; se continúa reconociendo como sujeto especial de protección a la persona en situación de discapacidad, sea física o mental, absoluta o relativa; y que más allá de esto, prevalece su autonomía y capacidad legal de ejercicio en los negocios que constituya.

Se comparó entonces desde la ley sustantiva hasta la ley procesal, la aplicabilidad de manera teórica sobre los casos que más allá de la presunción de capacidad, la persona en situación de discapacidad mayor de edad requiera

salvaguardias. Se describe la forma como puede ser reconocida desde su voluntad apoyos formales, apoyos transitorios y directivas anticipadas. Se cumple entonces con un aporte didáctico dentro al modelo social acorde a la eliminación de barreras que generan discriminación y marginalización hacia las personas en situación de discapacidad.

Referencias

ANGARITA GÓMEZ, J. (2005). Lecciones de Derecho Civil tomo I personas y representación de incapaces. Cuarta edición, editorial Temis.

AZULA CAMACHO, J. (2016). Manual de derecho procesal tomo II procesos de conocimiento. Sexta edición, editorial Temis.

BEJARANO GUZMÁN, R. (2019). Procesos declarativos arbitrales y ejecutivos. Novena edición, editorial Temis.

CANOSA TORRADO, F. (2009). Las nulidades en el derecho civil, Segunda edición, ediciones doctrina y ley, Bogotá.

DOMINGUEZ GIRALDO, L. (2014) El juicio oral en la Jurisdicción de Familia, Primera edición, editorial Sánchez Ltda.

ESCUADERO ALZATE, M. (2017). Procedimiento de familia y del menor, Vigésima cuarta edición, editorial Leyer.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2016). La jurisprudencia voluntaria una prueba por la eficacia, Primera edición, editorial Castilla la mancha editores.

GIRALDO CASTAÑO, J. A. Algunos aspectos procesales y sustanciales de la Ley 1996 de (2019), Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad, mayores de edad. Compilado en: “Derecho Procesal #NuevasTendencias – memorias del XLI Congreso Colombiano de derecho procesal”, ISBN: 978-958-52944-00.

Marco jurídico procesal de las personas en situación de discapacidad

GONZALEZ RAMON, A. (2010). Capacidad jurídica de las personas con discapacidad, Primera edición, Comisión nacional de los Derechos Humanos, México.

GUTIERREZ SARMIENTO, C. (2016). Manual de procesos de familia, Cuarta edición, editorial Universidad Externado de Colombia.

JURADO FERER, C. (2015). Manual de derecho civil general y derecho civil personas, Primera edición, editorial Leyer.

LAFONT PIANETTA, P. (2010). Derecho de familia, Derecho marital, filial, addenda reforma de la ley 1306 de 2009, editorial del Profesional.

LOPEZ BLANCO, H. (2018) Código General del Proceso parte especial, Segunda edición, Dupre Editores Ltda.

LÓPEZ MEDINA, D. (2004). El derecho de los jueces, editorial Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia.

MARTINEZ PINEDO, G. (2012). Práctica forense en la familia jurisdicción voluntaria, Primera edición, editorial doctrina y ley Ltda.

MARTINEZ, URIBE Y OTRO (2015). La discapacidad y su estado actual en la legislación colombiana, issn: 1794-5992. Publicado en Revista Duazary vol. 12 no. 1.

MEDINA PABÓN, J. (2014). Derecho civil aproximación al Derecho de personas, Cuarta edición, editorial Universidad del Rosario.

MEDINA, RUEDA Y OTROS (2009). Nuevo régimen de protección legal a las personas con discapacidad mental: antecedentes, análisis y trámite legislativo de la Ley 1306 de 2009, Primera edición, Editorial Universidad Del Rosario, Bogotá.

MONROY CABRA, M. (2014). Derecho de familia, infancia y adolescencia, Decimoquinta, editorial ABC.

MONTOYA OSORIO, M. (2012). Las personas en el derecho civil, Tercera edición, editorial Leyer.

PARRA BENÍTEZ, J. (2016). Actos jurídicos de los incapaces, Primera edición, editorial Ibáñez, Bogotá.

PARRA BENÍTEZ, J. (2019). Derecho Civil General y de las personas, Tercera edición, editorial Leyer, Bogotá.

QUIROZ MONSALVO, A. (2015). Manual Civil General Tomo 1, Tercera edición, ediciones doctrina y ley, Bogotá.

RESTREPO ARAMBURO, J. (2017). Derecho de familia, Primera edición, editorial Leyer.

REYES CASAS, L. (2014). Procedimientos en familia: actualizado con las reformas de las Leyes 1395 de 2010 Y 1564 de 2012, Primera edición, editorial Ibáñez.

RIVERA MARTINEZ, A. (2020). Derecho procesal Civil - Parte especial, Vigésimo segunda edición, editorial Leyer.

ROJAS GÓMEZ, MIGUEL. (2017) Lecciones de derecho procesal tomo IV, segunda edición, editorial Escuela de Actualización Jurídica – esaju.

SANABRIA D'LUQUE, T. (2007). Procesos en el Derecho de familia, Primera edición, editorial Grafi-impacto.

SERRANO GOMEZ, R. (2010). Modificaciones al régimen de capacidad humana en la Ley 1306 de 2009, issn 0120-3886. Publicado en Revista Facultad de Derecho y Ciencias políticas vol. 40 no. 113, 2010.

SERRANO GOMEZ, R. (2011). Derecho civil de las personas, editorial doctrina y ley.

SIERRA RINCÓN, N. (1991). Procesos ante los jueces de familia. Primera edición, Editorial del profesional.

SUAREZ FRANCO, R. (2014). Derecho de familia tomo 2, Cuarta edición, editorial Temis, Bogotá.

Marco jurídico procesal de las personas en situación de discapacidad

TIRADO PERTUZ, GARCIA GRANADOS. (2018). Aspectos procesales de la declaratoria de interdicción por discapacidad mental absoluta, Publicado en la Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo. Cartagena (Colombia) Vol. X. No. 20: 173-186, julio - diciembre 2018.

VALENCIA ZEA, A. & ORTIZ MONSALVE A. (2011). Derecho Civil Tomo 1 parte general y personas, Décimo séptima edición, editorial Temis, Bogotá.

VALLEJO JIMÉNEZ, G.A., HERNÁNDEZ RÍOS, M.I., & POSSO RAMÍREZ, A.E. (2017). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos. Rev. CES Derecho., 8(1), 3-21, 2017.

Pre-Print