

**¿IGUALDAD PARA LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD? UNA  
REFLEXIÓN CRÍTICA ANTE EL NUEVO ESCENARIO JURÍDICO DE LA LEY 1996  
DE 2019**

**POR**

**ISABEL GONZÁLEZ HURTADO Y MARÍA CLARA MAZO ARANGO**

**MONOGRAFÍA PARA OPTAR POR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**ASESOR**

**ESTEBAN MEJÍA RICO**

**UNIVERSIDAD EAFIT**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MEDELLÍN**

2020

Índice

<b>Resumen.....</b>	<b>6</b>
<b>Introducción.....</b>	<b>7</b>
<b>Capítulo I: Fundamentos Teóricos y Filosóficos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la Ley 1996 de 2019.....</b>	<b>11</b>
1. Modelos de Tratamiento de la Discapacidad.....	11
1.1. El Modelo de Prescendencia.....	12
1.2. El Modelo Rehabilitador.....	14
2. Modelo Actual de Tratamiento de la Discapacidad: El Modelo Social de Discapacidad.....	16
3. Principios que Inspiran el Nuevo Régimen a Nivel Nacional e Internacional.....	20
3.1. La Dignidad Humana.....	21
3.2. La Libertad.....	23
3.3. La Igualdad.....	25
4. Experiencia Internacional con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y con el Modelo Social de Tratamiento de la Discapacidad.....	27
<b>Capítulo II: Posiciones Dogmáticas que Encuentran Dificultades y Deficiencias en el Modelo Social de Tratamiento de la Discapacidad.....</b>	<b>33</b>
1. ¿Existen Derechos Fundamentales Absolutos?.....	34
1.1. La Especial Situación de Vulnerabilidad en la que se Encuentran las Personas con Discapacidad Mental.....	37
1.2. La Visión Positiva del Proteccionismo Estatal desde la Diferenciación Conceptual entre Igualdad Formal e Igualdad Material.....	40
1.3. La Defensa a la Limitación de Derechos a través del Concepto de Discriminación o Diferenciación Positiva.....	44

1.3.1. Apreciaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con Respecto a los Criterios Necesarios para la Justificación de la Limitación de Derechos....	47
1.3.2. Apreciaciones de la Corte Constitucional Colombiana sobre la Limitación de Derechos y Aplicación del Test de Proporcionalidad para tal fin.....	48
2. La Crítica a la Generalización del Concepto de Discapacidad que adoptan en Modelo Social, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley 1996 de 2019.....	51
3. La Necesidad de un Estudio Interdisciplinario de la Discapacidad.....	55
4. Conclusiones Preliminares.....	58
<b>Capítulo III: Cómo Entender el Concepto de Voluntad y Autodeterminación de las Personas en Situación de Discapacidad Mental.....</b>	<b>60</b>
1. La Voluntad en el Derecho.....	60
2. La Voluntad de las Personas en Situación de Discapacidad Mental.....	63
3. Consecuencias de Algunas Enfermedades en la Formación de la Voluntad.....	65
4. El Derecho a Cometer Errores.....	68
5. Casos Difíciles.....	71
5.1. El Aborto.....	72
5.2. Procedimientos Médicos y/o Quirúrgicos.....	75
5.3. El Suicidio.....	78
<b>Capítulo IV: Implicaciones y Consecuencias de la Ley 1996 de 2019.....</b>	<b>81</b>
1. Implicaciones Sustanciales.....	82
1.1. La Interdicción.....	82
1.2. Ordenamiento Jurídico Actual.....	86
1.3. Responsabilidad Civil y Penal de la Persona en Situación de Discapacidad.....	90
2. Implicaciones Procesales.....	94
2.1. Régimen Transitorio de la Ley 1996 de 2019.....	94
2.1.1. Procesos de Interdicción en Curso tras la Entrada en Vigencia de la Ley.....	96
2.1.2. Medidas Cautelares innominadas y Paradigma Judicial Actual.....	98

2.2. Proceso de Adjudicación Judicial de Apoyos bajo la Entrada en Vigencia del Capítulo V de la Ley.....	101
2.2.1. Concepto de Apoyo y Características del Tipo de Proceso por el que se Tramita la Adjudicación Judicial de Apoyos.....	107
2.2.2. La Persona en Situación de Discapacidad como Demandado, Representación dentro del Litigio y Figura del Curador Derogada.....	109
<b>Conclusiones.....</b>	<b>112</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>115</b>



## Resumen

En este trabajo de investigación se pretende abordar de forma crítica la Ley 1996 de 2019. Partiendo de los diferentes modelos de tratamiento de la discapacidad a nivel internacional, se busca identificar los fundamentos teóricos en que se basa el nuevo escenario de igualdad y autodeterminación de las personas en situación de discapacidad; de este modo, se analizará la finalidad del legislador colombiano al promulgar la Ley mencionada y los retos que tiene el país, el aparato judicial, y los particulares, en la aplicación de esta nueva norma en materia civil y de familia.

Más allá de la identificación mencionada, la idea central que se desarrolla en este trabajo de investigación, es que dichos fundamentos (que han sido tendencia en las regulaciones normativas a nivel internacional y que han sido adoptadas de tal forma en el ordenamiento jurídico colombiano por medio de la Ley 1996 de 2019), demuestran, por un lado, el gran avance de Colombia en el respeto hacia la autodeterminación de las personas en situación de discapacidad; pero, por otro lado, parecen también implicar un retroceso en la búsqueda de garantías para estas personas. Así, se señalarán los vacíos procesales y prácticos de esta Ley y se analizará la pertinencia de las nuevas figuras jurídicas de acuerdo con el fin que pretende alcanzar el ordenamiento jurídico colombiano con su promulgación.

Todo esto, con la finalidad de construir no solo una reflexión crítica del tema, sino también formular conclusiones referidas a un mejor entendimiento del concepto de discapacidad que permita la adecuada creación de disposiciones normativas en pro de los derechos fundamentales de esta población, de cara a los fines propios de un Estado Social de Derecho.

## Introducción

El desarrollo teórico de este trabajo de grado se construye por medio de una investigación dogmática jurídica, cuya finalidad es analizar de manera crítica una disposición normativa que recientemente integra el ordenamiento jurídico colombiano, esto es, la Ley 1996 de 2019. Este tipo de dogmática es denominada comúnmente como de *lege ferenda*, donde lo que se persigue es el mejoramiento y la optimización global del ordenamiento jurídico. En palabras del autor Courtis (2006):

Puede tratarse de una propuesta de derogación; del reemplazo completo de la norma criticada por otra; de la introducción de una o varias modificaciones en la norma citada; o de la propuesta de introducción de una norma nueva que complementa la anterior (...) Desde otro punto de vista -el del grado de concreción de la norma proyectada- la propuesta puede consistir en la formulación detallada del texto normativo que se propugna (...) o de modo más genérico, con el simple señalamiento de las bases o lineamientos sugeridos para una futura regulación. (p. 126)

De este modo, la investigación se realizará mediante un análisis normativo, en el marco del estudio de las teorías y de las propuestas reflexivas que se han desarrollado frente al tema de la discapacidad a nivel internacional y con miras a generar una reflexión crítica de los enunciados normativos propuestos por la Ley, que, en sí misma, se enfoca en un modelo social de tratamiento de la discapacidad, centrado en la primacía y autodeterminación de los individuos. Esto nos permitirá identificar las consecuencias de la aplicación de la norma en el contexto colombiano y cómo el fundamento teórico que inspira y rige la creación legislativa, debe estudiarse desde la racionalidad y proporcionalidad a la hora de limitar derechos de igual relevancia constitucional en el marco de un Estado Social de Derecho.

En este orden de ideas, este tipo de investigación es la más apropiada para satisfacer los objetivos propuestos, ya que permite analizar la Ley mediante una reflexión crítica que facilita la armonización del ordenamiento jurídico en aras de la protección de las personas en situación de discapacidad (en adelante, PSD).

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CIDPD) aprobada por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 2006, es consecuencia de

la lucha por el reconocimiento como personas iguales ante la ley de las PSD. Colombia aprueba la CIDPD en el año 2009 y para cumplir con las obligaciones pactadas en dicho instrumento internacional, expide en agosto de 2019 la Ley 1996 para las personas mayores de edad con discapacidad. En razón a esta nueva disposición, el régimen de la capacidad en Colombia se ha visto radicalmente transformado, y ahora rige una presunción de capacidad jurídica generalizada para todas las personas mayores de edad, con la finalidad de promover una libertad e igualdad en la toma de decisiones para toda esta población.

El resultado de dicha configuración normativa es consecuencia del artículo 12 de la CIDPD que, de manera progresista, hace primar sobre todos los derechos a la autonomía de las PSD y asfixia totalmente la posibilidad de una limitación a su voluntad. Con respecto a lo anterior, en este trabajo de grado se plantea que es forzoso reconocer que esta población cuenta con la capacidad de expresar su voluntad y, de poder hacerlo por algún medio, que se pueda garantizar que ésta sea totalmente coherente y racional para poder tomar decisiones en pro de su bienestar y el de los demás.

No es de extrañar que el tratamiento jurídico de la discapacidad sea un tema de actualidad, pues su discusión se ha transformado en un tema de competitividad estatal, donde se lucha por el aumento o priorización de las libertades individuales, y Colombia no anhelaba ser el último país en ser un Estado “garantista” de la autodeterminación de las PSD. Es por lo anterior que se hace necesario un estudio crítico de esta nueva Ley, de la CIDPD y de sus fundamentos teóricos a la luz de la influencia internacional de los derechos humanos, pues así se podrán establecer las consecuencias significativas en el actuar judicial y en los derechos de las personas mayores con discapacidad.

El direccionamiento teórico y normativo que ha tomado Colombia frente al tema de la discapacidad nos permitió plantearnos las siguientes cuestiones: ¿la Ley 1996 de 2019 es en realidad una regulación garantista?, ¿Colombia ha tomado el camino equivocado aunque con la finalidad correcta? Es cierto que, con el propósito de promover la igualdad y dignidad de las personas con discapacidad, la ley mencionada persigue una finalidad realmente valiosa, pero reviste en su ejercicio práctico ciertas consecuencias perjudiciales para aquella comunidad que se pretende proteger.

De esta forma, para resolver las preguntas planteadas, comenzaremos abordando la Ley 1996 de 2019 desde sus fundamentos teóricos y filosóficos, esto es, los modelos de tratamiento de la discapacidad (en especial el modelo social en que se basa dicha ley) y los principios que inspiran el nuevo régimen a nivel internacional y nacional. Lo anterior, permitirá analizar el origen de tal creación normativa y de la Convención Internacional sobre los Derechos las Personas con Discapacidad para establecer sus características principales y cómo éstas han complicado su aplicación práctica en el escenario interno de los Estados.

Ya aterrizados los fundamentos mencionados, se parte de éstos para exponer las críticas principales que se han construido en el escenario de la dogmática jurídica internacional al modelo social de tratamiento de la discapacidad y hacia la CIDPD. Aquí, se demuestra cómo el carácter absoluto de los derechos, la concepción generalizada de la discapacidad y la falta de una comprensión holística de ésta, son elementos que han perjudicado la configuración del derecho hacia una efectiva protección de los derechos de las PSD. En este sentido, se plantea la necesaria aplicación de la discriminación positiva, de la ponderación de derechos para la limitación de éstos en aquellos casos límite que conllevan una confrontación de dos o más derechos fundamentales y de la multidisciplinariedad para la construcción de un concepto de discapacidad que integre elementos de diferentes disciplinas como la bioética, la medicina y la psiquiatría.

Así, se dará paso a un análisis científico y jurídico que permite apreciar la voluntad de las personas con discapacidad mental desde las características y necesidades propias de este tipo de discapacidad. Se ahondará en el concepto de enfermedad y deficiencia para lograr entender por qué no es posible aplicar adecuadamente un modelo de apoyo en la toma de decisiones, pues la voluntad del sujeto bajo dicha condición se ve afectada (en muchos casos) por afecciones en su razonamiento cognitivo, haciendo imposible la construcción de una voluntad auténtica en el sujeto (o en muchos casos imposibilitando de entrada la oportunidad de exteriorización de ésta).

Para ilustrar la anterior dificultad, se plantean algunas reflexiones con respecto a casos difíciles que enfrentan los ordenamientos jurídicos y las sociedades a la hora de regular temas como el aborto, el suicidio y la aplicación de procedimiento médicos o quirúrgicos de personas con discapacidad mental, que ahora cuentan con un derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de la población.

Después de dejar establecidas las críticas, vacíos y dificultades prácticas del modelo social de tratamiento de la discapacidad y, por ende, de las construcciones normativas que se basan en éste, se entrará entonces en el terreno del ordenamiento jurídico colombiano. En este punto, se expondrán las implicaciones y consecuencias que trae consigo la aplicación de la Ley 1996 de 2019, esto es, en cuanto al cambio en el régimen de la capacidad jurídica y de la responsabilidad civil, así como del paradigma que plantea el régimen transitorio de la Ley mencionada y el régimen permanente tras la entrada en vigencia del capítulo 5. Allí, será fundamental la definición del concepto de apoyo y las características del tipo de proceso por medio del cual se llevará cabo la adjudicación judicial de apoyos.

Lo anterior, permitirá establecer finalmente que las figuras jurídicas establecidas por la Ley 1996 de 2019 no pueden ser caracterizadas como garantistas de los derechos de las personas con discapacidad; por el contrario, existen grandes vacíos en sus disposiciones debido a las deficiencias teóricas y de aplicación práctica del modelo social y de la CIDPD.

La conclusión principal a la que se llega después de esta investigación dogmática es que es necesario repensar o complementar el modelo social de tratamiento de la discapacidad y a su vez, modificar la Ley 1996 de 2019 para que sea verdaderamente una regulación garantista de los derechos de las PSD.

Sin lugar a dudas, el tema de la discapacidad implica en la actualidad grandes retos para los ordenamientos jurídicos y es justo ahí donde reside la importancia y finalidad de esta investigación dogmática, esto es, crear una alternativa reflexiva que permita un análisis crítico de las actuales construcciones normativas basadas en el respeto irrestricto hacia la autodeterminación de los individuos y constituir este trabajo como un aporte para la evolución de las regulaciones en torno a la discapacidad, así como para la consecución efectiva de los derechos para las PSD.

## Capítulo I.

### **Fundamentos Teóricos y Filosóficos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la Ley 1996 de 2019**

Teniendo en cuenta el propósito de investigación para este trabajo de grado, es imprescindible analizar, en un primero momento, aquellos fundamentos que han servido de inspiración y son el precedente para la materialización de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CIDPD) y de la Ley 1996 de 2019 a favor de la dignidad, libertad e igualdad de las personas en situación de discapacidad (en adelante, PSD). Esto con la finalidad de identificar el modelo de tratamiento jurídico de la discapacidad (y sus características) que quedó consagrado en la Ley, así como los principios que constituyen su pilar.

Posteriormente, en este capítulo se pretende abordar algunas experiencias a nivel internacional con la inclusión, en algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, de la Convención mencionada y aterrizar así en algunos puntos que llaman la atención de dichas vivencias.

#### **1. Modelos de Tratamiento de la Discapacidad**

Un examen histórico de la discapacidad permite comprender los antecedentes próximos de las construcciones normativas en pro de la igualdad y autodeterminación de las PSD. Para que el análisis teórico de los dos modelos relevantes (el modelo de prescindencia, el modelo médico o rehabilitador) a la hora de entender el panorama actual de la discapacidad, sea productivo según los objetivos de esta investigación, es necesario mencionar algunos acontecimientos históricos que reflejan mejor el recorrido que ha tenido la defensa de los derechos de las PSD.

La Organización de Naciones Unidas en las décadas de los años 70 y 80 prioriza una labor dedicada a la protección de los derechos de las PSD. En este periodo se elaboraron cuatro declaraciones<sup>1</sup> que se basan en una idea de discapacidad desde la importancia de la rehabilitación. Más adelante, el enfoque de las construcciones de derecho internacional<sup>2</sup> comienza a darle más

---

<sup>1</sup> La Declaración de Derechos del Retardado Mental de 1971, la Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975, la Declaración sobre las Personas Sordociegas de 1979 y la Declaración de Sundberg de 1981.

<sup>2</sup> Como el Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad de 1982 y la Declaración del Decenio Mundial de las Personas con Discapacidad (1983-1992).

trascendencia a la materialización de los derechos de estas personas, por medio de acciones y planes para lograr un convenio vinculante en pro de la participación de las personas con discapacidad en la sociedad. El 31 de agosto de 2001 se lleva a cabo la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, en donde surgió la iniciativa de elaborar un tratado de derecho internacional para garantizar el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad. Dicha iniciativa se materializa finalmente en lo que hoy conocemos como la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD) (Parra C. , 2010).

Se puede notar que el desarrollo práctico de la materia ha consistido en la evolución de las maneras de abordar la discapacidad, partiendo de la necesidad de integrar en la sociedad a las PSD para luego establecer la importancia de configurar creaciones normativas internacionales que garanticen verdaderamente la consecución de derechos y trato en igualdad de condiciones para dicha población.

Bajo este entendido, se entrará entonces a examinar las características y principales postulados de los dos modelos de tratamiento de la discapacidad que son fundamentales para entender el actual concepto de discapacidad que trae consigo la CIDPD y la Ley 1996 de 2019, así como los fundamentos y principios que les sirven de base.

### **1.1. El Modelo de Prescindencia**

Consiste básicamente en el silenciamiento y aislamiento de las PSD de la sociedad. Se trata de un concepto de discapacidad arraigado en preceptos morales y religiosos, en donde las enfermedades humanas eran entendidas como castigos divinos. Además, la identificación del sujeto con discapacidad se da a partir de la idea de “utilidad”, se consideraba a las PSD como individuos sin nada que aportar a la sociedad, convirtiéndose en una carga para la misma (Palacios, 2008).

Dentro de este modelo, surgen dos “submodelos” denominados el *eugenésico* y el de *marginación*. El primero consiste, en palabras de Palacios y Bariffi (2007), en:

La idea de que la vida de una persona con discapacidad no merecía la pena ser vivida, sumada a la consideración acerca de su condición de carga —para los padres o para el resto de la comunidad—, originaba que la solución adoptada por el submodelo bajo análisis fuera prescindir de las personas con deficiencias, mediante el recurso a prácticas eugenésicas, como el infanticidio en el caso de los niños. (p. 14)

Por su parte, el submodelo de *marginación* consistía en el uso de las clases sociales para situar a las PSD en el eslabón más bajo de la pirámide social. De esta manera, se excluía a dicha población por sus deficiencias que eran consideradas inmutables. Así, se evidenciaba un repudio que en algunos casos venía acompañado de temor hacia las PSD (Palacios y Bariffi, 2007).

Como se puede notar, esta noción de persona con discapacidad no tiene en cuenta a la persona desde su diversidad funcional, sino, por el contrario, desde el “infortunio” de vivir bajo esas condiciones. Este entendimiento responde a las características propias de la época antigua, esto es, la antigua Roma y Grecia y de la época medieval, donde las PSD no alcanzaban ni siquiera la calidad de seres humanos.

Es importante anotar la fuerte presencia de los preceptos religiosos, especialmente del cristianismo, en el tratamiento marginal de la discapacidad. Al respecto, Palacios (2008) plantea que:

Si bien las explicaciones religiosas medievales fueran diferentes de las alegadas por los antiguos, e incluso dentro del cristianismo se presentaran de manera fluctuante —el poder de Dios o la consecuencia del pecado original— o como obra del diablo desde la creencia supersticiosa; el hecho de considerar a la diversidad funcional como una situación inmodificable originaba que la misma debiera ser aceptada con resignación. Los encargados de diagnosticar diferencialmente si un comportamiento extraño era un proceso natural o uno diabólico eran el médico y el sacerdote, aunque no olvidemos que (...) en muchas ocasiones el peritaje médico se encontraba supeditado a la lógica teológica. (p. 54-55)

Como conclusión preliminar, se puede notar que la discapacidad bajo el modelo de prescindencia es el resultado de una diversidad de creencias que responden a la cultura y los desarrollos intelectuales de la época, donde en ningún evento predominaba el uso de técnicas

científicas susceptibles de verificación o confrontación; por lo cual su entendimiento de la discapacidad no lograba siquiera asumir este concepto para definirla.

## 1.2. El Modelo Rehabilitador

Como consecuencia de la Primera Guerra Mundial y el auge de la normatividad en materia laboral, se logró un cambio en la mentalidad a la hora de entender la discapacidad.<sup>3</sup> Estos hechos históricos marcaron el antes y después en la comprensión de la diversidad. Se comienza entonces a percibir la discapacidad como una enfermedad que puede ser tratada médicamente.

Este modelo, también conocido como *médico*, basa su estudio en entender la discapacidad a partir de sus causas médico-científicas, se conceptualiza la discapacidad como un tipo de enfermedad que debe ser tratada para recuperar la salud de la persona. En términos de los autores Arnau y Toboso (2008), dentro de este modelo se considera que “las personas con discapacidad pueden tener algo que aportar a la comunidad, pero solo en la medida que sean rehabilitadas o normalizadas y logren asimilarse (...) a las demás personas en la mayor medida de lo posible” (p. 67).

En este modelo, ya no se habla de causas religiosas para abordar la discapacidad, no se habla de un carácter inservible de las PSD. Por el contrario, se integra a esta población como miembros de la sociedad. Se evidencia así un nuevo enfoque en el tratamiento de la discapacidad, pues las PSD comienzan a ser objeto de protección jurídica, médica y social.

Pero, dicho enfoque tiende a centrarse en la realidad clínica de las PSD, desconociendo la necesidad e importancia de entender a la persona con discapacidad como un sujeto con plenos derechos. Así, dicha población se define exclusivamente como “pacientes” que necesitan un proceso de rehabilitación médica.

Se evidencia entonces que, aunque existe un gran distanciamiento del antiguo modelo de discapacidad que enjuiciaba a las PSD como sujetos sin nada que aportar a la comunidad, el

---

<sup>3</sup> Véase Velarde (2012). Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico.

modelo médico se basó en una tajante división entre sujetos “normales” y “anormales”, generando el enriquecimiento de la discriminación y el desconocimiento de derechos básicos para las PSD.

Bajo este escenario, Cuenca (2011), establece que tales dificultades del modelo médico generan la necesidad de replantear el concepto. Al respecto manifiesta que:

Según el modelo médico la normalización de las personas con discapacidad aparece como un paso previo a la integración social e incluso como una condición para el acceso real y efectivo a los derechos. Así, con independencia de que en teoría se reconozca a la persona con discapacidad como sujeto titular de los mismos derechos que a las personas estándar, en la práctica, sólo podrá ejercerlos y disfrutarlos en condiciones de igualdad en la medida en que se amolde a los patrones de la normalidad. Dicho de otro modo, las personas con discapacidad tendrán también que adaptarse a través de su esfuerzo individual a unos derechos universales diseñados por y para las personas normales. (p. 3)

En este mismo sentido, como expone Palacios (2008), se puede establecer que la consecuencia en la que se traduce la implementación del modelo médico es:

Una identificación de la diversidad funcional con la enfermedad. Esto comporta el convencimiento de que la “deficiencia/enfermedad”, al ser una situación modificable, debe ser en todos los casos “curada”, y por ende las personas con discapacidad han de ser en todos los casos “rehabilitadas”. Como consecuencia de dichas suposiciones, la vida de una persona con discapacidad tiene un sentido, pero siempre supeditado a dicha rehabilitación. (p. 81)

Se puede anotar que el contexto de rehabilitación sugiere ciertos avances en el tratamiento jurídico de la discapacidad, pues supone una protección hacia dimensiones como el derecho al trabajo, la seguridad social y genera la responsabilidad por parte del Estado de atender las necesidades de los ciudadanos con discapacidades, por ejemplo, con la creación de políticas públicas a favor de las personas con discapacidad.

De este modo, tal tratamiento de la discapacidad comienza a generar normas de contenido asistencial relacionadas con la menor o inexistente capacidad jurídica otorgada a las PSD. En Colombia, la Ley 1306 de 2009 modifica las figuras existentes de la interdicción y curaduría como manifestación de ese contenido de incapacidad de las personas con discapacidad mental.

Tales figuras, aunque resultan de un importante avance en el reconocimiento y necesidad de protección para las PSD, son deficientes a la hora de garantizar el derecho a la igualdad para esta población. Las personas con discapacidad no encuentran en este modelo las herramientas necesarias para desarrollar sus vidas de manera independiente e igualitaria, esto se traduce en una integración a la sociedad viciada de una exclusión implícita que merece atención por parte de los ordenamientos jurídicos.

De lo anterior, nace la importancia de los postulados que se expondrán a continuación, como aquellas configuraciones de alcance normativo que lograron integrar plenamente a las PSD en la sociedad actual.

## **2. Modelo Actual de Tratamiento de la Discapacidad: El Modelo Social de Discapacidad**

Como antecedente para poder hablar de la introducción a nivel internacional de un paradigma social de la discapacidad, se deben mencionar diferentes acontecimientos históricos que marcan la ruptura de la asistencia como término protagonista en las discusiones sobre la población en situación de discapacidad.

Por un lado, nos encontramos con la proclamación del “Año Internacional de los Impedidos” en 1981 por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas y la proclamación del “Decenio de Naciones Unidas para las Personas con Discapacidad” comprendido entre 1983 y 1992. Estos sucesos son un ejemplo clave para entender el cambio que se avecinaba en materia de discapacidad, pues la discusión sobre el reconocimiento de derechos de esta población se tornó en protagonista durante los años mencionados, apareciendo además la participación activa de personas con diversidades funcionales en el entorno político y jurídico internacional (Palacios y Bariffi, 2007).

Por otro lado, nos encontramos con la resolución de 1993 de Naciones Unidas sobre “Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad”, este acontecimiento es la manifestación de un gran paso en materia de igualdad y autodeterminación de las PSD. Es clave entender esta resolución como el reconocimiento en el ámbito internacional de la importancia de conceptualizar la discapacidad a partir de principios y valores que las mismas personas con diversidad funcional reclaman (Palacios y Bariffi, 2007).

También es importante establecer que la lucha por la consecución de un entendimiento social de la discapacidad no solo tiene como antecedentes a los mencionados con anterioridad, sino que existen además algunos movimientos que se fueron gestando en escenarios internos nacionales. Se puede rescatar dentro de estos a “El Movimiento de Vida Independiente” que nace en Estados Unidos a finales de los años sesenta y es catalogado como el origen del modelo social de discapacidad. Allí se comenzó a desarrollar la idea de que la independencia del ser humano no está determinada por la autonomía en las tareas de la vida diaria sino por la capacidad de gobernar su propia vida (Velarde, 2012).

Puede afirmarse que este concepto cambia la manera en que se venía tratando la discapacidad, emigrando del enfoque individual hacia el social, pues se comienza a entender que la “incapacidad” de las PSD es en realidad debido a las deficiencias sociales para interactuar con el individuo en situación de discapacidad. De esta manera, las soluciones que se plantean, para la plena integración de las PSD en la sociedad, son a partir de modificaciones en esta última y no en el individuo, trasladándose así la idea de “rehabilitación” hacia la sociedad de la que hace parte el sujeto (Pérez, 2010).

Así las cosas, el modelo social es el más aceptado hoy en día a nivel internacional y marca el antes y el después a la hora de entender los derechos de las PSD. El modelo social propugna la idea de que las causas que mayoritariamente originan la discapacidad son en realidad sociales, en este sentido las PSD pueden aportar a la comunidad en igual medida que los demás integrantes. Este modelo apoya y fundamenta su propuesta teórica en la primacía del derecho a la igualdad, a la libertad personal (autonomía y/ autodeterminación) y el respeto por la dignidad humana, permitiéndose afirmar así que la discapacidad es más que nada una construcción social (Palacios y Bariffi, 2007).

En palabras de Palacios (2008), el modelo social debe entenderse desde el precepto de que las PSD son útiles para la sociedad de igual forma que el resto de los sujetos que la integran y bajo este entendido plantea que:

Según los defensores de este modelo, no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la propia sociedad, para prestar servicios apropiados y para asegurar adecuadamente que las necesidades de las personas con discapacidad sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. (pp. 103-104)

Dentro de las características propias de este modelo, se pueden identificar algunas que sirven a este análisis de los fundamentos de la CIDPD y de la Ley 1996 de 2019. Por un lado, el valor de la vida de una PSD ya no es entendido como un sinsentido, por el contrario, se considera que la vida de cualquier sujeto dentro de esta población es igual de valiosa que la de una persona sin discapacidad. Por otro lado, la intención de tal entendimiento de la discapacidad es fortalecer las capacidades de las PSD y erradicar aquellos tratamientos que remarcan las deficiencias del individuo.

Se puede notar entonces que existe en los enunciados de este modelo una enorme defensa de la igualdad como valor supremo, pues la consideración de que la vida de las PSD es valiosa, implica entender al individuo como miembro activo de la sociedad, que aporta en igual medida que los demás y por tanto debe reconocerse su capacidad integral como persona en términos jurídicos. Además, el fortalecimiento de dicha capacidad permite exaltar como otro valor supremo a la autodeterminación y libertad de los sujetos con diversidades funcionales, pues se hace evidente la necesidad de reconocer a las PSD el derecho a determinar su propia vida y poder elegir libremente entre las múltiples posibilidades que deben ser presentadas en términos igualitarios.

Así, como lo expresa Maldonado (2013) y a modo de consecuencia del entendimiento de la discapacidad presentado anteriormente:

Los derechos humanos de la población con discapacidad, en la moderna concepción, deben estar dirigidos a equilibrar el acceso al ejercicio pleno de sus derechos y oportunidades en una sociedad dentro de la cual puedan desarrollar libremente y con dignidad sus propios planes y proyectos de vida. (p. 1094)

Hasta el momento, se han identificado como fundamentos teóricos de la CIDPD y la Ley 1996 de 2019 al modelo de tratamiento de la discapacidad mencionado. Se puede afirmar que los avances en materia de rehabilitación del individuo fecundaron el terreno para la llegada de la plena integración de las PSD en la sociedad. Aunque evidentemente el modelo rehabilitador se queda corto en la consecución efectiva de los derechos fundamentales para esta población, no se puede negar su contribución al concebir a la persona con discapacidad como un sujeto de especial protección, centrando así el foco en la responsabilidad del Estado para con las PSD.

El modelo social es el resultado de varios factores que influyeron en su construcción, dentro de estos, hemos podido traer a colación a diferentes declaraciones y actuaciones políticas de la Organización de Naciones Unidas que responden a una problemática internacional y a un llamado de las mismas PSD que clamaban por su reconocimiento y participación activa dentro de la sociedad.

A su vez, la CIDPD y las regulaciones internas, como la Ley 1996 de 2019, se inspiran para la concreción de sus preceptos normativos en los postulados del modelo social y de esta forma, materializan la aceptación de un modelo que es el resultado de grandes luchas a nivel internacional, encabezadas predominantemente por “El Movimiento de Vida Independiente” que se expandió a grandes pasos en las décadas de los 60 y 70 por el continente americano y europeo principalmente (Velarde, 2012).

Es clara la importancia de este cambio normativo, político e internacional, las características de este modelo permiten afirmarlo como una revolución en el tratamiento de la discapacidad y definirlo como una teoría predominante a nivel internacional que ha servido para inspirar un cambio de paradigma en diferentes ordenamientos jurídicos.

Así, la doctrina a nivel internacional ha reconocido la importancia de este cambio y se han creado reflexiones políticas, sociológicas y jurídicas que permiten hoy en día definir la discapacidad desde una teoría y conceptos concretos; sobre este punto, cabe destacar la labor de la doctora Agustina Palacios, quien ha dedicado su carrera a fortalecer la igualdad y no discriminación hacia las PSD, no solo desde el ámbito académico sino también a nivel político internacional, como miembro de la Subcomisión Española de Expertos sobre la CIDPD.

De igual forma, se debe destacar al doctor Bariffi, quien con la construcción del Régimen Jurídico Internacional de la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad (2014), obtuvo el Premio Extraordinario de Doctorado de la Universidad Carlos III de Madrid, en el programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Por último, pero no menos importante, se rescata la labor del doctor Luis Cayo Pérez Bueno que con sus construcciones académicas<sup>4</sup> ha impulsado la

---

<sup>4</sup> Como lo son: Pérez Bueno, L. (2004). *El desmantelamiento de la discapacidad y otros escritos vacilantes*. Barcelona: El Cobre; y Pérez Bueno, L. (2010). *Discapacidad, Derecho y Políticas de Inclusión*. Madrid: Grupo Editorial Cinca S. A.

inclusión y protección de los derechos de las PSD y procura el fomento del modelo social en la comunidad española como presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI).

Todo el recorrido histórico que ha tenido la lucha mencionada y el esfuerzo académico, político y normativo de los diferentes movimientos, organizaciones internacionales y doctrinantes, se puede finalizar con la afirmación actual del concepto bajo el *enfoque de derechos humanos*, entendiendo éste como el abandono de la discriminación por el respeto de la diferencia, logrando por fin acoger la idea de que no existe aquello denominado “normal” o “anormal”, sino una serie de diversidades funcionales que se integran en una diferencia positiva y valiosa para la sociedad.

A modo de conclusión de este apartado, se puede afirmar que las creaciones normativas originadas dentro del paradigma actual de discapacidad se basan en unos principios generales (a modo de valores supremos) que sustentan los derechos humanos en el contexto del modelo social. Tales creaciones se enfocan en regular la capacidad jurídica de las PSD y el desarrollo integral de sus vidas como miembros de la sociedad. Dichos principios se pueden enunciar, de manera general, en tres supuestos básicos: la *dignidad humana*, la *libertad* y la *igualdad*. A continuación, se abordarán tales principios para lograr entender por qué se constituyen en los pilares de la CIDPD y de la Ley 1996 de 2019.

### **3. Principios que Inspiran el Nuevo Régimen a Nivel Nacional e Internacional**

Más allá de identificar los principios rectores de la normatividad mencionada, en este apartado pretendemos establecer cuál es el concepto usado para la caracterización de dichos principios en el panorama del modelo social. De este modo, se logrará aterrizar la interpretación adecuada de las cláusulas y preceptos que trae consigo la CIDPD y la Ley 1996 de 2019.

También es necesario establecer, de manera preliminar, que el modelo social se construye principalmente a partir de las bases de la Teoría de los Derechos Humanos, es decir, recoge los valores en que se sustenta (*dignidad, libertad e igualdad*) para poder caracterizar a la discapacidad desde un enfoque de derechos. De allí nacen esos *valores supremos* por medio de los cuales se empieza a regular la discapacidad, pasando así de legislaciones enfocadas en servicios asistenciales y seguridad social a leyes de derechos humanos.

En esta misma línea, los derechos humanos son entendidos como el punto de partida desde el que el modelo social se aproxima al concepto de discapacidad y, para este modelo, resulta beneficioso que sea de tal forma ya que dichos derechos son la expresión de la moralidad de una sociedad determinada, permitiéndose así justificar y legitimar su aplicación en las regulaciones sobre discapacidad (De Asís, 2004).

Ahora sí, bajo este entendido, entraremos a abordar los principios mencionados con mayor detenimiento. Pero se debe advertir que lo que se pretende en este apartado no es realizar un estudio exhaustivo del discurso de derechos humanos, ya que no corresponde tal labor con los propósitos concretos de esta investigación, sino generar algunas reflexiones en torno a estos que permitirán más adelante el desarrollo argumentativo de este trabajo de grado.

### **3.1. La Dignidad Humana**

La dignidad humana es la piedra angular en la que se sustentan los derechos humanos. Bajo la filosofía kantiana (Kant, 1921), el ser humano es un fin en sí mismo y no un medio, lo que significa que el valor de este no está determinado de forma utilitaria, sino simplemente por su calidad de persona. Este es el concepto de dignidad humana que adopta el modelo social y defiende así su reconocimiento para las PSD (Bariffi, 2014).

Ahora bien, existen definiciones y construcciones teóricas que interpretan a la dignidad humana de diversas maneras. Por ejemplo, en la concepción clásica de dignidad humana, esta se plantea en los términos literales del artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,<sup>5</sup> caracterizando al individuo receptor de los derechos humanos como un ser con capacidad de razonamiento, de comunicación y de sentir (De Asís, 2004).

La dignidad humana entendida en los términos anteriores choca con los postulados del modelo social, abriéndose la posibilidad de discusión sobre el verdadero alcance de esta para las PSD. Pero, una idea de dignidad más actual entiende que el artículo primero mencionado debe “suavizarse”, así como lo expresa De Asís (2004), en el sentido de que:

---

<sup>5</sup> “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” (Declaración universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 1).

Si bien es cierto que el discurso de los derechos y el mismo discurso sobre la dignidad humana parten de ese modelo como modelo estándar (...), ese modelo no agota (no debe agotar) la idea de individuo ni la del agente moral, dado que esos tres rasgos son graduales, relativos y abstractos. (p. 66)

La reflexión que surge a partir de la cita anterior permite afirmar que en la actualidad no es viable la identificación de las PSD como sujetos sobre los cuales no puede recaer el discurso de los derechos humanos, pues la noción de “persona capaz” en la actualidad es sumamente discutida y debe adaptarse al nuevo panorama social de discapacidad.

Sobre este punto, De Asís (2004) afirma que debe reflexionarse sobre tres asuntos concretos, esto es, “la diferencia en las capacidades”, “la potencialidad de las capacidades” y “la dignidad en las posibilidades”. Básicamente, el autor plantea que la diferencia con la que suele caracterizarse a las PSD es el resultado de una construcción social y que la capacidad característica de aquellos individuos sin discapacidad puede ser el resultado del acceso a diferentes herramientas que, por el contrario, no están al alcance de las PSD.

Por lo anterior, el modelo social sostiene que no puede determinarse la dignidad de una persona en términos de unas capacidades concretas que son relativas, sino mejor, entender que las PSD tienen de igual forma ciertas capacidades que son el resultado individual de su relación con el entorno y de las deficiencias de la sociedad para la integración plena de dicha población (Maldonado, 2013).

Es necesario aclarar, así como establece Palacios y Bariffi (2008) y como se mencionó al inicio de este apartado, que:

El valor del ser humano en sí mismo se encuentra desvinculado y es independiente de cualquier consideración de utilidad social. Es decir, las personas con discapacidad no son igualmente dignas por su capacidad de aporte a la sociedad —medio— sino que son igualmente dignas por su esencia, por ser un fin en sí mismas. (p. 77)

Esto, permite traer nuevamente a colación el postulado kantiano sobre la esencialidad del ser humano como un fin en sí mismo y no un medio. Es importante identificar a este postulado como el eje rector del cual parte la dignidad en el modelo social y el fundamento utilizado para defenderse en la discusión planteada anteriormente.

La concepción más actual sobre la dignidad humana, así como el modelo social, también responde a una evolución en su entendimiento que se construye a partir de la mentalidad social del momento. Así, en la antigua Grecia se apelaba al factor de la *inteligencia* como medio de justificación de la dignidad humana; en la Edad Media, el factor era *Dios*, entendido desde su valor superior a la humanidad misma y en la modernidad, se pasa entonces a supeditar la dignidad a las características propias de la *razón* (Bariffi, 2014).

En este sentido, surge la discusión que se expuso anteriormente sobre la dignidad entendida en el terreno de la discapacidad. El criterio de la razón humana dificulta la inclusión de las PSD como sujetos receptores de la dignidad humana, es por esto que el concepto actual se enfoca en la diversidad funcional como característica positiva de un grupo de personas que, como ya expresé, tienen capacidades determinadas para aportar a la sociedad. Este pensamiento deviene también del criterio inclusivo de la diferencia, en donde ésta se entiende desde una valoración positiva.

Allí radica uno de los avances más rescatables del modelo social, esto es, lograr incluir a las PSD bajo el criterio funcional de dignidad humana, conquistando así, un reconocimiento histórico en materia de derechos fundamentales para la población con discapacidad.

### **3.2. La Libertad**

En el modelo social, este principio es entendido desde la idea de la *libertad moral*, esto es, la situación individual en donde una persona plantea de manera utópica su realización, proyección y satisfacción y bajo ese entendido, todas las personas deben estar en la situación fáctica de poder alcanzar esa libertad moral (Palacios, 2008).

De esta forma, la finalidad de los Estados es permitir tal consecución a partir de normas que sean el instrumento de los sujetos para el alcance de dicha libertad. Así, la *autonomía y/o autodeterminación* de los individuos se desprende de la idea de libertad como un mecanismo para la configuración efectiva de normatividad a favor de una vida independiente para todos los miembros de la sociedad.

El concepto de autonomía en el modelo social se aborda desde una aproximación amplia, abandonando las concepciones más restrictivas y permitiendo excluir términos como la

“incompetencia” como impedimento para el ejercicio de la libertad moral. Este tratamiento de la autonomía individual pretende armonizar la protección efectiva de los derechos con la idea misma de libertad en sentido amplio y siendo consciente de las dificultades que ello acarrea (específicamente para la población con discapacidad intelectual), Palacios (2008) plantea que:

En lo que concierne a las personas con discapacidades intelectuales o psicosociales, es evidente que en muchos casos la autonomía puede encontrarse limitada, pero es en esos casos precisamente donde debe resaltarse el rol del Derecho en cuanto a la garantía de desarrollo pleno del grado de autonomía existente, por mínima que sea. (p. 166)

El artículo 19 de la CIDPD preceptúa el derecho de las PSD a vivir de manera independiente y ser incluidas en la sociedad. Establece en su numeral primero la obligación para los Estados de garantizar que:

Las personas con discapacidad tengan la *oportunidad de elegir* su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y *no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico* (resaltado fuera de texto).

De lo anterior, se desprende la configuración efectiva del derecho a la autodeterminación de las PSD para todas las esferas del desarrollo de su vida; pudiendo así elegir libremente entre las opciones que la sociedad debe presentar en igualdad de condiciones para todos sus miembros. Se pueden identificar entonces dos características principales de este postulado: en primer lugar, el ejercicio de la decisión autónoma se garantiza en cabeza del titular de la vida y, en segundo lugar, la sociedad debe respetar la *voluntad* del individuo en cuestión, garantizando además la activación de todas las herramientas necesarias para la concreción de sus decisiones de vida.

Por lo anterior, dentro del componente de la dignidad en la discapacidad se puede hallar a la libertad (y a la autodeterminación como herramienta de concreción de ésta) como ese espacio de la vida humana que debe estar plasmado jurídicamente sin impedimentos para la *acción voluntaria* de la persona (Palacios y Bariffi, 2007).

Como se puede notar, la *voluntad* es un elemento interno que sobresale en las disposiciones sobre autodeterminación en la CIDPD y en general en el modelo social. Dicho concepto debe ser abordado de manera específica para lograr comprender a qué se refieren las disposiciones cuando

hablan de voluntad y cómo debe interpretarse a la luz del enfoque actual de derechos humanos. Este será un análisis que se profundizará en el cuarto capítulo de esta investigación.

También se puede evidenciar que las características propias de la libertad en el escenario de la dignidad que sostiene el modelo social plantean la necesidad de otorgarles a las PSD los mecanismos y/o herramientas sociales, jurídicas, políticas y culturales para que desarrollen plenamente su autodeterminación en igualdad de condiciones que los demás miembros de la sociedad. Allí, radica la importancia de abordar la *igualdad* como otro principio fundamental en las construcciones normativas sobre discapacidad.

### 3.3. La Igualdad

Como ya se ha mencionado, uno de los postulados claves para entender el modelo social es que todas las personas son esencialmente iguales con respecto a su valor como miembros de una sociedad. De esta forma la CIDPD acoge esa idea entendiendo que la configuración de la igualdad requiere medidas activas y no una simple fórmula de trato no discriminatorio.

Frente a este punto, Maldonado (2013) habla de la igualdad de oportunidades como un concepto que debe incluirse en el discurso social de discapacidad, y manifiesta que éste:

Se interpreta actualmente no en el sentido formal que tuvo en un principio —al modo como lo entendía el liberalismo clásico—, donde se pretendía que tan sólo eliminando barreras y estableciendo una igualdad de derechos se obtendrían posiciones laborales o sociales a través del mérito personal, es decir, se trataba de un modelo de libertades formales. Por el contrario, la igualdad de oportunidades en sus alcances actuales implica ser efectiva, no únicamente formal, y para que sea efectiva necesita no sólo el igual acceso a las posiciones, sino también igualdad en los resultados. (p. 1102)

La falta de un acceso real, por parte de las PSD, a las oportunidades que la sociedad ofrece fue lo que incitó la creación de una regulación de la igualdad entendida desde su aspecto material, esto es, como un punto de llegada y no solo como una vía. Por esto, hay quienes identifican el principio de igualdad en este modelo como el *principio de accesibilidad*,<sup>6</sup> ya que el término permite una

---

<sup>6</sup> Véase Velarde (2012). Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico.

mejor identificación con la efectiva consecución de herramientas y oportunidades para las PSD en igualdad de condiciones.

Así, la CIDPD habla de un principio de *accesibilidad universal*, en sus artículos 3 y 9, recogen su importancia como condición ineludible para el ejercicio activo de los derechos, la consecución de la igual dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad. Además, se dispone en el artículo 4 de dicho instrumento internacional, el carácter obligatorio de la igualdad, pues plantea que los Estados “se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivo de discapacidad”.

Se concreta así la igualdad como un derecho para las PSD, específicamente el artículo 5 de la CIDPD recoge éste a partir de cuatro supuestos: el reconocimiento como personas iguales ante la ley, la prohibición de cualquier forma de discriminación por motivo de discapacidad y la obligación de tomar medidas pertinentes para realizar los ajustes razonables con el fin de promover la igualdad (Bariffi, 2014).

Así, se concibe un tratamiento de la igualdad de manera transversal en toda la convención, no se prescribe una prohibición general de la discriminación, sino que por el contrario se particulariza la discriminación en diferentes artículos. Tal configuración del principio de igualdad en la CIDPD permite afirmar que éste debe interpretarse desde su finalidad de materialización efectiva y no desde la mera plasmación formal en los dispositivos normativos.

Como conclusión sobre este análisis de los principios que inspiran y rigen a modo de médula de la CIDPD y la Ley 19996 de 2019, se puede establecer que el protagonismo de éstos es necesario para desarrollar las ideas del modelo social. El entendimiento de los principios analizados, tal como se desarrolló con anterioridad, permiten la continuidad de la lucha por los derechos y reconocimiento de las PSD y dan cabida en la discusión internacional a una defensa jurídica de los postulados de dicho modelo. Esto es relevante a la hora de realizar una crítica objetiva hacia sus postulados, pues permite partir del verdadero sentido de la discapacidad desde el enfoque social y lograr apreciar verdaderamente sus pros y sus contras.

Teniendo una base clara para entender el sentido de las regulaciones jurídicas en torno al tema, en el siguiente apartado se traerá a colación algunas de las vivencias de ordenamientos jurídicos

para visualizar mejor el panorama actual de la introducción de la CIDPD y del modelo social. Esto, con la pretensión de identificar algunos puntos que llaman la atención frente el ejercicio práctico de las obligaciones contraídas por los Estados con la ratificación de la CIDPD.

#### **4. Experiencia Internacional con la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y con el Modelo Social de Tratamiento de la Discapacidad.**

En este capítulo se ha mencionado que la lucha del movimiento social de discapacidad por el reconocimiento pleno de la autodeterminación de las PSD es constante y continua en crecimiento. Sin embargo, es necesario señalar cómo distintos países, como Egipto, Siria, Australia, Canadá, Noruega, Venezuela, Chile y México, han realizado diversas reservas y declaraciones interpretativas a los postulados de la CIDPD, las cuales se dirigen, en sentido general, a limitar el postulado de la capacidad jurídica plena para las PSD en igualdad de condiciones que las personas sin discapacidad (Bariffi, 2014).

Tales reservas consisten en la creación de la posibilidad para los ordenamientos jurídicos internos de alejarse en cierto grado de las disposiciones del artículo 12 de la Convención mencionada<sup>7</sup> y permitir la aplicación de la normatividad nacional o de medidas proteccionistas en aquellos casos donde resulte más beneficioso, digno y una mayor protección hacia la integridad física, psicológica y/o patrimonial del sujeto en cuestión (aunque esto a veces se traduzca en la sustitución en la toma de decisiones) y, en otros casos pero bajo la misma línea argumentativa, consiste en el mantenimiento de la postura según la cual la capacidad jurídica para las PSD debe entenderse en algunos eventos como la capacidad de goce de derechos pero no como la capacidad de obrar.<sup>8</sup> En las mencionadas reservas se señala que esta última se debería restringir en ciertas ocasiones donde su reconocimiento resultaría en una desprotección a la integridad del sujeto. Esto acarrea para el modelo social una degeneración de sus fundamentos teóricos y filosóficos, pues como se ha detallado en el trascurso de este capítulo la esencia de este modelo radica en el

---

<sup>7</sup> Párrafo segundo: “*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*”.

<sup>8</sup> En el primer evento se encuentran las reservas realizadas por Australia, Canadá, Noruega, Venezuela y México; en el segundo caso están Egipto, Siria y Chile, aclarando que este último se refiere es a la diferencia entre “*capacidad de derecho*” y “*capacidad de ejercicio*”. Debe aclararse igualmente que México eliminó tal reserva al ratificar el instrumento.

reconocimiento absoluto de una libertad, dignidad e igualdad en los términos que se expuso anteriormente.

Es por lo anterior que se puede afirmar que la lucha del modelo social es actual y continúa en desarrollo. Por esto, vale la pena analizar algunas de estas experiencias, partiendo desde el cambio que ha significado la introducción de la CIDPD y cuáles son algunas problemáticas que se han presentado bajo dicho escenario para finalizar señalando, como ya se estableció anteriormente, algunos puntos que llaman la atención de estas vivencias.

En este sentido, podemos destacar el caso de México, que fue uno de los principales promotores de una convención a favor de la dignidad, igualdad y autodeterminación de las PSD. No obstante, el reconocimiento del derecho a una capacidad jurídica en igualdad de condiciones para las PSD en este país no fue inmediato, pues solo hasta la segunda sesión del “Comité Especial Encargado de Preparar una Convención Internacional Amplia e Integral para Proteger y Promover los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad”, se incluyó en el proyecto de México una mención a tal derecho (González, 2010).

Al respecto, González (2010) plantea que el texto presentado al Comité Especial refleja dudas del grupo de trabajo hacia la plena capacidad jurídica de las PSD, argumenta que “en la nota a pie de página número 33 se habla de que el Comité desee considerar el método más adecuado para proteger a las personas con discapacidad que *no pueden ejercer su capacidad jurídica*” (p. 57)<sup>9</sup> (cursiva fuera de texto). Lo anterior, nos permite afirmar que se reconoce en los trabajos de elaboración de la Convención una imposibilidad práctica de asociar a todas las personas con discapacidad bajo una presunción absoluta de capacidad jurídica.

Cabe mencionar en este punto que, aunque se encuentre tal dificultad en el proceso creador de la CIDPD por parte de México, este fue uno de los Estados Miembro más defensores de los postulados del modelo social. Pues, como se verá a continuación, existe un mayor distanciamiento de dichos postulados por parte de otros Estados.

Por su parte, Canadá propuso una redacción en los proyectos presentados que incluía la posibilidad para los Estados de establecer legalmente la *carencia de capacidad legal* de una

---

<sup>9</sup> Véase: “Informe del Tercer Periodo de Sesiones del Comité Especial Encargado de Preparar una Convención Internacional Amplia e Integral para Proteger y Promover los Derechos y la Dignidad de las Personas con Discapacidad”, Documento de Naciones Unidas A/AC.265/2004/5.

persona adulta con discapacidad<sup>10</sup>. Por supuesto, dicha propuesta fue muy criticada en términos generales porque desnaturaliza la intención principal de crear una convención a favor de las personas con discapacidad, bajo el entendido de la primacía de la dignidad, libertad e igualdad en el modelo social.

Al respecto, países que apoyaban a Canadá, como Costa Rica, manifestaron que no se trataba de una exclusión como persona igual ante la ley ni la negación de la materialización de sus derechos, de la igualdad de oportunidades y de la accesibilidad social, pues sostuvieron que algunas personas no pueden ejercer su capacidad, aunque sea por medio de una asistencia y que frente a esa realidad existe el riesgo de que sufran abusos.<sup>11</sup>

En el escenario de dichas críticas, surgió la preocupación por parte de los defensores del modelo social de que la figura de asistencia se tornara de nuevo en un modelo de sustitución de la voluntad de las PSD. Por esto, presentaron la necesidad de que quedara plasmado en la Convención que la asistencia en la toma de decisiones no es una figura impositiva y que existiendo tal asistencia debía igualmente respetarse las preferencias y voluntad de la persona con discapacidad.

En México, en el año 2013, ya ratificada la CIDPD, se adelantó un caso ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos (SCJN), conocido como el “*Caso Ricardo Adair*”, en el que se criticó la desvirtualización de los presupuestos del modelo social que se evidenció en el caso mencionado. Ricardo Adair fue declarado legalmente incapaz bajo las disposiciones del artículo 450 del Código Civil Mexicano y del artículo 904 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Más adelante, el señor Adair demandó la sentencia por medio de la cual había sido declarado incapaz, alegando que ésta contrariaba las obligaciones contraídas con la ratificación de la CIDPD. El proceso llegó ante la SCJN por recurso de revisión, en donde se estableció que la interdicción podía ser reinterpretada en el marco del modelo social, entendiéndola como un ajuste razonable para el pleno ejercicio de los derechos del individuo con discapacidad.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> IDEM

<sup>11</sup> Organización de las Naciones Unidas, “Comments, proposals and amendments submitted electronically, Third Session of the Ad Hoc Committee”, en United Nations Enable.

<sup>12</sup> Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación de los Estados Unidos Mexicanos del 16 de octubre del 2013. *Caso Ricardo Adair*, pp. 42-46.

En su análisis, la SCJN (2013) sostuvo que:

Aquellas instituciones jurídicas que tengan como finalidad limitar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, deberán tomar como punto de partida el tipo de diversidad funcional del caso en concreto, pues de lo contrario, pretender el establecimiento del mismo tipo de limitación a personas con discapacidades sumamente diversas, se traduciría en un incumplimiento del principio del modelo social de discapacidad. (pp. 51-52)

Sobre este punto, llama la atención cómo la Corte Mexicana hace un llamado explícito a entender y regular la discapacidad teniendo como punto de partida su característica principal, esto es, la diversidad dentro de las clases de discapacidad y el cumplimiento del principio de diversidad funcional que el mismo modelo social estable como prioritario.

Vale la pena traer a colación, además, el escenario jurídico actual de las personas con discapacidad que vive la República Argentina, que sugiere ciertos avances en la introducción de la CIDPD y llama la atención en algunos puntos.

En el año 2015 entra en vigencia en Argentina el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual contiene diferentes cambios en materia de capacidad jurídica como resultado de la adaptación necesaria a la luz de la ratificación de la CIDPD. Entre dichos cambios, se pueden rescatar para este análisis los siguientes tres: la presunción de capacidad jurídica para todas las personas con discapacidad, el principio de la multidisciplinariedad para cualquier intervención sobre la capacidad jurídica y la excepción al sistema de apoyos en la toma de decisiones en el evento que la persona se encuentre totalmente imposibilitada para interactuar y expresar su voluntad.<sup>13</sup>

Se puede afirmar de manera preliminar que el Código Argentino toma las figuras de los apoyos y la asistencia como bases para regular la discapacidad. Esto sugiere un gran avance con respecto a las anteriores regulaciones enfocadas en el modelo rehabilitador y plantea la necesidad de entender a la discapacidad no sólo desde el campo médico-científico sino también desde otras áreas que permitan una mayor protección de los derechos de esta población.

---

<sup>13</sup> Ley 26994 del Honorable Congreso de la Nación Argentina, artículos 24, 31 y 32 respectivamente.

Sobre este último punto, debe apreciarse que Argentina ha realizado un análisis de la discapacidad que refleja una comprensión holística del concepto, pues entiende que no deben crearse disposiciones normativas desde un solo enfoque disciplinario, sino que, por el contrario, para la consecución efectiva de los derechos de la PSD debe establecerse un diálogo compartido entre las diferentes disciplinas que pueden aportar de manera teórica y objetiva al tema. Esto, permite afirmar que no puede intervenir en la capacidad jurídica de las PSD sólo a través de desarrollos jurídicos, pues se deben tener en cuenta apreciaciones de otras disciplinas como la filosofía, bioética, medicina y psicología.

Es importante agregar que, en los eventos de una imposibilidad absoluta para expresar la voluntad, el ordenamiento argentino optó por considerar ineficaz al sistema de apoyos en la toma de decisiones y permitir la declaración judicial de incapacidad. Lo anterior, refleja un grado de continuidad del sistema de sustitución en las decisiones en los denominados “casos límite”, que implican una discapacidad mental más profunda o severa.

Es claro el distanciamiento existente en el punto anterior con respecto a los postulados del modelo social y las disposiciones de la CIDPD y por ende ha sido objeto de fuertes críticas por parte de sus defensores. Pero, lo que más llama la atención es ¿por qué diferentes países a pesar de reconocer la importancia de un avance en materia de discapacidad han insistido en delimitar la capacidad jurídica y preferir un concepto no absoluto, con cabida a excepciones, de autonomía, dignidad e igualdad?

El Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha instado al Estado Mexicano (Naciones Unidas, 2014), a no regular la discapacidad a través de figuras que sostengan el sistema de sustitución en la toma de decisiones y que vulneren los derechos de las PSD por medio de la interdicción o cualquier otra forma de discriminación (Núñez A. , 2017).

Esto evidencia la discusión actual que se presenta ya no sobre la creación de un instrumento internacional de alcance normativo en pro de los derechos de las PSD, sino sobre la introducción en los ordenamientos de un nuevo régimen y modelo base para la discapacidad. La aplicación en la práctica del modelo social está generando grandes dificultades y problemáticas de alcance político y jurídico, pues la mayoría de los Estados no han logrado asumir un concepto de capacidad jurídica absoluto para esta población.

Como se puede notar, el panorama en los ordenamientos internos está caracterizado por una doble perspectiva del verdadero alcance y viabilidad de las disposiciones de la CIDPD. Existe una dicotomía en las interpretaciones del modelo social, pues se puede evidenciar que, a diferencia de la Organización de Naciones Unidas, los Estados mencionados no consideran que los principios del modelo social puedan ser aplicados en la práctica tal y como se exponen en teoría.

Es por todo lo anterior, que se entrará a analizar el modelo social desde esa otra perspectiva, esto es, desde algunas críticas que se han planteado a la Convención y al mismo modelo. Esto, con la finalidad de entender por qué surge la pregunta expuesta anteriormente y si es necesario repensar o complementar el concepto de discapacidad a partir de dichos dilemas prácticos.

## Capítulo II

### **Posiciones Dogmáticas que Encuentran Dificultades y Deficiencias en el Modelo Social de Tratamiento de la Discapacidad**

El modelo social de discapacidad, como se dejó claro en el capítulo anterior, ha generado polémica a nivel internacional. Su aplicación en los ordenamientos jurídicos internos ha resultado en ciertas dificultades prácticas que han conducido las decisiones normativas hacia un distanciamiento de los principios rectores en que se basa dicho modelo y la CIDPD.

Es por lo anterior que los porqués de dichas dificultades han sido la motivación para construir una dogmática jurídica que encuentra tales respuestas en lo que denominan “deficiencias del modelo social”. De este modo, en este capítulo se abordarán tres posiciones críticas, que son las que encontramos más destacables dentro de la investigación realizada para este capítulo.

Así, en un primer momento, se expondrá la crítica hacia la concepción absolutista de los derechos que caracteriza al modelo social, a la CIDPD y a la Ley 1996 de 2019, para lograr entender cómo ese carácter absoluto de los derechos no permite su limitación en eventos donde es necesaria la aplicación de una discriminación positiva.

En segundo lugar, se analizará la crítica con respecto a la generalización del concepto de discapacidad que usa el modelo social para la definición de ésta. En este punto, se pretende mostrar la importancia de no dejar de lado a la diversidad dentro de los tipos de discapacidad a la hora de regular la materia, esto, con la finalidad de evitar al máximo la ineffectividad en la consecución de derechos para esta población.

Por último, a manera de conclusión, se aterrizará en la necesidad de un estudio interdisciplinario para la conceptualización de la discapacidad, así como para su regulación jurídica. Allí, se pretende mostrar la importancia de los aportes de distintas disciplinas como la bioética, la psicología y la medicina para el repensar o la complementación del modelo social de tratamiento de la discapacidad.

## 1. ¿Existen Derechos Fundamentales Absolutos?

En el desarrollo del capítulo anterior se pudieron establecer las características principales que constituyen el eje rector del modelo social, de la CIDPD y de la Ley 1996 de 2019. Tras un análisis riguroso del modelo social, se puede notar que existe una dependencia funcional entre los conceptos de dignidad, libertad e igualdad, en el sentido de que todos ellos coexisten en torno a la fundamentación de la primacía de la autodeterminación de los individuos, que es a su vez, para dicho modelo, el factor determinante de la garantía de los tres conceptos mencionados.

En este capítulo veremos que la CIDPD y la Ley 1996 de 2019, que desarrollan el concepto de discapacidad a partir del modelo social, se caracterizan por tener una concepción absoluta de los derechos fundamentales, pues no establece ninguna posibilidad para su limitación, por el contrario, plantean que la limitación de dichos derechos (y por ende el de la capacidad jurídica) conlleva necesariamente a una vulneración de la dignidad humana.

El anterior planteamiento se puede evidenciar con la interpretación realizada a la CIDPD por el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Observación General del año 2014, de allí se desprende que la limitación o negación de la capacidad jurídica de las PSD (como mecanismo para la garantía efectiva de la autodeterminación de éstas), es una violación inmediata al derecho a la dignidad humana.

A continuación, se traen a colación algunas citas puntuales de dicha Observación Naciones Unidas (2014) para aterrizar mejor la idea expuesta:

“No hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho” (p. 2).

El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe defenderse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. (p. 3)

“El hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia (incluidas las deficiencias físicas o sensoriales) no debe ser nunca motivo para negarle la capacidad jurídica ni ninguno de los derechos establecidos en el artículo 12” (p. 3).

“En todo momento, incluso durante situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones” (p. 5).

Todas las formas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica (incluidas las formas de apoyo más intenso) deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo. (p. 7)

También cabe mencionar la referencia que realiza la autora Palacios (2008) sobre la capacidad jurídica, al desarrollar el análisis de la CIDPD y del modelo social, donde plantea que “la capacidad jurídica (es) condición *sine quanon* a los efectos del goce y ejercicio de todos los derechos, en igualdad de oportunidades” (paréntesis nuestro) (p. 419).

Ya planteado el carácter absoluto de los derechos en el modelo social, específicamente en la CIDPD, es importante entonces entrar a resolver las siguientes preguntas: ¿Por qué dicho carácter ha sido objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina a nivel internacional? y ¿por qué tal carácter se constituye como una “deficiencia del modelo social”? Para resolver esta cuestión, se abordarán a continuación diferentes aportes académicos que permiten desarrollar el argumento.

Alemany (2018) plantea que la dignidad entendida en el modelo social supedita la existencia de ésta al respeto *irrestringido* de la libertad y autodeterminación del individuo, configurándola así como un derecho fundamental de carácter absoluto. Sobre este punto, el autor expone que:

Esta noción de dignidad contrasta con la tradición liberal que parte de Locke y que la explica a partir de la noción de propiedad: mientras que ser persona implica en la tradición kantiana también obligaciones y límites para el propio individuo, en la tradición liberal ser persona implica fundamentalmente obligaciones y límites para los otros. La dignidad entendida de este último modo se confunde con la noción de autonomía. (p. 218)

Por su parte, Atienza (2016) manifiesta que la forma en que la CIDPD trata al concepto de dignidad deja ver que sus disposiciones pueden acarrear un tratamiento liberal o neoliberal, pues se privilegia a toda costa la autodeterminación y libertad de los individuos sobre cualquier otro derecho de naturaleza fundamental. Lo anterior no quiere decir que el modelo social en sí mismo sea neoliberal, pues sus intenciones y/o su finalidad se logran asociar mejor con los postulados de un Estado Social de Derecho (en adelante, ESD), pero algunas de sus definiciones, en especial con

respecto a los principios en que se sustenta, se centran en ese respeto irrestricto de la autonomía individual.

Existe pues, según Atienza (2016), una identificación que hace la CIDPD entre la dignidad y la protección irrestricta de la autodeterminación de los individuos, pues cualquier limitación a ésta última se reprocha usando como argumento principal el irrespeto que ello acarrea hacia la dignidad humana. En palabras del autor, dicha identificación no es consistente porque:

Si por autonomía se entiende la libertad de la que debe gozar cada individuo (...) para tomar decisiones sobre su vida y sobre sus bienes; uno podría tomar, digamos, la decisión de vivir una vida indigna. Y menos aún lo es si en ese respeto a las preferencias individuales de cada cual (el correlato del principio de autonomía) incluimos también la de los individuos que no tienen (por las razones que sean) la capacidad de entender y de querer, o que tienen esas capacidades mermadas. Por eso, la afirmación (...) de que privar a alguien de la capacidad de obrar (poner un límite a su autonomía así entendida) significa atentar contra su dignidad es equivocada (...). La tendencia a legislar mal no es algo exclusivo de los parlamentos estatales. (p. 264)

Esa posibilidad, que plantea Atienza (2016), de elegir una vida indigna permite desacreditar la justificación del carácter absoluto del derecho a la libertad por el hecho de que su limitación va en contra de la dignidad humana; pues resulta en una falacia argumentar ese respeto irrestricto con una protección hacia la dignidad que en últimas no se estaría garantizando.

Así pues, hasta el momento, tenemos que el carácter absoluto del derecho a la libertad y autodeterminación de las PSD carece de fundamento cuando se pretende argumentar a partir del respeto por la dignidad humana. Primero porque bajo la noción Kantiana de dignidad (que es asumida por el mismo modelo social) no se puede conectar tal concepto con el de la autodeterminación y, segundo, porque al relacionarse de manera que la dignidad dependa de la autodeterminación sin límites se cae en una trampa que, si bien puede ser persuasiva, no alcanza a tener las características de un argumento jurídico convincente.

## 1.1. La Especial Situación de Vulnerabilidad en la que se Encuentran las Personas con Discapacidad Mental

Más allá de los anteriores argumentos, que nos permitimos denominar como técnicos o teóricos, el problema central que se puede deducir con lo anterior es que las personas con discapacidad mental o psicosocial se encuentran en una posición muy vulnerable y riesgosa al considerar como absoluto el derecho a la capacidad jurídica, a la autodeterminación y a la libertad. Sobre este punto, Lafferriere (2020) plantea que:

Existe una paradoja en reconocer que una persona tiene una disminución de su capacidad de decisión y al mismo tiempo (...) que es capaz de contribuir significativamente a las discusiones sobre la toma de decisiones, de manera que se reflejen y realicen sus propios deseos. (pp. 64-65)

Así, se puede plantear que las personas con discapacidades mentales severas son una población que requiere una atención especial con respecto a la garantía efectiva de todos sus derechos fundamentales, pues no es el hecho de tener una discapacidad lo que lleva a la necesidad de limitar su capacidad jurídica, sino el hecho de que esa discapacidad genera una disminución en sus facultades básicas necesarias para poder comprender sus actos y tomar decisiones.

Para que esa garantía efectiva de todos los derechos fundamentales de dicho grupo poblacional sea realizable en términos prácticos, es necesario entender que existe una postura mayoritaria<sup>14</sup> en el ámbito internacional que no acepta el carácter absoluto de los derechos fundamentales y, por el contrario, considera que para la convivencia armónica entre éstos es necesario limitar su ejercicio en algunos casos donde éstos chocan o entran en riña (como sucede especialmente con las personas con discapacidad mental), pero siempre atendiendo a requisitos que eviten la desconfiguración del núcleo esencial del derecho (Gómez, 2015).

Sobre ese carácter no absoluto de los derechos, Alexy (1993), construye una caracterización de los principios como *mandatos de optimización* que deben ser diferenciados de las reglas jurídicas, pues mientras estas últimas tienen un contenido de obligatoriedad, los primeros están llamados a ser cumplidos “*en la mayor medida de lo posible*” (pp. 86-87). Lo anterior, es la base sobre la que

---

<sup>14</sup> Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales, versión castellana de Ernesto Garzón Valdés*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

se sustenta el derecho positivo dentro en los ordenamientos internos de países como el nuestro, en donde la Corte Constitucional admite la limitación de la libertad individual, pero de manera prescrita por la Ley, respetando un fin legítimo y cumpliendo con el criterio de proporcionalidad.

Los elementos mencionados anteriormente están ampliamente reconocidos en la jurisprudencia internacional, la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 29 dispone que la libertad de los individuos puede verse limitada por la ley para poder lograr garantizar las libertades de los demás y satisfacer una exigencia justa según los intereses de una sociedad democrática. A lo anterior, se le puede agregar que dicha limitación a la libertad es aún más necesaria cuando lo que se pretende es la equiparación de las condiciones con las que cuentan las personas con discapacidad mental (en comparación con el resto de la población) para erradicar su situación de vulnerabilidad y que así puedan acceder de manera efectiva a la sociedad.

No permitir que una persona con discapacidad mental severa tenga una representación legal para el ejercicio efectivo de su capacidad jurídica, como un límite a la autodeterminación y libertad de ésta, es poner a esta población en una situación mucho más vulnerable a la que de por sí está debido a su condición. Esto, tiene implicaciones muy complicadas en torno al tema de la responsabilidad civil y penal, pues las personas con discapacidades mentales, independientemente del grado de éstas, entran bajo el modelo social (y bajo el nuevo escenario de la Ley 1992 de 2019) a ser sujetos directos de responsabilidad civil y penal al no haber alguien que responda legalmente por sus actuaciones.

La responsabilidad civil será un tema que se abordará en un próximo capítulo, pero sobre la responsabilidad penal es pertinente exponer, en palabras de Gómez (2015), que:

Aunque la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad regula el derecho a la libertad personal de manera amplia, esta posee un vacío respecto a las garantías que deben otorgarse a las personas con discapacidad mental que han cometido delito. Sin duda, la condición de vulnerabilidad que estas personas poseen y las condiciones indicadas *supra* a las que pueden ser sometidas, no desaparecen en el ámbito de un internamiento de carácter penal, por lo cual dicho vacío constituye una importante deuda de la Convención.  
(p. 241)

Ese vacío que expone la autora evidencia cómo ese carácter absoluto de los derechos termina vulnerando mucho más a las personas con discapacidad mental y deteriora la especial protección que deben tener como población en un ESD. La autora plantea que una solución a dicho vacío podría subsanarse con la aplicación en responsabilidad penal de un criterio de “capacidad de culpabilidad del individuo”, pero dicho criterio solo sería coherente si se entiende que la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental no es absoluta y que, por ende, debe limitarse para efectos de garantizar el adecuado desarrollo de la capacidad de ejercicio.

El anterior análisis necesariamente nos lleva a afirmar que algunas personas con discapacidad mental son incapaces de tomar decisiones, de autodeterminarse, de elegir un estilo de vida, etc. Esa noción de incapacidad resulta insultante bajo el modelo social de discapacidad, pues allí se defiende la idea, como se expuso anteriormente, de que no se trata de una incapacidad sino de una *diversidad funcional* que es igual de valiosa que las capacidades de una persona sin discapacidad. Estamos de acuerdo con el postulado de la diversidad funcional, pero es necesario advertir que la consideración negativa de la incapacidad solo puede significar una contradicción hacia tal postulado.

Es claro que el modelo social surge como una evolución del modelo médico o rehabilitador, pero el concepto social de discapacidad ha erradicado completamente la noción de enfermedad como factor relacionado directamente con la discapacidad, lo que acarrea la continuidad del estado de vulnerabilidad de las personas con discapacidad mental. Aunque este es un punto que se abordará en otro apartado de este capítulo, esto es, en la necesidad de un estudio interdisciplinario de la discapacidad, es importante mencionar en este momento que, como expone Atienza (2016) basado en las opiniones del filósofo latino Bunge (2009), las nuevas corrientes sociales degradan los avances médicos del mundo moderno al punto que parecen afirmar que “las enfermedades son invenciones de la profesión médica” (p. 265), volviéndose difícil la caracterización de las necesidades específicas de la discapacidad mental y, para ambos autores, esto constituye una “visión tan falsa como peligrosa” (p. 265).

La apreciación negativa de incapacidad se desprende entonces de esa desvinculación radical entre la enfermedad y la discapacidad, el modelo social desnaturaliza la condición de enfermo y por ende la situación de incapacidad. Es por lo anterior que se llega a un modelo donde los derechos fundamentales son entendidos de manera absoluta, pues se reprochan esos conceptos que son los

que permiten identificar esas situaciones límite o extremas donde no es posible aplicar una teoría absoluta de los derechos, con miras a la garantía efectiva de éstos.

La diversidad funcional implica en sí misma apreciar esa enfermedad que conlleva a una discapacidad. No se trata de retroceder en el tiempo y tratar a la discapacidad solo en función del concepto de enfermedad, se trata de entender que la eliminación de nociones biomédicas y/o científicas solo lleva a la asimilación de las enfermedades y discapacidades con un tinte negativo y hasta de reproche moral. El considerar que asociar a alguien con una enfermedad es sinónimo de insultarlo es caer de nuevo en un modelo arcaico de discapacidad, donde las PSD no eran consideradas por su calidad de personas sino solo en función de su enfermedad (Alemany, 2018).

Como conclusión preliminar, Crispancho (2019), se adhiere a la aceptación de que hay un grupo determinado de personas con discapacidad severa que no pueden manifestar su voluntad por ningún medio y que sobre éstas no es posible adoptar un modelo de apoyo en la toma de decisiones. Esto, nos lleva a la afirmación de que necesariamente se tenderá a desvirtuar el postulado de la capacidad jurídica en términos absolutos y, en la práctica, se deformará el concepto de “apoyo” al tener que asumir una representación y sustitución de las decisiones del titular de los derechos, esto, aunque para el ordenamiento jurídico el “apoyo” designado no cumpla con las características de la representación legal.<sup>15</sup>

## **1.2. La Visión Positiva del Proteccionismo Estatal Desde la Diferenciación Conceptual entre Igualdad Formal e Igualdad Material**

La renuencia a la limitación de los derechos en el modelo social, como se ha podido vislumbrar en este apartado, se debe en parte a la separación conceptual entre la discapacidad mental y la deficiencia o incapacidad para tomar decisiones. El modelo social parece obviar esa correlación y debido a esto reitera la posibilidad de un verdadero derecho a la autodeterminación absoluta. A partir del anterior planteamiento, Alemany (2018) argumenta que:

Si la razón por la que los menores pueden, o deben, ser tratados paternalistamente no es el hecho mismo de ser menores, sino que tal condición conlleva de forma general alguna

---

<sup>15</sup> Las consecuencias de esa desvinculación que realiza el ordenamiento entre el concepto de apoyo y el de representación se expondrán en un capítulo posterior.

característica que impide o dificulta la adopción de decisiones autónomas, por aplicación de la regla de justicia formal que prescribe que “se debe tratar de forma semejante a los casos semejantes y de forma diferente a los casos diferentes”, si un adulto tuviera la misma característica, entonces cabría concluir igualmente que puede, o debe, ser tratado paternalistamente. (p. 203)

De este modo, cabe resaltar que no es razonable pensar que una limitación a la autodeterminación es una discriminación para las PSD, pues el motivo de un trato diferenciado en comparación a los demás miembros de la sociedad no es en razón de la discapacidad en sí misma sino de la característica particular de cierto tipo de discapacidades que conlleva a una gran vulnerabilidad, requiriendo así especial protección al configurarse una imposibilidad o dificultad práctica de ejercer su capacidad jurídica.

Con respecto al trato discriminatorio hacia las PSD, en los términos que lo plantea la CIDPD y el modelo social, es importante citar textualmente (para su análisis) el siguiente apartado de la Observación General del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad (2014):

En la mayoría de los informes de los Estados partes que el Comité ha examinado se mezclan los conceptos de capacidad mental y capacidad jurídica, de modo que, cuando se considera que una persona tiene una aptitud deficiente para adoptar decisiones, a menudo a causa de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se le retira en consecuencia su capacidad jurídica para adoptar una decisión concreta. Esto se decide simplemente en función del diagnóstico de una deficiencia (criterio basado en la condición) o cuando la persona adopta una decisión que tiene consecuencias que se consideran negativas (criterio basado en los resultados), o cuando se considera que la aptitud de la persona para adoptar decisiones es deficiente (criterio funcional). El criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica de forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presuponemos que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano

fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley. En todos estos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio. (p. 4)

El Comité de Naciones Unidas plantea que el evaluar la capacidad racional (y/o intelectual) de una persona es inmediatamente un acto discriminatorio en contra de las PSD y que lo anterior, cuando resulta “negativo” el examen, significa negar el reconocimiento como persona igual ante la ley. Dichos planteamientos son muy precipitados, pues es importante reiterar algo que parece confundir la CIDPD, el Comité y hasta la Ley 1996 de 2019 y es que el evaluar la capacidad racional de una persona no es algo que se haga en función de la situación de discapacidad en sí misma, sino en función de esa característica particular de cierto tipo de personas (que también pueden ser adultos mayores o menores de edad sin una discapacidad como tal determinada, sino mejor, una vulnerabilidad, dificultades de razonamiento por inmadurez mental o deterioros naturales de la capacidad cognitiva) que conlleva, como ya se mencionó, a una dificultad o imposibilidad práctica de tomar decisiones (Alemany, 2018)

También el Comité afirma que existe una imposibilidad de evaluar “*con exactitud*” el funcionamiento de la mente humana, lo que es cierto. Pero, esto, permite aseverar entonces que existe un gran riesgo al intentar interpretar la voluntad de una persona con discapacidad mental, pues en últimas no se estaría garantizando el respeto por la *voluntad real* del sujeto, necesaria para poder determinar las preferencias de la persona en un modelo de apoyo en la toma de decisiones. Además, tal declaración del Comité, permite establecer que sí se puede estudiar al menos de manera “*suficiente*” el estado mental del individuo en concreto y, así, se puede concluir de forma *elemental* que existe una deficiencia y por ende es necesaria una *protección específica* para evitar que se dañe a sí misma y a otros (Alemany, 2018).

Además, es sumamente importante establecer una diferencia fundamental que rige en los ESD con respecto a la igualdad material y la igualdad formal. El autor José María Baño (1987), realiza una distinción práctica y teórica, esto es, una distinción entre los dos tipos de igualdad mencionados así:

Igualdad formal, igualdad en la eficacia general de las leyes, consideración de todos los hombres formalmente iguales ante la ley; igualdad material, referencia a la igualdad real o efectiva, igualdad superadora de las diferencias reales que existen en la sociedad. (p. 189)

Así pues, la finalidad de la CIDPD con respecto a la promoción integral de la igualdad de las PSD en las respectivas sociedades, se sigue respetando al concebirse una teoría no absoluta de los derechos. La igualdad formal no se desconoce, pues es ningún momento se niega la igualdad de las PSD como personas ante la ley; por el contrario, se refuerza. Con respecto a la igualdad material, es necesario entender aquel postulado que dice “trato igual a los iguales y desigual a los desiguales”, que garantiza una verdadera inclusión en condiciones de igualdad para las PSD por su posición de desventaja que ya se dejó clara con anterioridad.

Para reforzar el planteamiento anterior, resulta útil mencionar que, como es sabido, Colombia en la Constitución Política de 1991 se constituye como un ESD y, como su nombre lo indica, pone especial atención en lo social. Según la Sentencia T-406 de 1992 de la Corte Constitucional Colombiana, uno de los cambios que trajo consigo el modelo estatal es que el texto legal pierde cierto grado de importancia y, por el contrario, cobra mayor relevancia los conceptos de *justicia material* y de *igualdad material* y para su consecución, se establece que es imprescindible que se analicen las características específicas de los individuos y de los hechos concretos de cada caso para asegurar una equiparación práctica y lograr el acceso efectivo a los derechos y bienes de la sociedad, dejando de lado así una aplicación normativa *general y abstracta*, característica de los Estados Liberales, que no se preocupa por las necesidades concretas de los ciudadanos.

Así, como conclusión de lo que se ha expuesto anteriormente, en Pulido et al. (2012) encontramos que en el ESD se abarca un “modelo igualitario de ciudadanía” referido a la inclusión de un elemento social en el discurso sobre la igualdad, a diferencia de lo que ocurre en los Estados Liberales que se caracterizan por ser tener un “modelo individualista de ciudadanía”. Sobre este punto, es menester establecer que:

El principio de no discriminación, con la igualdad referida al elemento civil, no es el mismo del principio de igualdad del modelo individualista. Para este modelo, cualquier tipo de distinción era reprochable, pues se estaría interfiriendo indebidamente en el curso natural de la vida política. Por el contrario, el principio de no discriminación (...) como lo han pretendido la Corte Interamericana, los tribunales nacionales y la doctrina, admite

distinciones siempre y cuando sean suficientemente justificadas y razonables, creando y aplicando la doctrina de las categorías sospechosas. (p. 120)

Ahora bien, en la redacción de este apartado, se han podido entrever algunos puntos importantes a desarrollar<sup>16</sup> para lograr argumentar la defensa de la limitación de los derechos y el respeto por la igualdad y no discriminación acorde con esa negación del carácter absoluto de los derechos. Para dichos efectos, entraremos en la esfera jurídica colombiana y plantearemos esas características del ESD que permiten una protección constitucional especial para las PSD, en donde encontraremos el concepto de discriminación positiva y la teoría de la proporcionalidad para la limitación de derechos que ha utilizado la Corte Constitucional Colombiana en diferentes ocasiones. A su vez, se traerán a colación algunos análisis de pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que permitirán reforzar este mismo argumento.

### **1.3. La Defensa a la Limitación de Derechos a través del Concepto de Discriminación o Diferenciación Positiva**

En la Sentencia C-076 del 2006, la Corte Constitucional Colombiana (en adelante, la Corte), con ponencia del magistrado Jaime Córdova Triviño, habló de los deberes que tiene el Estado colombiano con las PSD, al respecto declaró que:

En el Estado Social las personas que pertenecen a minorías tradicionalmente discriminadas, marginadas o a sectores que están en circunstancias de debilidad manifiesta tienen derecho a que el Estado remueva los obstáculos jurídicos que les impiden acceder en condiciones de igualdad al goce efectivo de sus derechos, promueva prácticas de inclusión social, y adopte medidas de diferenciación positiva para intentar, dentro de lo posible, la realización del principio de igualdad material. (num. 3)

A su vez, el artículo 13 de la Carta Política<sup>17</sup>, permite establecer el deber del Estado de adoptar medidas de *diferenciación positiva* que permitan garantizar el pleno goce de los derechos a

---

<sup>16</sup> La discriminación positiva, la racionalidad, la ponderación y proporcionalidad como criterios para una limitación de derechos justificada.

<sup>17</sup> “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El Estado promoverá las condiciones para

aquellas poblaciones que por cualquier motivo se encuentren en una posición de desventaja o vulnerabilidad en comparación con el resto de los miembros de la sociedad, configurándose así el criterio de “*debilidad manifiesta*” (Correa, 2009).

Sobre esas medidas de diferenciación positiva, la Corte se ha referido en diversas ocasiones<sup>18</sup>, manifestando que la Carta Política autoriza expresamente al Estado para tratar de manera especial a aquellas personas que por su condición se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, como por ejemplo en el artículo 68 de la Constitución que dispone que el Estado debe garantizar la educación de personas con limitaciones físicas o mentales.

Con lo anterior, se evidencia que las PSD son un grupo de *especial protección constitucional* y, por tanto, un tratamiento jurídico hacia esta población que desconozca sus necesidades especiales, es directamente contrario a nuestra Carta Política. Sobre este punto, es importante recordar ese carácter neoliberal con el que se caracteriza la definición de los derechos en el modelo social, en la CIDPD y en la Ley 1996 de 2019, pues las construcciones normativas basadas en esas definiciones tenderán en la práctica a desconocer esa especial protección, ya que la primacía de la libertad y autodeterminación terminará por justificar, como se estableció anteriormente, desprotecciones y situaciones de mayor riesgo para esta población.

En este sentido, Correa (2009), refiriéndose a la Sentencia C-401 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis, afirma que:

Cuando se omite dar ese trato especial a las personas que padecen alguna discapacidad, se incurre en discriminación, “por cuanto la no aplicación de la diferenciación positiva en el caso de las personas discapacitadas permite que la condición natural de desigualdad y desprotección en que se encuentran se perpetúe, situación que les impide, entonces, participar e integrarse en las actividades sociales (...)” (p. 123).

---

que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”. (Constitución política de 1991, art. 13)

<sup>18</sup> Véase, por ejemplo, las Sentencias T-595 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda; C- 410 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis y T- 1639 de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

A partir de lo anterior, se puede sostener que la igualdad no puede garantizarse poniendo a las PSD en una situación de desventaja para acceder a la sociedad, por el contrario, debe dárseles a estas personas un tratamiento especial para equiparar las condiciones con las que cuentan para dicho acceso.

Dentro del marco de un Estado Social y Constitucional de Derecho, los principios y derechos fundamentales tienen una importancia significativa, debido a que son los pilares teóricos y filosóficos que sustentan el concepto de dicho modelo estatal. Por ello, en principio, su respeto debe ser irrestricto; pero, debido a la diversidad de situaciones a las que nos podemos enfrentar en una sociedad, hay momentos en los que la garantía de alguno de esos derechos entra en conflicto con otro de igual carácter fundamental; y en esos eventos se debe acudir a la herramienta de la *ponderación en Derecho* con el fin de definir qué derecho será limitado a cuentas de la satisfacción del otro (Alexy, 2009).

La CIDPD y el modelo social no reconocen la existencia de necesidades especiales que estén por encima de esa protección irrestricta hacia la capacidad jurídica de las PSD. Con respecto a este asunto, Cristancho (2019) sostiene que:

El afirmar que un derecho fundamental es absoluto y que, por lo tanto, no admite limitación alguna, implica asumir que no existen, ni existirán nunca circunstancias que tengan mayor peso que la garantía de ese derecho fundamental, lo que se constituye en una teoría difícil de defender y de entender, máxime si se tiene en cuenta que en el estudio de los derechos fundamentales se ha afirmado que la postura según la cual los derechos están sujetos a restricciones y pueden ser delimitados o limitados parece ser un conocimiento evidente y hasta trivial. (p. 42)

En conclusión, la *discriminación positiva* es definida como una regla particular de aplicación selectiva. Esto es, aplicar un tratamiento diferenciado a aquellos que son diferentes, y en situaciones específicas, dar más a los que tienen menos. En este sentido, independientemente de las valoraciones o discusiones alrededor de esta práctica internacional, este mecanismo es un punto clave dentro de una política de reducción de las desigualdades entre los diferentes grupos sociales, debido a que ayuda a promover una igualdad efectiva, o al menos busca garantizar a los miembros de los grupos más desventajados una verdadera igualdad de oportunidades (Urteaga, 2009).

### **1.3.1. Apreciaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos con Respecto a los Criterios Necesarios para la Justificación de la Limitación de Derechos**

Así las cosas, es necesario analizar de qué manera está justificada esa limitación de derechos en el marco de un ESD y de qué manera se aplica ese criterio de proporcionalidad para la ponderación de éstos. Al respecto, Cristancho (2019) realiza un análisis de algunos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>19</sup> sobre la limitación de la capacidad jurídica de las PSD y encuentra dos apreciaciones que se destacan dentro de dicho análisis, las cuales se expondrán a continuación.

En primer lugar, el Tribunal entiende que la limitación de la capacidad jurídica puede estar justificada cuando se realiza *conforme a la ley*, cuando persigue un *objetivo legítimo* y cuando sea *necesaria* conforme a los fines de una sociedad democrática. De este modo, se entiende que como la limitación a la capacidad es una injerencia en la vida privada, debe basarse en razones válidas y no en la simple existencia de la discapacidad (Cristancho, 2019).

En segundo lugar, El Tribunal plantea que las autoridades de los diferentes Estados deben realizar acciones que permitan *identificar las necesidades y capacidades específicas* de cada PSD y para esto deben guiarse por unos estándares de equilibrio entre los intereses de la persona y los derechos que serían objeto de limitación (Cristancho, 2019).

Pero el análisis más relevante, según los objetivos propios de esta investigación, que realiza Cristancho (2019) en su artículo es con respecto al caso *Stanev Vs. Bulgaria* de 2012 del mismo Tribunal, porque en éste se establece, teniendo en cuenta los postulados de la CIDPD, que:

La limitación de la capacidad jurídica, sea esta total o parcial, no es una figura que por sí sola vulnere los derechos de las personas con discapacidad mental, dado que la misma puede ser necesaria en algunos casos; por el contrario, la vulneración se encuentra relacionada con la falta de garantías procesales en el marco de los procesos de interdicción.  
(p. 44)

---

<sup>19</sup> Como lo son: el caso *Matter Vs. Eslovaquia* de 1999, el caso *Shtukaturov Vs. Russia* de 2008 y el caso *Alajos Kiss Vs. Hungría* de 2010.

También, vale la pena traer a colación los pronunciamientos realizados por el Tribunal sobre el caso *A.-M. V. Vs. Finlandia* de 2017. Allí, en palabras de Cristancho (2019), el Tribunal determinó que:

La limitación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad es admisible cuando cuenta con un equilibrio entre el respeto por la dignidad y la autodeterminación de la persona y la necesidad de protegerla y salvaguardar sus intereses; este equilibrio se puede ver reflejado en aquellos casos en que los procedimientos internos contemplen salvaguardias efectivas que prevengan el abuso, asegurando, *en la medida de lo posible*, que los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona se tengan en cuenta; además, es necesario que en el procedimiento de interdicción que se adelante la persona esté involucrada en cada una de sus etapas, teniendo la oportunidad de (...) expresar sus deseos y opiniones; igualmente, se requiere que la limitación de la capacidad jurídica sea *proporcional* y adaptada a las circunstancias particulares de la persona y tiene que estar sujeta a revisión por parte de tribunales nacionales competentes, independientes e imparciales (cursivas nuestras). (p. 45)

Bajo la intención de este apartado de analizar de qué manera está justificada la limitación de derechos en el marco de un ESD y de qué manera se aplica ese criterio de proporcionalidad para la ponderación de éstos, es necesario también traer a colación los pronunciamientos de nuestra Corte Constitucional sobre el asunto planteado.

### **1.3.2. Apreciaciones de la Corte Constitucional Colombiana sobre la Limitación de Derechos y Aplicación del Test de Proporcionalidad para tal fin**

Según la sentencia C-022 de 1996 de la Corte Constitucional, cuando dos derechos fundamentales entran en colisión es necesaria la aplicación de un test de proporcionalidad, con la intención de responder a la pregunta sobre si la limitación de uno de ellos está o no justificada.

Según la Corte, en dicho test es necesario analizar la *finalidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto* de aquella medida que de aplicarse limitaría un derecho fundamental.

En Sentencias como la C-470 de 2011, la C-584 de 1997, la C-623 de 2015 y la C-470 de 2011, se expone que la finalidad de la medida debe ser legítima, lo que significa que debe perseguir la garantía de un derecho fundamental. La idoneidad se refiere a la capacidad de la norma de ser, *en la mayor medida de lo posible*, efectiva para la consecución del derecho fundamental. Sobre la necesidad, la Corte ha explicado que la medida utilizada debe ser la menos gravosa, es decir, la que menos vulnere otro derecho de carácter fundamental. Por último, con respecto a la proporcionalidad en sentido estricto, la Corte manifiesta que se debe analizar si la medida tendiente a limitar un derecho está llamada a obtener un beneficio mayor o igual a dicha restricción y, para ello, se deben tener en cuenta tres aspectos: 1. El grado de afectación del derecho en juego; 2. El carácter igualmente prioritario del bien que se pretende garantizar y 3. Si la satisfacción de uno justifica la limitación del otro.

Según lo anterior y teniendo en cuenta los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una medida que limite la capacidad jurídica es idónea por cuanto, en ciertos casos, un modelo de apoyos no es procedente por la imposibilidad que acarrea para cierto tipo de personas con discapacidad mental, como se ha expuesto, de manifestar su voluntad. Sobre el requisito de la finalidad puede aseverarse que éste se cumple, ya que una medida de limitación a la capacidad jurídica lo que pretende es la garantía de otros derechos fundamentales, como lo son, el derecho a la salud, a la vida digna, entre otros. Con respecto a la necesidad, se puede afirmar que también se cumple, pues en este caso no es posible implementar una medida menos gravosa debido a las características y necesidades especiales de la discapacidad en los casos mencionados.

Con respecto a la proporcionalidad en sentido estricto, se puede establecer que frente al grado de afectación del derecho, es claro que el hecho de que un representante o sujeto externo tome las decisiones por otro individuo, es una vulneración grave del ejercicio de su capacidad jurídica; no obstante, la satisfacción del bien contrario es igualmente relevante debido a que lo que se pretende proteger es la garantía efectiva del resto de derechos de los que es titular la PSD y, finalmente, es por la anterior que la medida que pretende limitar la capacidad jurídica, se encuentra justificada.

En estos términos, como bien afirma Carbonell (2015), el análisis expuesto solo es relevante cuando se acepta que no existe un derecho absoluto. La materia es interesante cuando se pregunta de qué forma y con qué requisitos se pueden limitar los derechos, para garantizarlos de la mejor

manera, y si es posible lograr que los derechos sean compatibles entre ellos, de manera que puedan coexistir en una sociedad civil moderna, de lo contrario no tiene sentido el análisis planteado.

Como ya se dejó claro no existen derechos fundamentales ilimitables, como bien argumenta el autor Aguiar (1993):

Los principales textos supranacionales que contienen declaraciones de derechos y respecto a los que no parece que se pueda dudar acerca de su vocación garantista, también contemplan la posibilidad de que los derechos humanos puedan hallarse sometidos a límites. Así, el artículo 29.2 de la Declaración de la ONU señala que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”. En similares términos, el Convenio de Roma recoge la idea de que los derechos fundamentales son susceptibles de limitación, primero sometiendo a limitaciones algunos derechos, más tarde fijando criterios generales: “Las restricciones que se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas” (art. 18). (p. 12)

Es importante también recalcar, para la validez de la aplicación del test de proporcionalidad, que, como sostiene el autor Sapag (2008) la “limitación” de derechos de un grupo de personas con especial protección constitucional es, más que una restricción, una protección máxima. Sobre este punto, el autor expone que:

En efecto, una norma considerada en forma abstracta puede no resultar irrazonable, pero llevada a los casos de aplicación puede resultar que hayan quedado incluidos algunos supuestos que no merecían quedar comprendidos por la norma, ya sea porque se generaría respecto de ellos una suerte de carga no igualitaria, o porque no son relevantes para el logro de la finalidad. (p. 192)

Para finalizar, a modo de conclusiones de este apartado, cabe mencionar que algunos autores que han sido defensores del modelo social a través de sus construcciones académicas, como lo son Palacios y Bariffi (2007), dejan ver en sus planteamientos un reconocimiento implícito de que la

garantía de los derechos de las PSD no se logra sin la permisión de excepciones al postulado de la capacidad jurídica, lo anterior porque reconocen la existencia de casos límite donde es difícil la aplicación del modelo de apoyos. Lo anterior, se puede ver en la siguiente cita textual:

Generalmente suele asociarse la discapacidad —especialmente la intelectual— con la carencia de capacidad para el ejercicio de la libertad moral. *Si bien, ello involucra cuestiones lindantes en ciertas ocasiones*, no obstante, en muchas otras, esta suposición se basa en un mero prejuicio, o en una idea de autonomía muy restringida. En este sentido, desde el modelo social se aboga por una concepción más amplia de la idea de autonomía, un planteamiento que no se incline excesivamente por detectar la incompetencia (cursiva nuestra). (p. 78)

También, Organizaciones No Gubernamentales dedicadas a la protección de los derechos de las PSD, como lo es la ONG *People With Disabilities Australia*, están a favor de que excepcionalmente se debe aplicar un sistema de sustitución en la toma de decisiones para garantizar la efectividad en la protección de los derechos hacia esta población.<sup>20</sup>

Ahora, pasaremos a desarrollar la crítica, que ya se puede atisbar tras una lectura cuidadosa de este apartado, con respecto a la generalización del concepto de discapacidad que usa el modelo social para la definición de ésta.

## **2. La Crítica a la Generalización del Concepto de Discapacidad que adoptan el Modelo Social, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley 1996 de 2019**

El carácter absoluto de los derechos asumidos por el modelo social, por la CIDPD y por la Ley 1996 de 2019 es el resultado de una apreciación poco detallada de la discapacidad, esto porque no se evidencia en ninguno de sus postulados un reconocimiento de la gran diversidad existente en los tipos de discapacidad. La diversidad funcional parece ser un concepto dirigido únicamente a

---

<sup>20</sup> Véase en: A/AC.265/2004/5, *Informe del Comité Especial*, Tercera Sesión; *Daily summary of discussions related to Article 9*, cit. (Third Session) y *Daily summary of discussions related to Equal recognition as a person before the law*, Volume 5, #1 August 23, 2004, Cuarta Sesión.

argumentar el valor de las PSD dentro de la sociedad, pero considerando siempre a esta población como un conjunto y nunca desde las diferencias específicas entre tipos de discapacidad.

En palabras de Alemany (2018), una de las principales características del modelo social es:

La unidad, al no distinguir entre tipos de discapacidad, de modo que la regulación afecta por igual a todas las personas “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás” (Art. 1 de la CIDPD). (p. 205)

Es tal la renuencia de los defensores del modelo social a estudiar la discapacidad desde una óptica individualizada, atendiendo a las particularidades de cada tipo de discapacidad, que autores, como Palacios (2008), plantean que los procedimientos por medio de los cuales se realizaría ese estudio caso por caso necesariamente “abrirán dudas respecto de la capacidad de todas las personas con discapacidad” (p. 434).

Esa preocupación del modelo social, además de no permitir la discusión sobre herramientas que permitan tal identificación sin generar una vulneración para las PSD, genera construcciones normativas evidentemente sesgadas y en contra de la característica fundamental de las creaciones en Derecho, esto es, el análisis crítico.

Tan afamados han sido los postulados del modelo social que han logrado constituirse en una doctrina mayoritaria a nivel mundial que, si así se nos permite, parece “*alabar*” las construcciones teóricas de este modelo, hasta aquellas de índole absolutista y aquellas radicalmente generalizadas. Por ejemplo, Gómez (2015), afirma que con la definición de discapacidad dada por la CIDPD “se ha dotado a este instrumento convencional de un amplio alcance, en tanto permite incluir los diversos tipos de discapacidad sin necesidad de tener que acudir a una lista rigurosa que condicione la aplicación de sus disposiciones” (pp. 11-12). Es decir, además de admitir la posibilidad de una definición generalizada de la discapacidad, enaltecen esa forma de definición otorgándole características “ventajosas” frente a otro tipo de definición más individualizada.

La situación planteada, esto es, querer hacer ver como beneficioso a un concepto generalizado de la discapacidad, es desconocer el carácter altamente versátil, fluctuante y disperso de la

discapacidad. Es por esto que esa definición amplia de la discapacidad ha sido objeto de fuertes críticas por parte de un sector de la doctrina.

Para lograr argumentar mejor dicha crítica, es necesario precisar por qué surge o dónde se origina esa generalización del concepto en el modelo social y, así, poder identificar que desde la raíz de tal concepción existen varias falencias. Alemany (2018), expone que el modelo social parte de una equivalencia entre dos conceptos sumamente diferentes, al respecto sostiene que:

Para el Comité, la analogía pertinente no se da entre los discapacitados y la minoridad, sino entre la discapacidad y el género o la raza. De manera que la pretensión de ejercer el paternalismo con personas discapacitadas es análoga a la pretensión machista o racista de ejercer el paternalismo con las mujeres o los individuos de otra raza. (p. 204)

La comparación planteada es una constante en el discurso social de discapacidad; a partir de esa relación conceptual se construye el argumento acerca de la necesidad de igualdad de trato y de oportunidades para las PSD. Pero, como se ha podido desarrollar en este capítulo, esa comparación no es adecuada por las características y necesidades propias de la discapacidad.

El género y la raza son conceptos que pueden explicarse a través de un lenguaje homogéneo, es decir, no se niega la diversidad existente en cada conjunto, pero sus características y descripciones sí pueden englobarse de manera general dentro de la apreciación de los “*rasgos personales*” de los individuos. En cambio, las situaciones que se presentan en torno a la discapacidad son tan heterogéneas que no puede presentarse ese lenguaje homogéneo, sino que, por el contrario, hay una discontinuidad enorme y radical entre, por ejemplo, el alzhéimer y la hipoacusia congénita (Alemany, 2018).

Así, Alemany (2018) argumenta que:

Los problemas especiales que se derivan de la condición de mujer o de miembro de una minoría racial son todos debidos a la discriminación y la especial protección que se requiere es la de la prohibición de discriminación (ya sea directa o indirecta), mientras que los problemas especiales que se derivan de la condición de persona con discapacidad son solo *en parte* debidos a la discriminación puesto que, además, aparecen “deficiencias” en el sujeto, por lo que la especial protección que requieren no se debe centrar del mismo modo en la prohibición de discriminación. Que a una mujer no se le permita arbitrar un partido

en la liga de fútbol por ser mujer es una cuestión de discriminación, que no se le permita a una persona ciega (hombre o mujer) es otra cosa bien distinta. (p. 213-214)

Existe pues, un abuso de la analogía con el género y la raza; que, además de no ser pertinente, genera el olvido de las necesidades específicas del tipo de discapacidad y así, con el fin legítimo de luchar contra la discriminación, se terminan desconociendo los intereses de las personas con discapacidad mental (Alemany, 2018).

La Convención y la forma como es interpretada considera de manera conjunta todas las formas de discapacidad, sin distinguir a la discapacidad mental del conglomerado. En este punto cabe preguntarse entonces si ¿es necesario apreciar de forma distinta a las discapacidades mentales de otras que no necesariamente implican una afección a la capacidad para tomar de decisiones?

Es correcta y acertada la motivación de la CIDPD y de la Ley 1996 de 2019, esto es, querer erradicar la discriminación dirigida a las PSD, pero la omisión de la heterogeneidad como característica principal del concepto de discapacidad, acarrea una gran desprotección hacia esta población, reprochable incluso, como lo establecimos en el apartado anterior, desde una perspectiva constitucional.

En el modelo social existe, como ya se mencionó, una desconexión entre el concepto de deficiencia y el de discapacidad. Esa situación propicia una definición generalizada de la discapacidad, pues la deficiencia permite estudiar a la PSD desde un nivel individual, permitiendo entender que, más allá de los aspectos sociales, también hay unas situaciones internas que vive la PSD que determinan su condición de discapacidad (Toboso, 2018).

Toboso (2018), hablando del carácter hegemónico del discurso social de discapacidad, indica que el modelo social se desarrolla en un círculo demográfico circunscrito casi exclusivamente a países de primer mundo y que por esta razón la aplicación de sus preceptos en países en vía de desarrollo se torna muy problemática, pues no tiene en cuenta las necesidades especiales de estos tipos de sociedad. De este modo, la generalización dentro de las características de la sociedad también es algo sobre lo cual cabe repensar el modelo, pues entendemos la importancia de identificar a la discapacidad desde las barreras comunes del entorno para esta población, pero ese dominio de las características sociales (en especial de aquellas sociedades desarrolladas) impide el entendimiento del sujeto desde sus necesidades individuales.

Es por todo lo anterior que la generalización del concepto de discapacidad es fundamental para entender las críticas hacia este modelo, hacia la CIDPD y hacia la Ley 1996 de 2019, pues se hace evidente que las personas en situación de discapacidad mental (especialmente de aquellas que implican una imposibilidad para la toma de decisiones o para la expresión de su voluntad), en la práctica, no obtendrán una eficaz garantía de sus derechos; las normas creadas bajo el modelo social parecen estar pensadas para unas necesidades y una realidad muy diferente a las discapacidades mentales, intelectuales y/o cognitivas. Esto genera el desconocimiento en los ordenamientos internos de esas características especiales de la discapacidad mental que, hablando en un lenguaje común, distan mucho de poderse asociar o asimilar con, por ejemplo, discapacidades físicas o motoras que en nada se interponen con la posibilidad de expresar la voluntad y tomar decisiones conscientes y racionales.

Para intentar superar dicho inconveniente práctico, en el siguiente apartado se abordará la necesidad de un estudio interdisciplinario para la conceptualización de la discapacidad, que además de ser también una crítica hacia el modelo social, ofrece herramientas muy valiosas para la construcción de una teoría que garantice de manera más efectiva los derechos fundamentales de toda la población en situación de discapacidad.

### **3. La Necesidad de un Estudio Interdisciplinario de la Discapacidad**

La desvinculación que se ha expuesto con anterioridad, entre el concepto de enfermedad y de discapacidad, se debe en gran medida al rechazo de aportes de otras disciplinas (como la bioética) en el estudio de la discapacidad desde el modelo social. En este apartado se pretende exponer la crítica hacia dicha desvinculación y rechazo, aterrizando en la necesidad del uso de aportes multidisciplinarios para una garantía efectiva de los derechos de las PSD.

El carácter social de la discapacidad erra en considerar que la gravedad de una discapacidad es *solo* en función de las circunstancias sociales de la persona. La eliminación de nociones biomédicas, y de otras disciplinas científicas, en torno al concepto de enfermedad y de discapacidad solo generan un retroceso en cuanto a la eliminación de esas barreras subjetivas, morales y hasta religiosas que en algún momento fueron un obstáculo para la comprensión adecuada de la discapacidad (Alemany, 2018).

Como se ha podido ver, las interpretaciones de la Organización de Naciones Unidas tienden a desacreditar las apreciaciones y/o dictámenes médico-científicos, pues el enfoque social que se ha tomado como base para conceptualizar la discapacidad, niega, obvia o desconoce la caracterización de las enfermedades mentales como el resultado de un avance histórico en el campo de la medicina. Así, se niega el hecho de que el concepto de enfermedad es, en verdad, un avance significativo para el logro de la clasificación de la discapacidad y la identificación de las necesidades especiales dentro de cada categoría.

Como se planteó anteriormente, las corrientes sociales, esto es, basadas en la teoría del constructivismo social, relegan los avances de la medicina moderna a un estado que mutila su servicio al entendimiento científico de la discapacidad. Esto, construye una mentalidad alejada de la verdad objetiva y de los hechos constatables, pues se comienza a configurar un entendimiento de las enfermedades como simples invenciones de la medicina (Bunge, 2009).

La desvinculación mencionada acarrea una consideración negativa del concepto de incapacidad y una desnaturalización de la condición de enfermo. Como se expuso anteriormente, el objeto principal de esta crítica no es retroceder en el tiempo y entender la discapacidad sólo desde el concepto de enfermedad; por el contrario, consiste en entender que la eliminación de nociones científicas, como las biomédicas y psiquiátricas, solo lleva a la asimilación de las enfermedades con modelos arcaicos de discapacidad, donde las PSD no eran consideradas por su calidad de persona sino solo en función de su enfermedad.

Es por lo anterior que países como Argentina han optado, como se expuso en el capítulo anterior, por un tratamiento holístico de la discapacidad, donde se establece la necesidad de generar un diálogo compartido entre diferentes disciplinas que puedan aportar de manera objetiva a la construcción del concepto. Esto, ha permitido afirmar que a través de desarrollos exclusivamente jurídicos no se puede lograr una teoría pertinente para el tratamiento de la discapacidad en el derecho positivo y que se deben tener en cuenta apreciaciones de otras disciplinas, como la filosofía, medicina y psicología, para no caer en las falacias argumentativas que se plantearon en este capítulo.

A partir de la identificación de dicha necesidad, se ha generado una amplia doctrina a nivel internacional que se ocupa de crear nuevos modelos de tratamiento de la discapacidad, traer al escenario jurídico algunos ya creados en el marco de otras disciplinas o complementar el mismo

modelo social intentando subsanar sus vacíos. Se procede entonces a mencionar algunos de ellos de manera breve para, además de reforzar el argumento de la necesidad de la interdisciplinariedad en la discapacidad, plantear los puntos más importantes a tener en cuenta para una futura reconfiguración del modelo social y de las disposiciones normativas basadas en este modelo.

Toboso (2018), en su análisis de las “anomalías del modelo social” manifiesta que dentro de éstas se encuentra la “pérdida de la importancia del cuerpo como objeto de rehabilitación en los espacios biomédicos” (p. 786). Al respecto, sostiene que la dimensión corporal de la discapacidad es indispensable para su comprensión, sin esta dimensión la interpretación de la discapacidad no se ajusta a su propia experiencia diversa.

Así, Toboso (2018) pone énfasis en la diversidad funcional de las PSD, afirmando que, a partir de una aplicación más rigurosa de este concepto, se pueden subsanar los vacíos del modelo social. Sobre este punto, trae a colación a los autores Agustina Palacios y Javier Romañach, quienes en el año 2006 plantearon un nuevo modelo como una evolución del modelo social, esto es, el *Modelo de la Diversidad Funcional*, en donde “se parte de la realidad fundamental de la diversidad del ser humano en el ámbito de su funcionamiento físico, psíquico y sensorial” (p. 791). Por lo anterior, consideramos que ese enfoque funcional, como punto de partida, permitiría una construcción teórica más interdisciplinaria y acorde con las necesidades específicas de la discapacidad mental.

Por su parte, Céspedes (2005), habla de dos modelos de discapacidad que pueden aportar a una nueva cultura de la discapacidad. En primer lugar, el *Modelo Biopsicosocial* se presenta como una propuesta de integración entre el modelo médico y el social, en donde confluyen elementos biológicos, psicológicos y condiciones sociales para reinterpretar el concepto de discapacidad y hacer frente a las necesidades específicas según el tipo de enfermedad.

En segundo lugar, expone el *Modelo Ecológico*, propuesto por Bronfenbrenner (1987) quien enuncia que el concepto de discapacidad debe incluir cuatro componentes: persona, contexto, proceso y tiempo. En este modelo se afirma que la persona con discapacidad es influenciada en el transcurso de su vida por diversos sistemas, esto es, *el microsistema, el mesosistema y el macrosistema*. El primero se refiere a las características propias de la persona, su tipo de discapacidad y su contexto social inmediato (como la familia); el segundo se relaciona con las influencias sociales y culturales cercanas que inciden en la vida del individuo, esto es, la comunidad por la que se rodea (institución educativa, comunidad religiosa, grupos de recreación

y/o deportivos) y, por último, el tercer sistema hace referencia a esas influencias macro, esto es, cultura, sistema económico, políticas públicas, nivel de accesibilidad social, etc. (Céspedes, 2005).

En esta misma línea, Cuenca (2011), analiza dos modelos, el *Modelo de la Diversidad* y el *Modelo de la Identidad* y los plantea como dos alternativas para evolucionar el modelo social. En realidad, ambos modelos comparten en gran medida los fundamentos del modelo social, pero se puede concluir que, a partir de ellos, se puede enfatizar en dos aspectos que son primordiales para la conceptualización de la discapacidad, esto es, como hemos expuesto, la diversidad dentro de los tipos de discapacidad y la particularidad en las necesidades según sus características individuales. Lo primero permitiría un análisis no generalizado del concepto y lo segundo posibilita constituir la importancia de la identidad, ya no de la discapacidad en su conglomerado, sino del grupo específico dentro ésta.

#### **4. Conclusiones Preliminares**

Todo lo anterior, permite establecer que la necesidad de repensar o complementar el modelo social de discapacidad ya se ha identificado desde hace varios años, pues desde la doctrina se han empezado a construir nuevas propuestas de tratamiento. La aplicación práctica de la CIDPD, como se ha expuesto en el transcurso de esta investigación, ha resultado muy difícil en el escenario interno de los Estados, por esto es importante no obviar esa realidad y seguir evolucionando el tratamiento de la discapacidad hacia una mayor protección y garantía de sus derechos fundamentales.

También, es importante resaltar la aceptación que hace Bariffi (2014) en su texto “Régimen Jurídico Internacional de la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad”, con respecto a la necesidad de limitar la capacidad jurídica de las PSD en ciertas situaciones, pues su postura evidencia la necesidad de repensar el modelo social, la CIDPD y la Ley 1996 de 2019. Al respecto, manifiesta que la representación legal debe existir como figura jurídica contemplada en los ordenamientos internos, pero siempre y cuando sea “aplicable fuera del marco de los apoyos” y “tenga las salvaguardias necesarias para evitar la discriminación por motivo de discapacidad” (p. 383).

De igual forma, es menester traer a colación la opinión de Solé (2016), quien es director de la “*Fundació Tutelar de les Comarques Gironines*” y ha dedicado gran parte de su vida a la

protección de los derechos de las PSD y con respecto al nuevo escenario jurídico internacional de las PSD se pronunció así:

Ahora bien, manifiesto mi preocupación porque he podido constatar en mi ejercicio profesional que algunas personas precisan un apoyo muy intenso, sobre todo cuando están afectadas por discapacidades y enfermedades que les generan mucha inquietud y malestar. Y para ayudarles puede ser conveniente el establecimiento de límites en su conducta, en aquellas situaciones en las cuales, si la conducta no se adecúa a este límite, se genera un prejuicio grave y evidente. (p. 73)

La anterior cita permite reafirmar la necesidad de la limitación de derechos bajo la aplicación del modelo social en los escenarios jurídicos, pues el enfoque práctico del autor citado ofrece una mejor apreciación de aquellas necesidades concretas de personas con discapacidades que afectan su capacidad de decisión, control y razonamiento.

Así, en palabras de Cristancho (2019), “de nada sirve que se garantice de manera absoluta un derecho si existen personas que, debido a sus condiciones particulares, no pueden ejercerlo, pues en estos eventos ese derecho se torna ineficaz” (p. 48).

Por último, se debe reforzar la idea de que la intención del repensar o complementación del modelo social de discapacidad es, como se ha establecido en este capítulo, lograr una mayor garantía de los derechos fundamentales para las PSD. Para lo anterior, es necesario entender que la protección de las PSD es una exigencia de la dignidad humana y que, como plantea Atienza (2016), “proteger no significa excluir” (p. 266).

De este modo, ya identificadas las falencias del modelo social y, en especial, la necesidad de un abordaje multidisciplinario para definir y analizar la discapacidad, en el próximo capítulo entraremos en el terreno específico de la voluntad de las personas con discapacidad mental, en donde se podrá observar la posibilidad de incluir argumentos médico-científicos para su desarrollo. Así, siguiendo con el objetivo principal de esta investigación, lo que se pretende establecer es cómo en la práctica se hace muy difícil (o hasta imposible) aplicar lo que en teoría dispone el modelo social, la CIDPD y la Ley 1996 de 2019; pero en esta ocasión, nos centraremos en la imposibilidad específica de conocer e interpretar la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad mental para la aplicación efectiva de un modelo de apoyos en la toma de decisiones.

## Capítulo III

### Cómo Entender el Concepto de Voluntad y Autodeterminación de las Personas en Situación de Discapacidad Mental

#### 1. La Voluntad en el Derecho

La voluntad es uno de los fenómenos más controvertidos, pero importantes, en materia jurídica. La conocemos como el deseo consciente del ser humano, que depende finalmente de la persona, sus condiciones y su entorno. En el ámbito de la filosofía jurídica existen múltiples formulaciones de la idea de voluntad y libertad de decisión, cuyo contenido específico excede los límites de esta investigación.

Sin embargo, en términos jurídicos, la voluntad solo se valora en razón de sus efectos. Tiene en su ejercicio un objeto claro el cual es coordinarse con la voluntad de otro con el fin de perfeccionar un negocio jurídico específico. Así lo consagra el artículo 1502 del Código Civil como requisito para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad. En este sentido, la voluntad se expresa legalmente en aras de constituir un consentimiento expreso y válido, pues, en palabras de Parra (1988), el acto jurídico se declarará inexistente “si faltan consentimiento, y/o objeto, y/o causa y/o los demás propios de cada acto jurídico” (p. 31).

Tanto es así, que “la voluntad se declara para que la persona demuestre su capacidad de determinarse como parte de la obligación que contrae” (Garcés, 2014, p. 26). Se refiere entonces a la expresión autónoma de un individuo, y una vez manifestada de forma coherente, crea en sí misma un consentimiento (Garcés, 2014).

No obstante, en esta investigación no nos limitaremos a analizar la voluntad como elemento de configuración de un acto jurídico, sino como una categoría importante de expresión que no se reduce a un contrato, y que tiene una dimensión lingüística, científica y médica a la hora de tomar decisiones autónomas, más aún para las personas en situación de discapacidad.

Sin embargo, esta reflexión inicial se hace necesaria para entender la interdependencia del término “voluntad” con instituciones como “autonomía de voluntad”, “autodeterminación” y, finalmente, “capacidad”. En este sentido, la autonomía de la voluntad se entiende como un

principio básico del derecho contractual. Se considera como una manifestación de libertad del individuo para regular libremente sus intereses, ejercitar los derechos subjetivos de los cuales es titular y concertar negocios jurídicos en razón a su voluntad (Nino, 2003).

Para que la expresión de la voluntad humana sea válida y tenga efectos jurídicos, debe ser expresada a través de medios o signos que se puedan considerarse expresivos y claros. Pero, ¿qué tipo de *medio* se tiene que emplear para que el consentimiento sea manifiesto, expreso, claro, es decir, que no deje lugar a dudas? Pues bien, lo fundamental es que el mensaje tenga claridad sin que importe su forma, sean palabras, gestos o símbolos (Garcés, 2014).

Por otro lado, la autodeterminación puede ser definida como la autorregulación de nuestra propia conducta. Está íntimamente ligada a la capacidad de anular algunos factores determinantes de la conducta para actuar según la propia voluntad. Por esta razón, el termino volición es fundamental para comprender la autodeterminación. Volición se refiere a realizar elecciones conscientes o al poder real para realizar elecciones conscientes, o voluntad. “La conducta autodeterminada se refiere a acciones volitivas que capacitan al individuo para actuar como el agente causal primario de su propia vida y para mantener o mejorar su calidad de vida” (Wehmeyer, 2006, p. 93).

Ahora bien, todos los seres humanos somos sujetos de derecho. Este concepto está altamente relacionado con el término “persona” asociado directamente con los atributos inherentes a la personalidad, esenciales a toda persona jurídicamente reconocida, incluyendo el atributo de la capacidad legal. Por lo que la capacidad jurídica se relaciona directamente con la calidad de ser humano. Se trata de una premisa reafirmada tanto por el orden médico como por el jurídico y que se erige como un axioma en la teoría de la capacidad. Esta idea está asimilada también al concepto de persona en la filosofía, que la vincula inevitablemente a su naturaleza racional, a su inteligencia y capacidades volitivas (Porxas, 2018).

“Las personas deben tomar sus propias decisiones para ser iguales ante la ley”, así lo aseguran las Naciones Unidas al exponer sus motivos sobre el artículo 12 de la Convención de las Personas con Discapacidad. Toda persona mayor de edad tiene derecho a ejercer su capacidad jurídica, ser titular de derechos y obligaciones ante la ley y responder por sus propios actos. Diferencia además la capacidad jurídica de la capacidad mental, la última definida como la habilidad para tomar

decisiones, que varía entre todas las personas según los criterios que la valoran. De forma crítica, las Naciones Unidas (2014) afirma que:

Cuando una persona tiene dificultad para tomar una decisión se evalúa su capacidad mental. Si la evaluación dice que su capacidad mental es poca, se niega a la persona su derecho a tomar la decisión. Esta forma de actuar es discriminatoria por dos motivos: (i) Se usa con personas con discapacidad solo porque tienen discapacidad. (ii) La valoración de la capacidad mental es subjetiva. Por eso, la capacidad mental no es un motivo adecuado para negar a una persona su capacidad jurídica. (p. 1)

Consideramos inadecuada la conclusión a la que llega esta Organización con respecto a la capacidad mental y su relación con la toma de decisiones, en tanto la capacidad jurídica debe variar de manera proporcional de acuerdo con la capacidad mental, la cual se determina por medio de criterios médico-científicos, que varían para cada persona que ostente alguna limitación cognitiva o intelectual.

El artículo 1° de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) afirma que: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. En este sentido, si se hace una interpretación estricta del texto, quedarían excluidas de esta descripción las personas a las que no se considera dotadas de razón y conciencia (Porxas, 2004). Por tanto, no es correcto desconocer las circunstancias detrás del proceso intelectual que se deriva de un trastorno o alteración, que conllevan de manera general o secundaria, al déficit o deficiencia cognitiva y mental en diferente magnitud. El impacto de estas afecciones de carácter neurológico y neuropsiquiátrico puede influir en diversas situaciones, sean laborales, educativas o sociales (Suárez, 2014).

Lo anterior plantea un problema y es que, en la práctica, el consentimiento debe manifestarse de manera inequívoca, que no dé lugar a ninguna duda (Garcés, 2014). En razón a ello, es necesario estudiar la voluntad y cómo esta se materializa en las personas en situación de discapacidad. Es decir, el asunto de la formación de la voluntad es primordial, lo que se configure en razón de ella, es accesorio. Debe ser prioridad lo realmente querido por el agente, y buscar así la manera de protegerlo; lo que presenta una dificultad son los medios para explicitar la voluntad.

## **2. La Voluntad de las Personas en Situación de Discapacidad Mental**

Si bien el término “personas en situación de discapacidad” abarca todo tipo de discapacidades - cognitivas, intelectuales y físicas - en este apartado de la investigación el análisis de voluntad será en adelante enfocado en las personas en situación de discapacidad intelectual y cognitiva, mas no física, pues las personas con discapacidades distintas a estas no tienen una afectación que genere escenarios problemáticos en relación con la voluntad y el consentimiento. Incluso, no todas las enfermedades mentales son objeto de este estudio, porque algunas de ellas, tales como la depresión, ansiedad o bipolaridad no producen alteraciones degenerativas o que influyan directamente en la construcción de la voluntad. Según la OMS, cuando se logra identificar que se está afectando el desarrollo encefálico en razón a una enfermedad o condición, se percibe que esto puede afectar el adecuado desarrollo de habilidades mentales, cognitivas, del lenguaje y sociales, que pueden ser agrupadas en: trastornos genéticos, trastornos cromosómicos, causas biológicas, y causas ambientales (Suárez, 2014).

Aunque es cierto que durante las últimas décadas se ha evolucionado a nuevos modelos de discapacidad con un pensamiento enfocado en competencias y derechos de las personas en situación de discapacidad, no creemos pertinente desconocer o ignorar el hecho objetivo de lo que significa vivir con una limitación médica, que disminuye la capacidad de atención, comprensión y procesamiento. Uno de los problemas más importantes de este análisis es la relación entre el ámbito psicológico de la persona, con la verdadera manifestación que busca tener relevancia y consecuencias en el contexto de las relaciones jurídicas, es decir, la manifestación comprensible de su decisión interna (Garcés, 2014). Sería deseable encontrar un balance adecuado entre el respeto al individuo, su dignidad y libertad, y el apoyo que necesita para la toma de decisiones sobre su vida personal y su salud (Ayala, 2001).

La realidad de hoy obliga a garantizar la libertad de autodeterminación de todas las personas mayores de edad en Colombia, sin embargo, encontramos circunstancias científicas que hacen necesario cuestionar el alcance de dicha aseveración, e incluso dudar sobre el fin mismo de la Ley 1996 de 2019 y su efectividad para la búsqueda del mayor beneficio para las personas en situación de discapacidad. Valorar en demasía el derecho de autonomía privada, en perjuicio de otros principios de igual importancia para la vida jurídica, podría jugar en contra de la persona y de quienes la rodean. Por tanto, la generalización del modelo que consagra la Ley 1996 de 2019 en

realidad no parece lograr su ideal, por lo que vemos que algunos medios de “paternalismo” podrían estar justificados, no como regla general, sino como excepción (Pozon, 2017).

Es cierto que las personas en situación de discapacidad se han visto vulneradas en el ejercicio de su autonomía y libertad de decisión. Luego de un diagnóstico clínico, viene la estigmatización social y los calificativos. Cuando el derecho obtiene un dictamen psiquiátrico, y resuelve limitando o restringiendo ciertos actos a una persona, inmediatamente la sociedad relaciona dicha prohibición a criterios de peligrosidad, imprevisibilidad, e incapacidad. “La etiqueta del diagnóstico psiquiátrico es tan fuerte que distorsiona el significado de toda otra información” (Porxas, 2018, p. 357).

Sin embargo, como bien afirma Garcés, la autonomía suele tener dos aspectos adicionales que no son jurídicos y que, en consecuencia, el derecho no los valora en su verdadera complejidad: lo anímico y lo ético (2014). Sea como fuere, resulta peculiar que la Ley 1996 de 2019, al igual que la Convención de Personas con Discapacidad, no haya contado con estas consideraciones que, aunque de carácter clínico, tienen un fuerte componente ético, ya que en algunas situaciones se estaría permitiendo tomar ciertas decisiones a personas que no están capacitadas para hacerlo y que podría poner en peligro su vida y la de otros (Pozon, 2017).

Ahora bien, también es cierto que no todas las personas estamos en condiciones de escoger libre y autónomamente, incluso con el acompañamiento de apoyos. En la práctica, en ejercicio de nuestra autonomía, solemos recurrir a otros para tomar grandes decisiones. Sin embargo, en tanto se ostente una condición que afecte nuestra salud mental, consideramos que es necesario que, en ocasiones, se tomen decisiones por sustitución en razón a que, si nos encontramos en una fase delirante, las funciones cognitivas están fuertemente comprometidas (Pozon, 2017). Lo anterior realza la relación necesaria entre la Ciencia y el Derecho en temas de discapacidad. Un profesional en Derecho no tiene el conocimiento necesario, ni el fundamento, para determinar la idoneidad del consentimiento de una persona particular. Así, parece claro que el régimen de capacidad en Colombia se ha quedado corto con la situación, pues el proceso judicial de interdicción tampoco garantizaba los derechos de las personas en situación de discapacidad, crítica que abordaremos más adelante.

Así, una persona tiene una discapacidad cuando así se le declara, partiendo tanto de un criterio médico como de un criterio jurídico. No basta entonces la enfermedad, sino que aquella debe ser

determinante en el actuar de la persona, llegando incluso a dificultarle dirigir su conducta o administrar sus bienes. De allí que el criterio mixto se establece cuando a un diagnóstico médico, se le atribuye entidad jurídica (Rivera, 2003).

### **3. Consecuencias de Algunas Enfermedades en la Formación de la Voluntad**

Existen múltiples patologías y condiciones que afectan la capacidad de la persona para relacionarse con la realidad y ejercer su derecho a la autodeterminación en consecuencia, o incluso podrían limitar no la comunicación de la decisión, pero sí las implicaciones de la misma. En este sentido, enfermedades como la esquizofrenia, que ostentan tantas variaciones sustanciales en cuanto al funcionamiento neuropsicológico de quien la padece, son difícilmente clasificables en razón a sus síntomas y manifestaciones. Sin embargo, esta enfermedad podría traer consecuencias como: debilidad en actividades básicas de la volición, pérdida de unidad interna, emoción y voluntad, trastornos de atención, vulnerabilidad al estrés, crisis psicóticas agudas, dificultad para procesar información, entre muchas otras. Las personas que sufren de esta enfermedad pueden tener trastornos en la voluntad y de conducta, limitación en su juicio social y análisis del entorno. Existen diferentes tipos, alteraciones y síntomas de esta patología, que pueden ser intermitentes en el tiempo y variables, razones que hacen más difícil su comprensión y que ponen en duda el ejercicio de su autodeterminación (Pardo, 2005).

El ejercicio pleno de la capacidad y decisión se vuelve riesgoso cuando la persona no cuenta con las habilidades deliberativas y argumentativas aptas para superar los engaños, confusiones y complicaciones que supone la cotidianidad en un país como Colombia. Deliberar es una actividad que exige en muchas ocasiones más de una parte, en la cual una de ellas puede ser impulsada por motivaciones que podrían ser dañosas o malintencionadas, circunstancias que deben reconocerse como aspectos relevantes en una comprensión adecuada de la situación (Garcés, 2014). Así pues, el acto de consentir involucra un proceso deliberativo de alta complejidad. Esta habilidad debe ser consciente, consistente y capaz de superar el más simple análisis discursivo. Lo problemático que encontramos en esta ocasión es que existe claramente un riesgo para las personas en situación de discapacidad, al actuar libremente sin tener una capacidad intelectual suficiente para discernir y diferenciar lo correcto y beneficioso para sí mismo. Entonces, es claro que la posibilidad de autodeterminación de una persona está condicionada por su capacidad para tomar decisiones. Y, a

su vez, esta capacidad está condicionada por distintos factores, como la educación, la capacidad económica, además de los aspectos físicos y psicológicos que hemos venido exponiendo. En el ámbito legal esto no cambia y la autodeterminación de una persona debe encontrar tanto protección como límites en el ordenamiento jurídico (Rossetti, et al., 2018).

De acuerdo con el médico colombiano Juan Camilo Suárez, las principales enfermedades que originan las deficiencias por desórdenes neurológicos son: “epilepsia, enfermedad de Alzheimer y otras demencias, enfermedad de Parkinson, esclerosis múltiple, migraña, enfermedad cerebrovascular, poliomielitis, tétanos, meningitis y encefalitis” (Suárez, 2014, p. 293).

Estas son algunas de las causas concretas de deficiencias estructurales y funcionales del sistema nervioso central, por lo que comprometen en diversos grados la realización de actividades y la participación de la persona, al provocar una o varias alteraciones motoras, sensoriales visuales, sensoriales no visuales, sensitivas, cognitivas y del comportamiento. (Suárez, 2014, p. 295)

Entre algunas de estas alteraciones, analizaremos como ejemplo el daño cerebral adquirido. Este concepto abarca un sinnúmero de patologías que tienen la gravedad para afectar el cerebro causando daños funcionales y estructurales. Dentro de esta categoría se encuentran la epilepsia, los tumores, enfermedad metabólica o degenerativa, infecciones de diversos tipos, enfermedad cerebrovascular y traumatismo craneoencefálico (TCE), siendo estos dos últimos los de mayor incidencia en la población. (Bonilla et al., 2018, p. 20)

En medio de los procesos cognitivos afectados por estas patologías o secuelas, se encuentra la atención. No como un proceso aislado, sino en su relación con la percepción, orientación, memoria y planificación. No es objeto de este estudio hacer un análisis neuroanatómico de dicha condición. Sin embargo, de acuerdo a los autores, existen estudios que muestran como la atención es el resultado de la participación de un sistema de muchas áreas anatómicas específicas, como el lóbulo frontal y parietal derecho.

Esta red atencional anterior estaría relacionada con el concepto de atención dirigida a la acción. Este sistema está relacionado con el control de la conducta dirigida a objetivos, la detección de errores y eventos, la inhibición de respuestas automáticas y la resolución de

situaciones conflictivas. Las denominadas tareas atencionales implican redes funcionales distribuidas por la corteza cerebral y estructuras subcorticales. (Bonilla et al., 2018, p. 28)

Una lesión frontal implica dificultades a la hora de controlar los estímulos autogenerados en el sistema límbico, que conciernen a las emociones y a la memoria, estímulos visual y acústicamente guiados procedentes de las regiones parietal y temporal. Las alteraciones descritas relacionadas con la atención suponen una dificultad para establecer nuevos aprendizajes y dan origen a problemas en el rendimiento laboral y académico. (Ríos-Lago et al., 2007 como se citó en Bonilla et al., 2018, p. 29)

Según el autor y los diferentes estudios que analiza, suelen evidenciarse importantes cambios en la capacidad y habilidades de la persona, como en retener información, déficit en memoria semántica y episódica, desarrollo de planes, flexibilidad de cambio, entre otras. Incluso existen condiciones en las que el individuo presenta ausencia de inhibición, y comienza a actuar sin considerar si es apropiado o no, si molesta o perjudica al otro, incluso repiten errores compulsivamente, provocando conductas física o verbalmente agresivas.

De acuerdo con el estudio que realizan estos autores, la corteza prefrontal del cerebro es de gran importancia pues allí es donde ocurren los procesos de “control, regulación y planeación de la conducta que permiten que las personas desarrollen conductas productivas, autónomas y se genere así una retroalimentación positiva para el individuo” (Bonilla et al., 2018, p. 37). Este análisis toma importancia además debido a que, si en esta región del cerebro se presentara una lesión, se afectarían las funciones cognitivas más importantes, y se generarían afectaciones a aspectos como “la personalidad, la conducta social, el juicio, la ética y la toma de decisiones” (Bonilla et al., 2018, p. 41).

Sin embargo, las dificultades en la monitorización del desempeño no son privativas de los pacientes con lesiones cerebrales evidentes, sino que aparecen también en trastornos congénitos como los del espectro autista, en cuadros clínicos como la esquizofrenia, en trastornos del desarrollo como el de déficit de atención y en trastornos degenerativos como la enfermedad de Alzheimer (Villuendas, 2014). Asimismo, encontramos enfermedades como la esquizofrenia, que, entre otros síntomas, se evidencia la limitación de algunos procesos cognitivos como la habilidad de preparar sus acciones, autoevaluarse y corregir sus errores. Múltiples investigaciones confirman que personas que sufren esta enfermedad pueden contar con anomalías en el funcionamiento de la

corteza prefrontal dorsolateral, que se relaciona con las disfunciones ejecutivas y dificultades en la resolución de problemas (Pardo, 2005).

Las alteraciones a nivel psicológico, psiquiátrico y comportamental que surgen en razón a enfermedades o patologías mentales, suelen ser entonces, motivo de limitación para la capacidad de decisión y asunción del error en las personas que la padecen. Estas alteraciones afectan no solo al propio sujeto, sino también su entorno familiar, representando serias dificultades en actividades cotidianas y de interacción. Incluso siendo un estudio superficial de neuroanatomía, se tiene entonces que la generalización de capacidad de toma de decisiones, tomar riesgos y cometer errores que trae la Ley 1996 de 2019, es inadecuada en tanto existen circunstancias especiales en las que un sujeto en situación de discapacidad podrá tomar decisiones erróneas que lo perjudiquen no solo a él, sino a quienes lo rodean.

Así pues, es beneficioso que todos, sea cual sea nuestra capacidad para decidir, podamos hacerlo sobre nuestra comodidad, alimentación, vestir, entre otros. Sin embargo, consideramos necesario limitar esta libertad para quienes por medio de decisiones pueden afectarse a sí mismos y a otros, por no ser estas coherentes y no ser en verdad un reflejo de su voluntad. Como bien afirma la Doctora Ayala (2001), “el ejercicio de la autonomía adquiere características peculiares en individuos con alguna discapacidad mental y se halla en dependencia del grado o severidad de su afección” (p. 51).

#### **4. El Derecho a Cometer Errores**

¿Existe tal cosa como el derecho a estar equivocado? Así lo asegura la Ley 1996 de 2019 para todas las personas mayores de edad en Colombia<sup>21</sup>. Sin embargo, es importante entonces preguntarse ¿qué se entiende por error? Como bien afirma el autor de la Torre (2004), se trata de un concepto de alto contenido emotivo, que puede compararse con un vaso que se encuentra medio lleno. Unos, percibirán lo que falta por llenarse, mientras que los optimistas verán lo que ya se

---

<sup>21</sup> Numeral 2 del Artículo 4 de la Ley 1996 de 2019: “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”.

tiene. Puede entenderse el error desde dos perspectivas: como algo defectuoso, o como algo valioso por mejorar. “Desde una perspectiva constructiva, el error es *un desajuste entre lo esperado y lo obtenido*” (de la Torre, 2004, p. 7).

Es común pensar que “de los errores se aprende”, y aun siguiendo al autor, ¿qué niño aprende a andar sin caerse, a hablar sin equivocarse, a leer o escribir sin cometer faltas? ¿Qué adulto aprendió su profesión sin equivocaciones, a madurar afectivamente sin contrariedades, a tener amigos sin perderlos, a emprender un proyecto sin contratiempos? más aun, ¿cómo llegaríamos a la madurez sin la crisis de la adolescencia y el impulso innovador de la juventud? (de la Torre, 2004, p. 13)

El error es consustancial al desarrollo humano y al propio progreso de la ciencia. Sin embargo, no todo error posee un valor educativo por sí mismo. Aunque el error sea un hecho natural que acompaña al aprendizaje y desarrollo individual, hay situaciones de fracaso que perjudican el crecimiento personal, y consecuencias negativas que son verdaderamente irreversibles y perjudiciales para la persona en quien recaen. El error, como categoría instructiva, también debe entenderse como conducta evitativa y contraproducente ya que puede desanimar, distanciar e infundir complejos (de la Torre, 2004). En realidad, cuando uno tiene la capacidad de reconocer sus errores, de allí va consigo la posibilidad de aprender de ellos y no repetirlos.

De acuerdo con las Naciones Unidas, este derecho cobija a las personas con impedimentos mentales de tipo psicosocial o cognitivo. En la Convención de las Personas con Discapacidad, se aclara que este grupo protegido debe ser apoyado en sus decisiones, pero no deben ser sustituidos en su propia voluntad. Por esta razón, consideramos importante analizar a la luz de la Ley 1996 de 2019, la consagración al “derecho a tomar riesgos y cometer errores” que va de la mano con la autonomía de la voluntad de las personas en situación de discapacidad.

Ahora bien, consideramos que esta posición omite que es usual en la experiencia humana solicitar apoyo, ayuda o consejo de quienes se consideran útiles y necesarios para tomar decisiones en la vida. En el mundo jurídico, es importante tener en cuenta que los errores que el ser humano comete a diario pueden o no ser de gran enseñanza para el futuro. Pero, además, lo cierto es que no todo error o experiencia negativa conlleva un aprendizaje, y hay equivocaciones que, para afrontarlas, requieren de una cierta fortaleza mental, y estabilidad emocional para lograr remediar y superar.

Cada error cometido nos permite evidenciar nuestro propio proceso cognitivo, teniendo en cuenta que no todos los errores son iguales. Como explica De la Torre, el error es a veces un indicador de que determinados procesos intelectuales, no funcionan como deberían. Ahora bien, cuando una persona en situación de discapacidad comete errores, pueden ser consecuencia del día a día, o bien un reflejo de lo que, en su interior, sucede con su capacidad intelectual. “Uno de los síntomas más frecuentes en pacientes que sufren una lesión cerebral es la dificultad para reconocer y corregir los errores que cometen en las tareas experimentales o en la vida cotidiana” (Ullsperger, 2006 como se citó en Villuendas, 2014, p. 7). “Dicha incapacidad para detectar errores en el desempeño puede afectar de manera sensible la capacidad de estos pacientes para regular su conducta” (Villuendas, 2014, p. 7).

Así entonces, es claro que el error es una situación común y cotidiana del ser humano, que se cometen por falta de atención, por no saber valorar las opciones, por desconocimiento de la situación, entre otras razones. Cada error atiende a las diferencias, características sociales, aptitudes, habilidades, destrezas y hábitos personales de cada quien. Para una persona es habitual preguntar y evaluar opciones y opiniones antes de tomar una decisión importante. Luego de cometer una equivocación significativa, dedicamos tiempo a analizarla y conocer sus causas, planteamos variables sobre la decisión y así logramos en algún punto, mejorar nuestro proceso y nuestros resultados. Todo ello implica, de alguna manera, una actitud flexible respecto a las diversas consecuencias que puedan surgir, además de capacidad de autorreflexión. Así pues, cuando la persona que comete un error no tiene la capacidad de reconocerlo como tal, el error pierde su característica especial de aprendizaje, y ese proceso interno de corrección.

De allí que el error suele incitar el autoaprendizaje, la autorregulación y la reflexión. Sin ello, podremos sobrevivir, pero con carencias que llevarán a ciertas inadaptaciones sociales. Conforme vamos teniendo autonomía, seremos capaces de informarnos, autoformarnos y superarnos (de la Torre, 2004). Al respeto, descubrimos que no todos los seres humanos tenemos la capacidad de hacerlo de forma adecuada, y así, los errores no tendrían ningún contenido positivo para nuestra vida.

Lo que aquí nos concierne y preocupa, es el hecho de que un grave error puede ser parte de lo que la conciencia registra con mayor intensidad, como los acontecimientos impactantes más que

las situaciones rutinarias<sup>22</sup>. Recordamos mejor los accidentes que los sucesos corrientes. Un juicio a nosotros mismos siempre será duro cuando no aprendemos nada de nuestro error, aún más cuando ese mismo hecho ha causado consecuencias de peso para nosotros, o incluso para alguien que nos rodea. Así pues, si concluimos que neurológicamente una persona que ostente una secuela, enfermedad, condición o patología que limite su capacidad intelectual, comete errores de mayor entidad debido a su condición y que además no tiene el raciocinio para afrontar dichas consecuencias de forma positiva, ¿está bien darle plena libertad de tomar riesgos y equivocarse?

Los problemas de la vida cotidiana no vienen preparados ni tienen una solución prevista. Desde la más sencilla decisión a la más compleja, es necesario estudiar la capacidad de decidir de cada quien, antes de otorgarle la libertad plena de cometer errores. Es preciso, pues, partir de la madurez del sujeto respecto del tipo de objetivos o metas planteados, pues toda actividad exige comprensión.

De ahí que tanto el procesamiento previo al error, como el posterior a este, requiere capacidades intelectuales de comprensión, adaptación y lógica. No estamos haciendo un juicio gratuito, sino poniendo al descubierto una realidad tangible. Se han estudiado distintos sistemas que permiten el proceso de retroalimentación, entre otras razones porque en diversos padecimientos que afectan al sistema nervioso central pareciera haber un proceso de retroalimentación deficiente detrás de algunos síntomas que afectan el desempeño. En esta línea de ideas, autores como Villuendas explican cómo los lóbulos frontales serían responsables tanto de la comisión de errores como de su detección a través de la evaluación de los resultados. Asimismo, el sistema de decisión y error comparte estructuras del cerebro involucradas en la competencia e inhibición de respuestas, y otras en el procesamiento de errores (Villuendas, 2014).

## **5. Casos Difíciles**

Tal y como se mencionó anteriormente, el término “capacidad” está altamente relacionado con el ejercicio de la autonomía privada, la cual reconoce a los particulares la potestad de decisión sobre sus relaciones jurídicas, su vida y su desarrollo personal (Vallejo et al., 2017). Del análisis

---

<sup>22</sup> Tal y como lo han registrado diversos estudios de la Economía y Psicología Conductual. Al respecto ver: los estudios sobre Aversión a las Pérdidas de Kahneman y Tversky, 1979; Kensinger (2011)

que hemos realizado en los apartados anteriores, se tiene que el ejercicio de estas figuras se puede ver, en ocasiones, afectado en razón a sus circunstancias. Lo que se expone a continuación no es un estudio detallado sobre todos los casos que al igual que las autoras, muchos países y organizaciones consideran difíciles en la práctica (Schaaf, 2011), pero un análisis que demuestra que se trata de un asunto problemático y las relaciones que podría tener con ciertas situaciones de actualidad en el país.

## **5.1. El Aborto**

Aunque sea un derecho consagrado como fundamental desde la Corte Constitucional (2007), millones de mujeres no cuentan con el control necesario sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva. Muchas carecen de acceso a los servicios de salud necesarios, además de no conocer sus opciones prenatales. Como resultado de ello, hay aproximadamente 19 millones de mujeres que cada año no tienen otra opción más que someterse a un aborto inseguro. “Muchas de esas mujeres morirán como consecuencia; muchas más quedarán lesionadas permanentemente. Casi todas las mujeres que mueren o son lesionadas son pobres y viven en países pobres” (Thomas, 2006, p. 1). Por razones que van desde los derechos humanos hasta la religión, el aborto genera más desacuerdo político y social que muchos otros asuntos. Continúa siendo un tema singularmente emotivo y complicado en muchos países, pareciendo a veces que no hay espacio para una discusión equilibrada (Thomas, 2006).

Sin embargo, no se trata de la legalización o no del aborto en Colombia. Hay una apremiante necesidad de determinar qué pasará de ahora en adelante con las mujeres en situación de discapacidad que sean posibles madres. En este trabajo de investigación no se busca negar ningún derecho fundamental, y menos aún los derechos sexuales y reproductivos de la mujer con discapacidad, a sabiendas de que son derechos controvertidos y difíciles de abordar. Como bien afirma la autora Pérez (2016):

La vida de las personas discapacitadas, en sí misma es complicada, se encuentra limitada para multitud de tareas, capacidades y habilidades, por ello la vida de una mujer discapacitada que quiere ejercer su derecho a la maternidad puede hacerse una cuesta demasiado pendiente. (p. 1)

Durante muchos años en discusiones internacionales se dijo que las mujeres en situación de discapacidad son particularmente vulnerables a la coerción sexual, abuso y explotación (Schaaf, 2011). En el caso específico de las mujeres con discapacidad, esta situación es todavía más problemática debido a que según la Organización de Naciones Unidas, es necesario el “consentimiento libre y pleno” de la madre para acudir legalmente al aborto, si se cumplen además los requisitos excepcionales en la ley. La Corte Constitucional reconoce el derecho al aborto como fundamental, como medida para proteger en debida forma sus derechos sexuales y reproductivos.

De igual forma, se debe respetar la voluntad de la mujer, en caso de que su decisión sea dar a luz un hijo que por diagnósticos previos presente alguna anomalía genética. Sin embargo, lo más preocupante es la invisibilidad de estas situaciones, ya que pone en peligro a esas niñas, jóvenes y mujeres (Desde Nosotras, 2018). Lo que aquí se discute es la posibilidad de que, en razón a su constante vulnerabilidad, la mujer en situación de discapacidad se vea afectada en su consentimiento y en su sexualidad.

En una sociedad como la colombiana, marcada por la histórica violencia e injusta discriminación de género, el hecho que una mujer en situación de discapacidad que en realidad no comprenda en su totalidad los actos cotidianos que realiza, conlleva a que deba ser protegida ella misma y el posible nasciturus que pueda surgir de aquella concurrencia de realidades. Esta situación nos sitúa ante alternativas que atentan en sí mismas, derechos fundamentales: sea el derecho a la libre reproducción de la madre, o los derechos superiores del menor de vivir una vida digna. La sociedad está, por tanto, legitimada para tutelar esos intereses de los que aún no han nacido en aras del bien común. Así pues, el aborto debería ser un derecho para toda mujer en situación de discapacidad, o para quien ostente su representación si se logra demostrar que no hubo consentimiento válido en la concepción.

Insistimos en la necesidad de tomar acciones por parte del Estado, con el fin de que todas las mujeres y en este caso, también sus familias y pareja, aprendan a usar, correcta y consistentemente, métodos confiables de anticoncepción durante la mayor parte de sus años fértiles (Thomas, 2006). El debate ideológico alrededor del aborto esconde una verdad tácita: al enfrentarse con un embarazo no deseado la familia de estas mujeres, o incluso ellas mismas sin comprenderlo por completo, buscarán un aborto independientemente de su legalidad o seguridad.

Hay una simple verdad, y es además la difícil situación económica que ataca constantemente a las personas en situación de discapacidad, y a sus familias, en Colombia. La pobreza tiene múltiples dimensiones que incluyen la falta de recursos económicos, la violación sistemática de derechos humanos, la mala salud y la falta de opciones. En el cuidado de una persona en esta situación, se destaca como primer elemento los altos costos de la atención de las necesidades de las personas con discapacidad en cuanto a alimentación adecuada, insumos médicos, movilización, exámenes médicos, gastos personales, etc (Thomas, 2006). De allí que costear la vida de un ser adicional, además de su madre, implica cargas tanto físicas y económicas como emocionales para quien de hecho ejerza la maternidad, que son en muchos casos, los abuelos del recién nacido.

Todas las esferas de la vida del ser humano deben estar bajo el signo de la prudencia y la responsabilidad y no existe razón alguna para excluir de esta exigencia la reproducción. Tanto o más que las legítimas aspiraciones de los posibles progenitores, hay que tener en cuenta el derecho básico de todo ser humano a venir a la vida en condiciones dignas. La atención a las necesidades de los nacidos es un deber fundamental de la familia y de la comunidad humana en su conjunto, en armonía con la destreza, preparación y capacidad que un ser humano requiere para desarrollarse. Y es que, como bien afirma el profesor de bioética, José Ramón Amor, nos encontramos en una sociedad tan sensible a la libertad individual, que esta postura puede interpretarse como discriminatoria. Sin embargo, en el caso de un menor de edad, está en juego el bienestar de terceros inocentes, una realidad que altera sustancialmente el panorama y que debe ser debidamente ponderada.

Otro tema importante relacionado con la maternidad es la capacidad de crianza de los hijos, es decir, en esferas afectivas, emocionales y educativas. Es una realidad que el tener un hijo afecta más que todo a sus padres como pareja. Sin embargo, no deja de ser un asunto que concierne también a la sociedad y aún más en el caso de las personas con discapacidad pues necesitan un grado más elevado de mediaciones sociales para el desarrollo de su vida cotidiana. Así entonces, es necesario que el proceso de maternidad sea humano y humanizador, no puede dejarse a un lado la situación en la que el nuevo ser va a venir a la vida, procurando que ese entorno reúna unas condiciones favorables para el desarrollo de las potencialidades del individuo.

En suma, la situación de las personas en situación de discapacidad no es del todo pacífica, pues aún presentan todavía carencias y vulneraciones. Su existencia se desarrolla dentro de un mundo

frecuentemente extraño e incluso hostil, en la cual sin duda se vería condicionada directamente su descendencia. Y ante todo vale la pena preguntarse, quienes defienden la libre expresión de la sexualidad y reproducción ¿buscan algo más que imitar una práctica extendida y socialmente valiosa? O, ¿en realidad buscan proteger a las personas en situación de discapacidad?

## **5.2. Procedimientos Médicos y/o Quirúrgicos**

La sociedad actual aboga por el ejercicio de su autonomía, expresada mediante el consentimiento informado; obligación moral para la toma de decisiones, que pueden ser aceptadas o no, pero siempre de mutuo acuerdo entre el médico y el enfermo, como premisa y respeto a la integridad de ambos. (Ayala, 2001, p. 1)

Así lo afirma la Dra. Ayala (2001). En la práctica actual suelen ser los familiares o curadores quienes lo ejerzan cuando se trata de una persona en situación de discapacidad mental y cognitiva.

En el respeto a la integridad del paciente discapacitado mentalmente, el hecho va más allá que el simple ejercicio del consentimiento informado o la toma autónoma de una decisión. Respetarlo como ser humano incluye también establecer un diagnóstico correcto de la afección que origina sus dolencias y, por supuesto, una adecuada caracterización de la severidad del daño o grado de deterioro mental. (Ayala, 2001, p. 2)

El consentimiento informado se define como la declaración de voluntad de un sujeto capaz y libre con respecto a una propuesta médica que recae sobre un procedimiento, intervención o diagnóstico específico. Al abordar cualquier paciente, es deber ético de la profesión médica el comunicar de manera asertiva y clara lo relevante según cada caso concreto, teniendo en cuenta que se está ante un derecho del paciente, el cual debe comprender, entender y aceptar los riesgos y beneficios que pueda implicar el acto médico que se propone. De allí que el consentimiento debe estar compuesto por: voluntariedad, información en cantidad y calidad suficiente, competencia, validez y autenticidad (Giunta y Gordillo, 2010).

Con este enunciado se hace alusión a que se debe tener certeza de que el paciente no solo comprenda la información que le está siendo suministrada, sino que no haya ningún estado mental de por medio que pueda afectar la decisión. Como por ejemplo, traumas o faltas en la apreciación

de las circunstancias que por alguna razón haga que el paciente tome la decisión sin una verdadera ponderación de los riesgos.

Haciendo un desglose histórico, se puede ver que, en el Código de Núremberg de 1947, se afirma lo siguiente:

El consentimiento voluntario del sujeto humano es absolutamente esencial. Esto quiere decir que la persona implicada debe tener capacidad legal para dar su consentimiento; que debe estar en una situación tal que pueda ejercer su libertad de escoger, sin la intervención de cualquier elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción o algún otro factor coercitivo o coactivo; y que debe tener el suficiente conocimiento y comprensión del asunto en sus distintos aspectos para que pueda tomar una decisión consciente.

Sin embargo, si analizamos el concepto de discapacidad mental es fácilmente apreciable que hay una incompatibilidad entre estas condiciones de validez y la definición expuesta de “consentimiento informado”. Como hemos visto en el desarrollo de este capítulo, las personas en situación de discapacidad ejercen su autonomía con algunas particularidades que dependen siempre de la gravedad de su afección. En el ámbito médico existen diferentes criterios en relación con la real competencia de cada sujeto para decidir. Si la persona en la práctica no se evalúa como realmente capaz para ello, y no hay otra persona que legalmente decida por ella, el médico actuará en busca del mayor beneficio para el paciente. En estos casos es imprescindible velar por un cierto grado de paternalismo en búsqueda del principio de beneficencia (Lepiz, 2001).

Así entonces, los profesionales que conocen y tratan a estas personas de especial atención, deben contar con un mayor nivel de precaución, paciencia y profesionalidad, pues dentro de este grupo minoritario se encuentran personas que no pueden proteger sus propios intereses, y serán en su mayoría foco para daños o abusos debido a que su autonomía se encuentra menoscabada o disminuida (Cañete et al., 2012). Por ello, consideramos que el paciente en su individualidad está además expuesto a un riesgo especial de persuasión indebida, coacción o manipulación, que convierte sus relaciones en una pugna particularmente desigual (Giunta y Gordillo, 2010).

Por tanto, en el caso en que una persona mayor de edad acuda a un profesional para una intervención médica, y esta se encuentra en una condición que no sea legalmente establecida, pero que vicia su voluntad, dificulte la comprensión o la toma de decisión, esto no podrá tenerse como

irrelevante y será necesario en cada caso determinar la capacidad del paciente para otorgar su consentimiento, sea acudiendo a profesionales especialistas que evalúen su razonamiento, entendimiento y lógica. Se presenta un interés de mayor categoría que prevalece sobre la protección a la autodeterminación individual del paciente. Se trata de evitar situaciones que puedan ser lesivas tanto para él, como para otras personas y profesionales. El colectivo debe primar frente al interés particular.

Es importante advertir que por el solo hecho de que una persona presente una discapacidad mental no se puede deducir que no posea la capacidad para entender las implicaciones de los tratamientos médicos que se le suministran. La terminología utilizada por la ciencia médica puede derivar en lamentables errores, tal es el caso de las personas con parálisis cerebral ya que un porcentaje considerable de estos puede manifestar su voluntad (Lepiz, 2001, p. 20).

Distintos estudios demuestran que, a pesar de encontrarse en una situación de discapacidad, existe efectivamente un grupo de personas en esta situación que es capaz de consentir a un procedimiento de forma válida. En este sentido, se logró determinar que el nivel de comprensión y manejo de la información de la cual son capaces las personas con limitaciones mentales, en algunos casos se encontraba al mismo nivel de quienes no poseen ningún tipo de limitación (Castillo, 2015). Lo anterior deja en evidencia el trato realmente desigual que otorga la Ley 1996 de 2019 al dar un trato uniforme a todas las personas en situación de discapacidad sin antes considerar la diversidad de un universo tan heterogéneo como es de las discapacidades.

Como hemos expuesto con anterioridad, a pesar de que la nueva disposición legal persiga en sí misma un fin valioso y de imperativa importancia, reiteramos nuestra posición al considerar que deben ser limitados los derechos de autodeterminación y libertad de decisión en casos como estos. Mediante el consentimiento informado se dispone de derechos como la integridad física y personal, la dignidad, la salud, y el más importante, la vida. Es por eso que consideramos obligatorio el contar con una habilidad de entendimiento que abarque riesgos, beneficios, posibilidades y alcance de lo que en lo médico se trata. No obstante, creemos importante que en todo caso se debe partir de la presunción de la capacidad y debe acudir a profesionales para conocer la realidad de cada caso. Por eso, de nada sirven las protecciones gubernamentales si no existe un verdadero

compromiso ético de los profesionales encargados de su cumplimiento, pues hacen parte importante de este ejercicio.

En efecto, se debe partir de la presunción de que todas las personas tienen el derecho a aceptar o rechazar procedimientos médicos siempre y cuando sean de hecho capaces para ello, pues es preciso aceptar que la evidencia empírica arroja que la capacidad y competencia son cuestiones científicas y objetivas. Esto supone el verdadero respeto por la igualdad, pues al buscar esa mínima protección a todas las personas, se discrimina de forma positiva, ya que será un trato por igual en búsqueda de su beneficio. El discriminar a personas en situación de discapacidad en razón a su “peligrosidad” o “falta de inteligencia” etiqueta y estigmatiza, pero si logramos una selección y actuación positiva, se respeta en realidad su igualdad y su dignidad (Pozon, 2017).

#### **5.4. El Suicidio**

El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2018, p. 5)

Antes de avanzar sobre la idea que propone este capítulo, es necesario precisar que no se abordará el suicidio de manera general ni se pretende realizar un análisis constitucional exhaustivo pues se volvería un estudio extenuante y avanzado, ajeno a los propósitos de esta investigación. Sin embargo, creemos necesario destacar algunos ejes de enfoque sobre el tema desde la sensibilidad única del mismo. De ahí nos permitimos preguntarnos, ¿es el derecho a la vida indisponible aún por su propio titular? Esta cuestión y su respuesta determina el poder de disposición que cada uno ostenta sobre su propia vida. En atención a su regulación, este derecho

oscila entre su carácter público e institucional, y subjetivo e individual. Así pues, si fuese público el Estado tendría la legitimación para limitarlo, protegiendo el bien jurídico de la vida sobre todo lo demás, incluso sobre la voluntad de quien la posee. En cambio, de ser de naturaleza exclusivamente privada, cualquier actuación estatal que pretendiera impedir la disposición de la propia vida por un sujeto capaz supondría una injerencia ilegítima en la esfera de la libertad individual (García, 2017).

Como bien afirma García, el derecho a la vida no es absolutamente indisponible, y si lo fuera, ¿sería entonces un deber correlativo el hecho de vivir? Existen además ciertos actos protegidos como derechos individuales (por ejemplo, el hecho planteado en el apartado anterior, de rechazar un tratamiento médico y aceptar sus consecuencias, incluso la muerte) que recaen sobre el titular del derecho. En este sentido, no existe la tentativa de suicidio, por lo que se entiende permitida la acción. Sin embargo, si existe regulación para destinatarios terceros, como el Estado y los particulares, de respetar y proteger la vida ajena. Esto se constituye entonces en un límite a la disponibilidad. Existe, por tanto, una disponibilidad relativa. Queda por esclarecer si esta facultad al individuo para suicidarse o si, por el contrario, constituye un acto de disposición que el Estado puede impedir (García, 2017).

De nuevo, la problemática recae en la voluntad del sujeto. Las enfermedades neurodegenerativas, caracterizadas por un deterioro progresivo de la función cerebral, afectan con distinta intensidad, las esferas del sujeto en niveles físicos, psicológicos y sociales, limitando de forma significativa el nivel de vida y cotidianidad de las personas que las padecen. Dicha afectación, junto con los síntomas depresivos asociados a algunas de estas enfermedades, favorece el comportamiento suicida (Alejos et al., 2020).

De ahí que disponer de la vida es una decisión sin reversa, y aunque sea una acción totalmente personal, el mensaje que en realidad se deriva de una permisión general de este acto es que se transfiere el riesgo al titular, cuando es el Estado el que está constitucionalmente obligado a proteger la vida de sus ciudadanos. Parece adecuada la intervención institucional mediante una intervención disuasoria y proteccionista, no paternalista, cuando se trate de personas no capaces de tomar una decisión acorde a su voluntad en aras siempre de su bienestar. En este sentido, debe ser un objetivo del Estado el proteger y asegurar que todo el que tome una decisión fundamental

sobre su vida, no sufra vulneración, coacción, falta de información y que sobretodo, sean personas conscientes y competentes para decidir por sí mismas (Salas, 2018).

Ahora, no se trata de rechazar el suicidio, sino de señalar la problemática de mantenerlo dentro de la esfera de lo indirectamente permitido. De acuerdo con García, si se considera que el suicidio es tanto objetiva como intrínsecamente negativo, y que la vida se ha de proteger incluso contra la voluntad de su titular, habría de prohibirse. En cambio, si se entiende como una expresión libre acorde a la dignidad del individuo, debe ser un derecho o al menos, despenalizar el acto de eutanasia directa en los casos en los que se estime oportuno.

Lo que parece habitar en esta premisa es que, de ser un derecho legalmente constituido, debe tratarse de una elección autónoma del individuo, válida, consciente y real, luego de que el sujeto ha contado con el mayor número de opciones posibles antes de decidir. Motivo por el cual, a raíz de este “derecho a morir” evidenciamos algunos retos y aspectos a tener en cuenta: en primer lugar, este acto no podría limitarse a quien está ya cerca de la muerte, y deben entonces establecerse unos límites y precauciones claras para evitar que pueda convertirse en un homicidio a sujetos que no comprendan la realidad de lo sucedido.

Si no se puede afirmar que exista una capacidad plena y que la persona se encuentra en pleno ejercicio de sus habilidades intelectuales, no podrá garantizarse sus derechos ni los de sus familiares, aceptando su suicidio sin ningún tipo de condición o restricción. Aunque no es lo que se pretende en este capítulo, aceptamos que, como afirma Monasterolo (2018), existe una desigualdad en la posibilidad de acceder al suicidio y aún más en la manera de acceder a él pues, aunque el resultado fuera el mismo, el sufrimiento sería mayor para aquellos en situación de discapacidad.

Más allá de los problemas teóricos que se evidencian en lo ya planteado, en líneas generales existen enfermedades o patologías cognitivas que pueden aumentar, de cierta manera, el ánimo suicida y la disminución de calidad de vida de quienes la sufren. Así pues, se tiene que el suicidio es un problema importante en la enfermedad de Huntington, por ejemplo. Esta enfermedad es un trastorno neurodegenerativo que produce un desgaste en las células nerviosas del cerebro, y de manera progresiva produce síntomas psiquiátricos y limitaciones al movimiento y pensamiento. Asimismo, la enfermedad de Alzheimer es una de las principales causas de pérdida de autonomía en adultos mayores, la cual se caracteriza clínicamente por disfunciones cognitivas que suelen

afectar a la memoria episódica y provocar trastornos de la conducta. De ambas se identifica un riesgo moderado de suicidio y más aún en las primeras etapas de la enfermedad, donde se comienza a anticipar la pérdida de autonomía e independencia (Alejos et al., 2020).

Esto demuestra que, a pesar de que las personas con limitaciones mentales tenían la capacidad para consentir, carecían de experiencia ejerciendo este derecho y en muchas ocasiones ni siquiera se les daba el mínimo de oportunidad para ejercerlo. Esta situación deriva en dificultades para comprender y dar su autorización dada la falta de experiencia sobre cómo lidiar con este tipo de relaciones médico-paciente.

## **Capítulo IV**

### **Implicaciones y Consecuencias de la Ley 1996 de 2019**

Como se ha venido explicando, desde que Colombia ratificó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, consintió el deber de proteger y promover la igualdad y dignidad de todas las personas en situación de discapacidad. Tiempo después, el legislador colombiano decidió implementar esta Convención por medio de la Ley 1996 de 2019, materializando así el modelo social de discapacidad. En razón de esta nueva disposición, el régimen de la capacidad en Colombia se ha visto radicalmente transformado, y ahora rige una presunción de capacidad generalizada para todas las personas mayores de edad, con la finalidad de promover la libertad e igualdad en la toma de decisiones para toda la población colombiana. El objetivo de este capítulo es presentar las circunstancias problemáticas de carácter sustancial y procesal que trae consigo la Ley 1996 de 2019 y cuestionar algunas figuras que a primera vista pueden parecer innovadoras a través de la presentación de casos prácticos y los efectos que percibimos para aquellas personas en situación de discapacidad y sus familiares.

## **1.Implicaciones Sustanciales de la ley 1996 de 2019**

### **1.1. La Interdicción y la Figura de la Guarda**

La más importante derogatoria que trajo consigo la Ley 1996 de 2019 es tal vez el proceso judicial de interdicción. De acuerdo con la Corte Constitucional, las providencias que decretaban la interdicción buscaban el beneficio de quienes ostentaban una debilidad manifiesta debido a que permitían que otra persona idónea fuera quien las representase y administrase su patrimonio, además de ser guarda de sus derechos y obligaciones.

Es un proceso de jurisdicción voluntaria, que no busca resolver un litigio, ni controvertir, ni obtener un derecho, sino que se declare que una persona no está en plenas condiciones mentales para desempeñarse por sí misma, con el objeto de evitar que se aprovechen de su condición y realicen actuaciones o negocios que puedan afectarle. (Sentencia T-026 de 2014, preámbulo)

Inicialmente consagrada en el Código Civil, la interdicción era una institución jurídica que lograba sustraer totalmente la capacidad y autodeterminación de la persona en situación de discapacidad. De la sentencia de interdicción surgían una variedad de efectos, como la imposibilidad de administrar bienes propios, la restricción de celebrar personalmente negocios jurídicos, la limitación de decisiones en procedimientos médicos, limitaciones para casarse, testar, abrir una cuenta bancaria, entre muchos otros. Esta solicitud podía ser, según el derogado artículo 532 del Código Civil, provocada por el cónyuge, familiares cercanos, padres, y Ministerio Público. La Ley 1306 de 2009 y el proceso judicial de interdicción configuraban, en su momento, un panorama en que toda condición, patología, enfermedad, síndrome o limitación intelectual que presentara una persona era motivo de restricción, y abordaban estos casos en razón a la gravedad del diagnóstico médico, mas no en las capacidades específicas de la persona (Sentencia T-063 de 2012).

En la sentencia se declaraba la interdicción judicial por discapacidad mental, se constituía al interdicto como legalmente separado de la administración y disposición de sus bienes y se designaba el curador principal legítimo del interdicto y en ocasiones, el suplente. El curador debía ejercer de manera preferencial la protección de la persona en situación de discapacidad, debía

encargarse personalmente de su bienestar físico y mental, además de asegurarle un nivel de vida adecuado, proveerle alimentación, vestuario y vivienda (Sentencia T- 406 de 2005).

Lastimosamente no todo lo relacionado con esta figura resultaba pacífico. Empezando con la designación de curador, el juez solía encontrarse con enfrentamientos y resentimientos familiares, por lo que en algunos casos los jueces decidían nombrar a un auxiliar de la justicia debido a que se le consideraba imparcial. Consideramos que, en estos casos, y según el artículo 281 del Código General del Proceso, era necesario que el juez tomara un papel más activo en el trámite, estudiando de forma minuciosa cada caso concreto, en aras de lograr una decisión de fondo garantista y protectora. Como bien cuentan Tirado y García, este proceso era utilizado comúnmente para temas comerciales, económicos, o fraudulentos, o incluso para obtener afiliaciones especiales al sistema de salud o subsidios gubernamentales.

Hernán Fabio López Blanco en el Tomo II de su obra Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano hace una crítica a los juicios de interdicción diciendo que “(...) la verdad sea dicha, a estos juicios únicamente se acude cuando existen fuertes intereses económicos de por medio y se quiere separar al demente de la administración de los bienes.”, (...) el verdadero objetivo de los procesos de declaración de interdicción por discapacidad mental es lograr la protección de los bienes y derechos de carácter patrimonial más que la vida e integridad de los interdictos a través de la curaduría. En general, siempre se ha planteado la necesidad de representación de quien no se considera capaz ante la sociedad, es como una forma de proteger el “estatus quo del contrato social. (Tirado et al., 2018 p. 156)

Esta crítica encuentra motivo en que la sociedad colombiana suele interesarse por el sostenimiento patrimonial más que el cuidado personal de la familia. De allí que se buscaba con esta sentencia de interdicción suplir la necesidad económica que se tiene, por ejemplo, con pensiones o ayudas institucionales. El criterio para determinar los límites de la injerencia del curador, al igual que los ámbitos que se le permitiría controlar, dependen totalmente de la visión que tenga la familia sin atender a la persona en situación de discapacidad, su historia y circunstancias personales (Tirado et al., 2018). Creemos que cuando la intrusión se vuelve abusiva por parte del curador e interfiere en asuntos tan individuales como la vivienda, alimentación, vestuario, sexualidad, entre otras, se vulnera abiertamente la dignidad y se desconoce su calidad de persona ante los ojos de la sociedad.

Sin embargo, defendemos la curatela como una figura con propósitos nobles de protección y asistencia, con grandes ventajas para quien realmente la requiriera. No obstante, es cierto se prestaba para múltiples malentendidos o abusos y era utilizada para situaciones innecesarias. Como hemos planteado anteriormente, las condiciones intelectuales de las personas en situación de discapacidad varían en muchos matices, por lo que no debe ser impuesta la misma figura sustitutiva a todas las personas en situación de discapacidad, pues no es necesaria en personas que, por ejemplo, poseen una deficiencia mental leve o sufren de alcoholismo o depresión.

La tutela y la curatela presentan grandes ventajas en la protección de los menores de edad o las personas declaradas judicialmente incapaces y sobre todo a aquellas que padecen enfermedades mentales de carácter cíclico, retraso mental simple, alguna debilidad mental o limitación física como consecuencia de la avanzada edad, entre otros. Estas reflexiones pretenden dejar constancia, ante todo, de la urgencia de la modificación de algunos preceptos relacionados con la institución tutelar y con la inclusión de la curatela como figura también tuitiva para lograr una plena regulación en beneficio de estas personas que padecen alguna discapacidad, no en el sentido rígido y esquemático que se le ha reservado en algunos momentos de involución del Derecho, sino en un sentido amplio, flexible y sobre todo, a tono con la nueva realidad que el Derecho de Familia impone. (Galiano, 2012, p. 3)

A pesar de que se imagine a este proceso como humanizador pues involucraba tanto a familiares como a personas en situación de discapacidad, no existe nada más lejano a la realidad. Dentro de este proceso no siempre se vinculaba a la persona sujeta a la decisión, el juez y los funcionarios del despacho no siempre se familiarizaban con la persona en situación de discapacidad. Este era un procedimiento “rígido y dicotómico”, “a todo o nada”, en el que el juez tenía únicamente dos opciones tajantes: la capacidad, o la incapacidad. El juez debía encontrar un punto intermedio entre la protección y la represión (Martínez y Daray, 2012).

Aunque legalmente es requisito, no es claro si todos los jueces de familia tienen en cuenta el certificado médico actualizado para la admisión de la demanda, y si además, se toman el tiempo de estudiar cada caso y sus particularidades (Sentencia T – 1103 de 2004). En este sentido, el alto tribunal propone determinar el nivel de autodeterminación de la persona sujeta al trámite pues “no siempre los niveles de autonomía de las personas con incapacidades son iguales, ni siempre son

irreversibles”. Cualquier opinión que pueda permitirse emitir la persona en situación de discapacidad, en la medida en que su enfermedad se lo permita, debe siempre ser valorada razonablemente por las autoridades judiciales. Por ejemplo, con quién desearía vivir o cómo quisiera hacerlo (Sentencia T – 492 de 2006). La Corte afirma que, además, “es fundamental que el juzgador tenga contacto directo con la misma, esto es, la evaluación directa del juzgador es un elemento clave en las diligencias correspondientes” (Sentencia T – 684 de 2014). Si el juez o la trabajadora social del despacho visitaran y conocieran a la persona sujeta al trámite, quizás no habría tantas situaciones de falsos testimonios, fraudes o declaraciones innecesarias.

Algunas críticas adicionales a la figura de la curatela recaen sobre la ausencia de límites al ejercicio de la curaduría en la vida personal y cotidiana de la persona en situación de discapacidad. No existe en la ley ninguna revisión especial de la vida de los involucrados y ello puede prestarse para extralimitaciones de quienes ejercen su cargo como curadores. En este contexto, además del poco control que se tenía en materia jurisdiccional sobre la declaración de interdicción, se generaban grandes abusos por parte de los curadores asignados a las personas a su cargo. Este atropello puede deberse al poco sentido que le otorga la sociedad a las personas en situación de discapacidad, a su supuesta peligrosidad, y a su debilidad manifiesta. Pueden ser, por ejemplo, tratamientos forzados, tratos crueles, abusos emocionales, desnutrición, abandono, entre otros.

Por lo tanto, de la interdicción surgían situaciones problemáticas y abusivas. Sin embargo, como hemos planteado en apartados anteriores, creemos necesaria la representación conforme al grado de incapacidad de la persona en cuestión, por medio de una figura que sea proporcional y adaptada a las circunstancias de cada quien, que pueda sustituir el ejercicio de la autonomía en los ámbitos más importantes y determinantes de la vida. Al respecto, consideramos necesaria una institución que logre ser una representación parcial no abusiva únicamente para quienes no cuentan con aptitud para comprender a cabalidad sus propias decisiones, pero sin llegar a afectar todo lo referente a su personalidad y autonomía (Martínez et al., Daray, 2012).

Las preocupaciones que aquí presentamos no son más que simples aristas de una dificultad general que sucede desde lo jurídico hasta lo personal. “Se trata de una clara muestra de la necesidad de un cambio estructural que transite por una coherencia normativa con un enfoque de derechos, por el acceso a la justicia, representación y dignidad desde un trabajo colectivo de eliminación de estigmas que se alejan de respetar su autonomía y dignidad” (Cruz y Rincón, 2018,

p. 85). A la luz de lo ya planteado, creemos necesario encontrar un punto de equilibrio que verdaderamente garantice los derechos de las personas en situación de discapacidad y que sea idóneo para a su vez, evitar abusos familiares o institucionales.

## **1.2. Ordenamiento Jurídico Colombiano Actual**

La Constitución Política de 1991, dentro del marco del Estado Social de Derecho, confirió la calidad de sujetos de especial protección a personas que por sus particulares condiciones físicas o personales lo requieren, tales como las niñas y niños, las mujeres, las personas de la tercera edad y los sujetos disminuidos física, sensorial o psíquicamente (C.P., artículos 43, 44, 46 y 47). En cuanto a las últimas, el artículo 13 de la Constitución consagra que en Colombia todos somos iguales ante la ley y establece, de manera general, que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan” (Sentencia T 046 de 2005, núm. 5)

La capacidad jurídica ha sido entendida tradicionalmente por el derecho desde dos perspectivas, capacidad de goce y de ejercicio. La capacidad de goce resulta de la aptitud para ser titular de derechos y deberes, y se entiende como un derecho de todos los humanos desde que nacemos. En cambio, la capacidad de ejercicio es la que permite obligarse por si mismo y realizar negocios jurídicos sin intervención de terceros. Esta capacidad se presume en el ordenamiento jurídico colombiano, salvo en las excepciones consagradas en la ley (Gómez et al., 2004).

Colombia ha logrado avanzar en el tema de garantías para las personas en situación de discapacidad motivado por el derecho internacional. En desarrollo de la igualdad y no discriminación de esta minoría, se proclamó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el año 2006, aprobada en Colombia mediante la Ley 1346 de 2009. En desarrollo de estos preceptos constitucionales, el legislador expidió la Ley 1996 de 2019 la cual es la razón principal de esta investigación. Sin embargo, previa a esta disposición se encontraba vigente la Ley 1306 de 2009, por medio de la cual se consagró un régimen jurídico completo y actualizado para las personas con discapacidad. En esta ley se diferenciaban los conceptos de

discapacidad mental absoluta (todo acto realizado en nombre propio se consideraría nulo) y relativa (contaba con validez jurídica en algunos actos específicos) y además se consagraba la interdicción como una protección a la persona en situación de discapacidad y a su familia e integridad (Puerto et al., 2018).

La normativa nacional vigente respecto a la discapacidad corresponde a 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”. Esta disposición logra reunir los lineamientos generales del modelo social de discapacidad, con énfasis en los principios de igualdad y no discriminación. De su importancia y alcance surge el objetivo principal de esta investigación, y es el plantear los casos en los cuales resulta problemática esta Ley, teniendo en cuenta el nuevo régimen legal sobre la discapacidad y algunos vacíos que la nueva normatividad contiene.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Ley 1996 de 2019 busca reconocer a todas las personas mayores de edad, incluso en situación de discapacidad, como titulares de derechos y obligaciones en aras de proteger la plena capacidad jurídica, la cual permite su participación en la vida política, laboral, social y cultural. Pareciese ser una verdadera innovación normativa con fines realmente garantistas y valiosos acordes a la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

Encontramos que el cambio más sustancial y problemático de esta Convención resulta ser su artículo 12, pues consagra la capacidad legal “universal” según la cual todas las personas somos iguales ante la ley e incluso las personas con discapacidad gozan de capacidad jurídica en igualdad de condiciones a las demás. Esta aseveración genera un revés a los conceptos ya arraigados en nuestro ordenamiento jurídico tales como la capacidad, el consentimiento y la validez (González, 2010). Por otra parte, se tiene que este artículo generaliza su propuesta a todas las personas mayores de edad, que presentan en la realidad una complejidad personal y médica que exige un tratamiento diverso y personal. Como bien afirma Agustina Palacios, este es el mayor desafío de la Convención. Cuenta la autora que durante el debate previo a la Convención, el modelo social fue ampliamente aceptado “con respecto a la diversidad funcional física o sensorial, parece que falta mucho camino por andar y muchas barreras y prejuicios que derribar en lo que a diversidades psicosociales o intelectuales se trate” (Palacios, 2008, p. 2).

Según la Ley 1996 de 2019, la voluntad no puede transferirse a un tercero, pues se debe asistir y prestar todas las adecuaciones necesarias para garantizar el ejercicio pleno de la autonomía de

las personas en situación de discapacidad. Ahora, luego de implementadas medidas de acceso, debe crearse un apoyo personalizado que dependa íntegramente de las características y situación de la persona. Ello implica que aún con esta nueva normativa, hace falta un sujeto externo para apoyar la vida y autodeterminación de quien lo necesite. Sin embargo, tiene un papel diferente y no supone una sustitución de su voluntad, sino un consejero y asistente (Cuenca, 2011). El apoyo debe atender a las necesidades específicas que no podría realizar individualmente la persona en situación de discapacidad, y se asigna de acuerdo a las consideraciones especiales de la persona pero sin representar una sustitución total de su voluntad. Deberá además aceptar que la persona en situación de discapacidad cometa sus propios errores, riesgos y tome decisiones, incluso aunque sean consideradas inaceptables o perjudiciales. Ello no supone que, en ciertas circunstancias, como lo profundizaremos más adelante, no creamos necesaria la representación total de la persona en situación de discapacidad.

Por ello, la Ley 1996 de 2019 deroga la figura de la interdicción, lo que quiere decir que, a partir de su promulgación, no podrán adelantarse ni decretarse interdicciones judiciales. Igualmente fueron derogados los numerales del Código General del Proceso que regulaban la competencia de los jueces de familia para el trámite de este proceso y todo lo relacionado con la figura de guarda. En consecuencia, solo conservan vigencia los procesos de adjudicación de apoyos, las salvaguardias y las directivas anticipadas. La disposición que sufrió más alteraciones fue entonces la Ley 1306 de 2009, que fue modificada radicalmente pues fueron derogados los artículos 1 a 48, 50 a 52, 55, 64 y 90. Estos artículos regulaban, grosso modo, las personas con discapacidad y sus protecciones, quiénes estaban sujetos al proceso de interdicción, los requisitos de la curatela y sus principios, restricciones a la capacidad, entre otros temas.

El Título II del Código Civil en los artículos 1502, 1503 y 1504 establece el régimen de capacidad legal en Colombia. El artículo 1504 del Código Civil, señalaba que los dementes, posteriormente persona con discapacidad mental (Ley 1306 de 2010), y los sordomudos que no pudiesen darse a entender, eran considerados incapaces absolutos y únicamente podían actuar válidamente por medio de su representante legal, de lo contrario sus actos eran susceptibles de nulidad. A raíz de la promulgación de la Ley 1996 de 2019, el requisito de validez del artículo 1502 del Código Civil fue reformado totalmente. Desde el 26 de agosto del 2019, toda persona mayor de edad en Colombia se presume capaz, modificando el artículo 1504 del Código Civil. En

consecuencia, los únicos actos que podrán declararse nulos por carencia de capacidad legal serán aquellos que celebren los menores de edad o por quienes carezcan de una habilitación especial. Para resumir, la ley suprime la discapacidad como fuente de incapacidad.

Por otro lado, se tiene que ahora no estarán viciados de nulidad los actos realizados de forma independiente por la persona en situación de discapacidad que no haya sido previamente declarada en interdicción o que tenga asignado un apoyo formal para ese acto específico. Por tanto, se tiene que ahora no serán nulos los actos independientes excepto que sean actos independientes en los que ya se había asignado un apoyo específico. Esta nueva condición y requisito de validez está determinada en los artículos 19 y 39 de la Ley 1996 de 2019.

De la determinación de capacidad absoluta para mayores de edad surge inevitablemente la modificación sobre la capacidad aquiliana para toda persona mayor de edad en Colombia. La Ley 1996 de 2019 modifica además este aspecto para los menores de edad, pues decreta que esta capacidad para cometer un ilícito civil se ostenta desde los 12 años. De igual forma, se considera que las personas titulares del acto jurídico pueden cometer errores y tomar riesgos y en consecuencia, también son responsables de condenas civiles y penales aunque se encuentren en situación de discapacidad y tengan en su favor un acuerdo de apoyo formal. Esta determinación la analizaremos más adelante en tanto consideramos problemático su alcance y circunstancia.

En síntesis, la Ley 1996 de 2019 modificó la capacidad y con ella los requisitos de validez para la realización de actos jurídicos, además de la configuración de la figura de apoyos (Hernández, 2020). Esta modificación puede resultar problemática en razón a todo lo que hemos analizado a lo largo de esta investigación. Nos preguntamos qué tipo de protección al patrimonio de la persona en situación de discapacidad, su seguridad jurídica y su igualdad negocial se logrará con esta disposición.

Así pues, consideramos que, si bien la Convención debía ser implementada en Colombia, podría haberse instaurado mediante una modificación al proceso judicial de interdicción, de forma que se ampliara el margen de capacidad a las personas en situación de discapacidad física, sensorial, o leve y permitirles recurrir a la innovadora figura de adjudicación de apoyos y directivas anticipadas, eliminando para estos casos la figura de la curatela. Sin embargo, la interdicción y representación total debía mantenerse intacta para quienes la precisan debido a lo que hemos ilustrado ampliamente en este trabajo de investigación. Contraria a esta lógica, el legislador optó

por otorgar capacidad a las personas que en los hechos son absolutamente incapaces, y se generalizó el reconocimiento de la capacidad de ejercicio sin proteger circunstancias personales y particulares.

### **1.3. Responsabilidad Civil y Penal de la Persona en Situación de Discapacidad**

En esta sección analizaremos la modificación que consagra la Ley 1996 de 2019 a los regímenes de responsabilidad, civil y penal. Desde el 26 de agosto del 2019, toda persona mayor de edad en Colombia es considerada capaz de cometer ilícitos civiles y penales, y será responsable en si misma por sus actos, así lo consagra el Código Civil cuyo nuevo texto es el siguiente:

Artículo 2346. Los menores de 12 años no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudieren imputárseles negligencia.

La responsabilidad civil es considerada como un conjunto de normas jurídicas destinadas a regular las consecuencias que tienen como fuente un hecho dañoso. Esta institución permite determinar los elementos de la obligación indemnizatoria que surge entre una persona natural o jurídica a otra, por la causación de un hecho ilícito. Asimismo, permite identificar quiénes o quién es el responsable, las víctimas, en qué consiste la reparación y que tipo de obligación surge entre las partes. En el curso natural de las cosas, si el daño causado fue en razón al hecho imputable de otro, las reglas morales, el equilibrio social y la justicia correctiva imponen que el responsable indemnice a la víctima. Así pues, el objetivo de este mecanismo es indemnizar y restablecer una situación precedente (Slebi, 2010).

La responsabilidad civil colombiana es de tradición dualista (Tamayo, 2007), en el sentido de que reconoce una responsabilidad contractual y otra responsabilidad extracontractual, así lo ha reconocido la jurisprudencia ordinaria y la constitucional. La primera emerge de “un contrato” válidamente celebrado. (Garcés, 2014, p. 79)

La segunda es la llamada responsabilidad extracontractual o aquiliana, que surge “como consecuencia de violar un deber general de diligencia y prudencia que se impone al realizar actividades en sociedad, sin que exista un vínculo jurídico previo entre las partes” (Castro, 2014,

p. 22). Para la ocurrencia de esta responsabilidad, son necesarios (i) una conducta dolosa o culposa, (ii) un daño y (iii) un vínculo causal entre la conducta y el daño.

En materia de responsabilidad civil extracontractual, previa actualización normativa, el ordenamiento jurídico colombiano consideraba como incapaces para cometer delito o culpa a las personas en situación de discapacidad. En ese sentido, se ejercía lo que se conoce como responsabilidad civil indirecta o por el hecho ajeno, la cual se fundamenta en que existen quienes no solo son responsables por sus propios actos, sino además por quienes están bajo su cuidado (Castro, 2014). Esta institución tiene un fundamento claro, pues en el mismo sentido de lo ya expuesto, no puede exigírsele la misma conducta, los mismos deberes y la misma sanción a quien no comprende o no tiene el discernimiento para ello.

La figura de la Culpa es primordial en la responsabilidad extracontractual pues corresponde a un error de conducta, en el que no habría incurrido una persona razonable que, por regla general, justifica el nacimiento de la obligación indemnizatoria, o como se dice en el Derecho Penal, una violación del deber objetivo de cuidado por imprudencia, impericia o negligencia. (Garcés, 2014, p. 83). El grado de cuidado y diligencia que exige el derecho de la responsabilidad extracontractual es en sí mismo riguroso, teniendo en cuenta que pocas veces se tiene en cuenta las características particulares del sujeto. Así pues, se puede ser responsable civilmente por ocasionar un hecho ilícito en razón a una actuación que una persona razonable no habría cometido (Honoré, 1999). De acuerdo con esta afirmación, si se cuenta con capacidad para cometer culpa, se presume la capacidad de control y comprensión, y se considera que se es responsable por las consecuencias de los propios actos u omisiones.

Esta responsabilidad es un elemento constituyente esencial de nuestro carácter e identidad, sin el cual careceríamos tanto de logros como de fracasos. Si careciésemos de una historia positiva de lo que hemos hecho y sus consecuencias, resultaríamos cuando mucho personas a medias. (Honoré, 1999, p. 95)

Además de lo anterior, la autora San Martín (2018), expone como desde el Derecho Romano la culpa exige dos requisitos adicionales: “(i) el comportamiento desviado, en atención a un modelo objetivo de conducta, que llegó luego a identificarse con el *buen padre de familia*; y (ii) la posibilidad de actuar de modo diferente” (p. 557). La imputabilidad y la capacidad aquiliana recaen

directamente sobre la decisión voluntaria de actuar, y las medidas que se toman con la decisión incluso si se hace o no para evitar el daño.

La capacidad del sujeto para comprender el curso de sus acciones y la posibilidad de actuar conforme a esta comprensión, de ahí que excluyan la culpa todas aquellas circunstancias extrínsecas o intrínsecas que impidan al sujeto comportarse diversamente, tales como, estado de necesidad, caso fortuito, error excusable, enfermedad mental o bien inmadurez de juicio. (San Martín, 2018, p. 558)

Consideramos que la protección debe recaer en que, para que un acto sea ocasionado culposa o dolosamente y sea imputable a su autor, debe haber sido cometido con plena voluntad, lógica, discernimiento y razonamiento necesarios. San Martín expone como Pothier, en este sentido, afirma que:

Resulta de la definición que hemos dado de los delitos y cuasidelitos que solo las personas dotadas de razón son capaces de cometerlos, pues los que la tengan, como los niños o los insensatos, no son capaces de malignidad no de imprudencia. Es por esto que si un niño o un loco hace alguna cosa que cause daño a alguien no resulta obligación ninguna de la persona de este niño o de este loco, pues lo que han hecho no es un delito, ni un cuasidelito, por lo mismo que no hay imprudencia, ni malignidad, de que no son susceptibles dicha clase de personas. (San Martín, 2018, p. 573)

Ahora bien, la Ley 1996 de 2019 modificó además el régimen de capacidad para cometer delito o culpa. En primer lugar, cuando se trataba de responsables sin capacidad para cometer delito o culpa, el artículo 2346 del Código Civil establecía que:

Los menores de 10 años y los dementes, no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas, pudieren imputárseles negligencia.

La Ley aumenta la edad de capacidad de menores y en el nuevo régimen serán incapaces de culpa aquiliana los menores de 12 años. En segundo lugar, se elimina a los mal llamados “dementes” de este artículo. Así pues, ahora la discapacidad no es fuente de incapacidad para cometer delito o culpa.

De lo anterior se tiene que, desde la promulgación de la Ley 1996 de 2019, las personas en situación de discapacidad podrán cometer dolo, culpa y delitos penales, siendo responsables directamente por sus actos si se llegasen a cumplir los requisitos específicos de cada responsabilidad. En consecuencia, la nueva disposición modifica la responsabilidad por hecho ajeno y hace responsables directamente a toda persona mayor de edad en Colombia, derogando la inimputabilidad de personas en situación de discapacidad.

De esta modificación en específico no encontramos ningún tipo de protección a las personas en situación de discapacidad, de acuerdo con lo que hemos venido analizando en esta investigación. En ese sentido, no toda persona en situación de discapacidad podrá comprender sus acciones, errores y mucho menos sus consecuencias, de ahí que no entenderá el proceso judicial de responsabilidad penal o civil, ni tampoco analizará la sanción aplicada. Precisamente de la consecuencia del proceso, las funciones de la responsabilidad civil procuran encontrar una compensación a la víctima, sea o no patrimonial. Si la persona no comprende su error, ni sus consecuencias, ¿cómo se logrará una verdadera reparación?

Como se advierte de la norma, sea o no una discapacidad intelectual o cognitiva, será responsable la persona en esta condición, mas no el apoyo que la acompañe en su decisión. En caso de que la persona de apoyo se aproveche de su posición y perjudique al titular del acto, ocasionando fraudes o logrando beneficios patrimoniales para sí mismo o para un tercero, podrá ser responsable directamente por los daños ocasionados. De ahí volvemos a lo mismo, se expone a la persona en situación de discapacidad a procesos judiciales que en algunos casos complejos no podrá comprender en su totalidad.

De esta nueva disposición, debemos mencionar que además de la capacidad aquiliana, se otorga capacidad penal a todas las personas mayores de edad en Colombia. Es claro que ambos regímenes tienen como una de sus funciones principales la prevención de comportamientos y hechos que se consideran ilícitos o indeseables socialmente, pero la responsabilidad penal consagra como consecuencia un castigo, consistente en la mayoría de los casos en la privación de la libertad, y abarca situaciones de derechos más problemáticas que ahora serán implementadas también en personas que ostenten alguna condición de limitación cognitiva o intelectual. Es importante resaltar que todo lo que planteamos en esta investigación con anterioridad se materializa en este punto pues quien es verdaderamente vulnerable, psicológica y emocionalmente, puede ahora ser

condenado a pena privativa de la libertad y ser expuesto a la vida carcelaria que es tan difícil en Colombia.

En común, la responsabilidad civil y penal tienen como origen el daño y comportamiento ilícito de un sujeto. Sin embargo, en un proceso judicial el acusado del hecho ilícito y la víctima deben ser tratados como iguales, no siendo ninguno de ellos más merecedor de una prerrogativa que el otro (Honoré, 1999). Consideramos que cuando una persona en situación de discapacidad hace parte de un proceso, se pueden ocasionar parcialidades por parte del juez encargado o vulneraciones a sus derechos procesales y de defensa.

## **2. Implicaciones Procesales de la Ley 1996 de 2019**

La ley 1306 de 2009, en concordancia con la ley 1098 de 2006, establecía un régimen de protección para las personas en situación de discapacidad basado en el proceso de interdicción y la figura de la guarda y representación. Promulgada la Ley 1996 de 2019, este proceso fue derogado y en su reemplazo, el legislador convierte el régimen procesal de capacidad en un entramado de vacíos, preguntas, dificultades y modificaciones que presentan un gran reto a la hora de ser aplicados, tanto para familiares, abogados y jueces, teniendo en cuenta las características de esta población que hemos presentado con anterioridad.

### **2.1. Régimen Transitorio de la Ley 1996 de 2019**

Las disposiciones establecidas en la Ley 1996 de 2019 entraron en vigencia desde su promulgación el 26 de agosto de dicho año, con excepción de aquellos artículos que establezcan un plazo para su implementación y los artículos contenidos en el Capítulo V de la ley, los cuales entrarán en vigencia veinticuatro (24) meses después de su promulgación.

¿Qué queda entonces en estos dos años de transición? Esta disposición propone un proceso de adjudicación de apoyos transitorio hasta tanto el trámite de apoyos entre en vigencia en su totalidad. Según el artículo 54 de la mencionada ley, es potestad del juez de familia del domicilio de la persona que lo necesita, el determinar excepcionalmente la necesidad de apoyos. Es necesario precisar que lo excepcional es realmente un término muy amplio para lo que en realidad dispuso

la ley. En este caso, solo se podrá nombrar un apoyo cuando la persona, mayor de edad, en situación de discapacidad, “se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad y preferencias por cualquier medio, siempre que sea necesario para garantizar el ejercicio y la protección de los derechos de la persona titular del acto”.

En primer lugar, consideramos ambigua y abierta esta excepción en tanto la voluntad es una aptitud discontinua e irregular. que varía de acuerdo a las capacidades personales de cada quien, y que en ocasiones puede verse afectada por condiciones médicas o limitaciones, como bien explicamos en apartados anteriores. Además, ¿qué conlleva la afirmación de “cualquier medio” para expresar su voluntad? La ley no presenta interpretaciones posibles a este artículo, y haciendo una interpretación literal de ella, se tiene que si una persona está en condiciones de exteriorizar un pensamiento, será considerado voluntad, y no tendrá derecho a ningún tipo de apoyo por dos años. Entendemos exteriorizar un pensamiento como la posibilidad de por ejemplo, parpadear para asentir, realizar un simple movimiento para negar, o incluso el tener un solo minuto de lucidez, en medio de meses de alteración.

El proceso de adjudicación judicial de apoyos transitorio es una vulneración directa a personas y familiares que no cumplen con ese requisito de excepcionalidad pero que en la realidad no presentan voluntad o incluso puede prestarse para confusiones, equivocaciones e interpretaciones erróneas de voluntad.

De igual forma, la condición aclara que el apoyo únicamente puede solicitarse “siempre que sea necesario para garantizar el ejercicio y la protección de los derechos de la persona titular del acto”. Si se busca proteger los derechos de las personas en situación de discapacidad, no se habría planteado esta excepción en dichos términos, en razón a que este espacio de dos años sin tener representación o apoyo vulnera no solo los derechos del titular, sino además los de las personas que lo cuidan constantemente y quienes garantizan su bienestar.

De todo lo anterior, no es clara la razón por la cual el legislador omitió a una minoría tan importante, como son quienes no pueden expresar su voluntad de manera concisa y coherente, que deberían ser protegidos de forma especial por el ordenamiento. La relevancia de esta disposición se hace relevante en el momento en que se entiende, que aunque la persona pueda responder ciertas cuestiones, su voluntad se encuentra viciada y aún así el juez no podría otorgarle una asistencia debido a que la ley se lo prohíbe.

Si bien es cierto que compartimos los principios que inspiran la Ley, deben siempre plasmarse en aras de que, en la práctica, sean materializados de manera que no se pierdan entre tantos trámites, formalidades y vacíos. Como bien asegura el autor Chipana (2018), esta situación “ha dado pie a que nos encontremos, en muchos casos que con seguridad ocurrirán, en un grave escenario de inestabilidad e inseguridad jurídica, en el que las víctimas serán precisamente las personas con discapacidad” (p.47).

(...) El objetivo de la regulación es dotar de capacidad de ejercicio plena a la mayor cantidad de ciudadanos que sea posible, pero esa premisa en modo alguno puede desconocer la realidad; y la realidad es que hay algunos casos en donde es imposible que la ley otorgue capacidad de ejercicio a una persona que, por sus condiciones de no poder siquiera expresar su voluntad, está incapacitada para ejercer –ella misma– sus derechos. En otras palabras, una ley no debería decir que es de noche cuando es de día; y, si lo dijera, simplemente ello sería absurdo. De este modo, nos queda clara la idea de que las personas que no pueden manifestar su voluntad de manera indubitable, así como aquellas que no tienen discernimiento, no pueden en modo alguno ejercer de manera plena sus derechos, ni hacerlo a través de “apoyos” (Chipana, 2018, p. 49).

### **2.1.1. Procesos de Interdicción en Curso tras la Entrada en Vigencia de la Ley**

En relación con los procesos en curso, en cumplimiento de la Ley 1996 del 26 de agosto de 2019, y particularmente lo atinente al Capítulo VIII que consagra el régimen de transición, el artículo 53 prohíbe expresamente la solicitud para obtener sentencia de interdicción. Así, 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. (Guía de implementación – carpeta).

Por su parte, en los procesos que ya contaban con sentencia de interdicción o inhabilitación, los jueces de familia deberán citar de oficio a todas las personas sujetas a dicho proceso, además de sus curadores, para que ellos mismos determinen la necesidad de adelantar o no, un nuevo proceso

de adjudicación de apoyos. Según el artículo 56 de la Ley, este trámite deberá hacerse dentro de los 36 meses contados a partir de la entrada en vigencia del proceso de adjudicación de apoyos que la ley establece. Este artículo también consagra que, en este tiempo, las personas declaradas en interdicción tendrán la posibilidad de solicitar una revisión de su situación jurídica directamente al juez de familia que conoce sobre su proceso con el fin de reconocer si es menester la representación o no de la persona en situación de discapacidad.

Esta disposición puede significar en su momento una gran congestión judicial, que conduciría a una práctica mucho más prolongada de lo esperado por la Ley. Asimismo, conlleva al desarchivo de procesos de gran antigüedad, debido a que la ley no aclara la temporalidad del fallo. Así pues, es posible que se retarden y se comprometan los objetivos que busca esta disposición. Serán entonces necesarios muchos funcionarios dentro de cada despacho para llevar a cabo esta ardua tarea. Este innovador cambio nos pone ante la de buscar la economía procesal y descongestión judicial, o el proteger y conservar la misma línea de la Convención, que se materializa en individualizar cada caso y proteger el derecho sustancial incluso con el lento proceso judicial.

En este punto vale la pena mencionar que, como consagra el artículo 53 de la Ley 1996 de 2019, queda prohibido, además:

Solicitar la sentencia de interdicción o inhabilitación para dar inicio a cualquier trámite público o privado a partir de la promulgación de la presente ley”. La ley hace esta aclaración debido a que “una gran parte de los procesos de interdicción realizados en Colombia se justificaban en la necesidad de garantizar el ejercicio o acceso a algún derecho o prestación social.

Según la Guía de Implementación de la Ley, la declaración de interdicción no es legalmente un requisito estricto para el acceso de subsidios, alimentos o pensiones. Sin embargo, se evidencia una práctica generalizada por parte de notarios, entidades de pensión, jueces de familia, y demás entidades gubernamentales, de solicitar la declaración de interdicción para llevar a cabo trámites específicos. En este sentido, encontramos problemática la aplicación de esta regulación, pues aún con esta nueva norma es posible que existan entidades que aún persistan con la exigencia de dicho requisito, y sea necesario recurrir a la tutela como medida de protección para la obtención de beneficios, lo cual congestionaría aún más la Rama Judicial.

### **2.1.2. Medidas Cautelares Innominadas y Paradigma Judicial Actual**

En Colombia se ha buscado a través de múltiples reformas legislativas un sistema procesal que permita a la Rama Judicial funcionar de manera eficiente y que, además, garantice un acceso digno y protector al sistema judicial mediante procedimientos que permitan el ejercicio de derechos y soluciones acordes a los fines esenciales del proceso y de la Constitución Política de 1991. Es claro que cuando se crean nuevas figuras procesales o modificaciones normativas, lo que se pretende mejorar es la permanente congestión en los despachos judiciales del país. En ese sentido, el Código General del Proceso trae consigo la posibilidad de solicitar y decretar medidas cautelares innominadas, lo que podría entenderse como la mejor forma de evitar factores perjudiciales para el solicitante, que antes no podían ser considerados por el juez (Cabrera, 2014).

Las medidas cautelares innominadas están consagradas en el Código General del Proceso en los siguientes términos:

Artículo 590. Medidas cautelares en procesos declarativos. En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares:

1. Desde la presentación de la demanda, a petición del demandante, el juez podrá decretar las siguientes medidas cautelares: (...) c. Cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, para impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión (...)

Aunque las medidas cautelares fueron creadas para satisfacer la protección de derechos sustanciales y lograr la efectividad de la sentencia de fallo, las medidas cautelares innominadas que son analizadas en este apartado obedecen a la posibilidad que tiene el juez de encontrar una medida específica diferente a las consagradas expresamente por la ley, que efectivamente proteja al demandante y sus derechos, incluidos los derechos objeto del litigio. Lo anterior enuncia una finalidad mucho más amplia del proceso judicial, donde no se pretende darle cabida a la pretensión, pero a los derechos de las partes involucradas. Igualmente, involucra más al operador judicial al darle la posibilidad de investigar y decidir según lo que le parezca correcto en cada caso concreto.

Es precisamente por esta circunstancia que el legislador plantea la posibilidad de invocar medidas cautelares innominadas en la Ley 1996 de 2019. Esta posibilidad se otorga para adaptar, como afirma el autor, “las necesidades reales del litigio” a la práctica (Cabrera, 2014, p. 21). De acuerdo con lo dispuesto en la Ley en su artículo 55 de la ley 1996 de 2019 sobre los procesos de interdicción suspendidos “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”.

En concordancia con el artículo 590 del Código General del Proceso, para que el juez decrete esta medida innominada deberá apreciar el interés de la parte solicitante además de estudiar a fondo si existe una verdadera amenaza o vulneración de derechos con la suspensión del proceso de interdicción específico. Asimismo, el juez tendrá en cuenta la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida. En el caso concreto, el juez estudiará los derechos patrimoniales de la persona, y en qué medida se están viendo afectados por la suspensión.

Así pues, las únicas dos opciones que otorga la Ley 1996 de 2019 como protección actual a las personas en situación de discapacidad son: (i) Si se cumple expresa y puntualmente la condición descrita en el art. 54 de la Ley 1996 de 2019, se puede acudir al proceso de adjudicación de apoyos transitorio, (ii) El juez podrá decretar de manera excepcional el levantamiento de la suspensión por solicitud expresa, mediante medidas cautelares nominadas o innominadas según los requisitos expresos de la Ley. Esta última opción, es entendida por la Corte Constitucional como dispositiva u oficiosa, en tanto la norma no exige que deba ser solicitada por la parte interesada, el juez competente puede decretar dichas medidas aún de forma oficiosa.

Esta situación es, sin lugar a dudas problemática pues, en primer lugar, circunscribe la medida a la protección únicamente de derechos patrimoniales, lo que deja al juez con pocas opciones a la hora de actuar. De ahí que la protección de derechos íntimos, personales, o incluso de salud, no están cubiertos por esta excepción. El derecho patrimonial toma verdadera importancia en estos casos, en razón a que muchas entidades condicionan el goce de ciertos derechos a la declaratoria de interdicción o inhabilitación de una persona, para ello, la Ley 1996 establece: “Queda prohibido iniciar procesos de interdicción o inhabilitación, o solicitar la sentencia de interdicción o

inhabilitación para dar inicio a cualquier trámite público o privado a partir de la promulgación de la presente ley” (Artículo 53).

Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia estudia en la sentencia STC16821 del 2019 el caso de una persona en situación de discapacidad que cabe en los denominados casos difíciles. La demandante en este caso, reclama ante un juzgado de familia por suspender el proceso de interdicción, sin adoptar las medidas necesarias para la protección de los derechos de su madre y negando el levantamiento de la suspensión como medida cautelar. Debido a la suspensión del proceso, Colpensiones suspendió el trámite de pensión de sobrevivientes de la mujer sujeta al proceso. El juzgado de familia que profirió la suspensión expone que “si hay posibilidad de otro proceso, que sea el mismo despacho donde se tramite la continuación de este., [...] la medida previa no es procedente, habida cuenta que Colpensiones no puede exigir sentencia de interdicción [...]”.

La reclamante afirma que la solicitud no solo se funda en la necesidad de exigir a Colpensiones la pensión, sino también en que su madre “es una persona que no se da a entender por su enfermedad, no es capaz de firmar...”, debido a su enfermedad de Alzheimer, por la que, según su médico tratante, “no obedece órdenes sencillas ni complejas” se encuentra “desorientada, alterada, no enfoca en preguntas ni responde a estímulos” además de no “tener un lenguaje espontáneo, ni responde con señas o en forma escrita (...) imposibilidad para el pensamiento abstracto” situación que evidencia toda la problemática expuesta en esta investigación.

Aunque era evidente el estado de indefensión de la persona en cuestión, el juez competente decidió realizar una interpretación restrictiva de la norma, al aceptar que dicha persona mayor de edad es considerada capaz y el proceso de interdicción no puede ser requisito ni motivo para adelantar trámites públicos o privados. No obstante, el alto tribunal considera que el fallador erró al no considerar las circunstancias y pruebas que dificultaban el ejercicio de la capacidad legal de la persona en cuestión. Afirma además, que esta omisión trasgrede el reconocimiento de un importante atributo de la personalidad. Entonces nos preguntamos, se entiende entonces que aunque la persona pueda expresar su voluntad, si se considera una vulneración en este sentido?

En relación a lo aquí expuesto, se tiene que a pesar de estar expresamente prohibido en la Ley, entidades públicas y privadas solicitan el decreto judicial de interdicción para la prestación de servicios, reconocer abonos, pensiones, o beneficios gubernamentales. En consecuencia, las personas que se ven vulneradas por esta circunstancia deben entonces acudir a la tutela para hacer

valer sus derechos, lo que implica un esfuerzo innecesario y una congestión adicional al sistema judicial.

## **2.2. Proceso de Adjudicación de Apoyos Bajo la Vigencia del Capítulo V de la Ley 1996 de 2019**

La labor legislativa, para ser eficiente y adecuada, debe mirar en primer orden a la realidad y es a partir de ella donde se deben adoptar cambios o implementar medidas. Una de esas realidades es la existencia de personas que son absolutamente incapaces para expresar su voluntad; por tanto, son totalmente incapaces para valerse por sí mismas. Así las cosas, algunas medidas que se quieren implementar para esta categoría, como la existencia de “apoyos” para que puedan “ayudar” a la persona a manifestar su voluntad, son inviables, ya que justamente el apoyo debería coadyuvar en el intento de expresar una voluntad que es en ocasiones difícil de ser entendida. Así, nosotros nos preguntamos, ¿será viable la existencia de un apoyo para una persona que –como en el caso referido– es absolutamente incapaz?; ¿no será mejor nombrar a un representante para esa persona absolutamente incapaz? (Chipana, 2018, p. 48)

La adaptación de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad requiere cambios drásticos en el ordenamiento jurídico interno. De este esfuerzo legislativo surge la figura de Apoyos consagrada en la Ley 1996 de 2019. De acuerdo con esta disposición, todas las personas mayores de edad tienen derecho a realizar actos jurídicos de manera independiente y los apoyos serán las figuras utilizadas para ello, únicamente cuando sea estrictamente necesario. Esta institución constituye el nuevo mecanismo a través del cual, las personas en situación de discapacidad serán asistidas y acompañadas para realizar actos jurídicos específicos. Esta necesidad de apoyo se considera abierta, en tanto puede versar en temas patrimoniales, políticos, o incluso temas personales, como asistencia para la comunicación, comprensión y decisión.

A partir de la promulgación e implementación de esta nueva figura, es voluntad de quienes ahora son titulares del acto jurídico solicitar un sistema de apoyo para una decisión o tema concreto, sin que con ello se entienda suplantada su voluntad. Esta reforma permite entonces que la autonomía y autodeterminación sean propias, y no sustituidas por el antes llamado “curador”.

Artículo 15. Los acuerdos de apoyo son un mecanismo de apoyo formal por medio del cual una persona, mayor de edad, formaliza la designación de la o las personas, naturales o jurídicas, que le asistirán en la toma de decisiones respecto a uno o más actos jurídicos determinados.

Así entonces, se le concede a la persona titular del acto la posibilidad de determinar por sí sola la forma, especialidad y cantidad de apoyos necesarios, mediante una declaración de voluntad o la realización de una valoración de apoyos. Este trámite puede ser realizado por entes públicos o privados y puede ser solicitado por cualquier persona que así lo requiera. En todo caso, podrá hacerse ante la Defensoría del Pueblo, la Personería, y algunos entes territoriales. De esta valoración, la persona podrá reconocer en qué ámbito y en qué nivel le es necesario actuar mediante apoyo.

Consideramos bastante acertada la apreciación que hace el autor Antonio Pau sobre esta nueva regulación y es:

La asistencia a la discapacidad tiene como principal finalidad adecuar con la mayor precisión esa asistencia o apoyo a las necesidades de la persona con discapacidad, de manera que exista una correlación lo más exacta posible entre protección y necesidad de protección, entre ayuda y necesidad de ayuda, entre grado de discapacidad y grado de asistencia, y con ello se respeta, al máximo posible, la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad (2018, p. 22).

Estos apoyos se establecen mediante dos mecanismos según la Ley: “(i) 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 de este; (ii) 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”. Los acuerdos de apoyo podrán realizarse por medio de notario o centro de conciliación. Ante el primero, el acuerdo se constituye por escritura pública, previa entrevista personal con el notario encargado. La Ley prohíbe que los acuerdos de apoyo tengan una vigencia temporal mayor a cinco años, pasados los cuales se deberá realizar un nuevo acuerdo. La adjudicación de apoyo se puede efectuar además ante el juez competente o ante notario. De manera excepcional, el juez determinará los apoyos necesarios por medio de proceso judicial.

Además, se crearon otras figuras como los ajustes razonables, las salvaguardias y las directivas anticipadas. Según la Ley, los ajustes razonables son “aquellas modificaciones y adaptaciones que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones que las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”, son estos cambios y herramientas que se hacen necesarios en cada caso individual para suplir las limitaciones que la persona ostenta. Asimismo, se crea la figura del salvaguardia, como medida especial para proteger el respeto de derechos, voluntad y preferencia del titular del acto y de quien recibe el apoyo, para así prevenir abusos e influencias indebidas. Así, será deber de quien asigne el apoyo, de establecer las medidas convenientes para cada caso individual, según criterios que establece la ley.

Volviendo al sistema de apoyos, este se basa íntegramente en la voluntad del titular del acto. En este sentido se debe precisar que “seguirán existiendo situaciones en las que no será posible conocer la voluntad de la persona o en las cuales habrá que decidir por ella para protegerla adecuadamente” (Ruf y Tresserras, 2016, p. 195). Por esta razón, consideramos que, en ciertas ocasiones, será necesario contribuir a la creación de voluntad, en razón a que hay personas en situación de discapacidad que no podrán formar su propia voluntad en casos específicos.

De igual manera, si una persona presenta una condición o patología que limite sus facultades intelectuales en tal grado que no sea posible determinar su verdadera voluntad, se llega a un punto en que se hace necesario un apoyo representativo, que de hecho sí sustituya su autonomía. Ello quizás sea necesario en algunos casos, pero se deberá procurar la individualización y adecuación de las medidas a las necesidades y las voluntades reales de cada persona. Sin embargo, este apoyo debe tener en cuenta su historia, sus creencias y su voluntad pasada y actuar conforme crea lo más similar a lo que el tutelado hubiese hecho (Pau, 2018).

Las personas que no tienen la capacidad para manifestar su voluntad de forma coherente y lógica no podrían ejercer de manera plena sus derechos, ni hacerlo a través de “apoyos”. Para poner otro ejemplo:

Si una persona está impedida de manifestar absolutamente su voluntad (como los casos de las personas que se encuentran en estado de coma), ¿es preferible que se le nombre un “apoyo” o será mejor que se le nombre un representante? Nos queda claro que lo segundo siempre será lo mejor. (...) Aquí nos preguntamos ¿cuál es la utilidad de que una persona

en estado de coma tenga un “apoyo”, si es que el sentido del “apoyo” no es el de sustituir la voluntad de otro, sino la de coadyuvar a que la persona pueda manifestar su voluntad y pueda, en suma, ejercer de manera plena sus derechos?; es decir, ¿cómo una persona en estado de coma ejercería –ella misma– sus derechos? ¿No es acaso un supuesto en donde la capacidad de ejercicio se encuentra interrumpida de manera total? Resulta claro que sí. (Chipana 2018, p. 48)

Por encima de lo que dice la ley, consideramos que el apoyo puede, al igual que el curador, llegar a extralimitarse en su interferencia en ámbitos personales, emocionales, sociales e incluso en áreas médicas o patrimoniales que puedan poner en riesgo el bienestar del titular de asistencia. Entendemos que tanto si se trata de intervenir en la esfera personal como en la patrimonial, es imprescindible establecer un vínculo y una relación con la persona basada en la confianza y el respeto mutuo. Sin embargo, ¿cómo va a establecer este vínculo el juez, notario o conciliador? Nos encontramos en la misma situación del proceso de interdicción, donde se tienen únicamente los interrogatorios y la palabra de los involucrados (Ruf y Tresserras, 2016).

Thompson cuenta como Wile (1996) presenta su modelo en el cual sugiere unos elementos importantes que componen la actividad de todo ser humano: sistema organizativo, incentivos, apoyos cognitivos, herramientas, entornos, habilidades de conocimiento y habilidades inherentes. Estos sistemas se consideran interdependientes entre sí para lograr el desempeño humano, aún como elementos acumulativos. “Por lo tanto, desde una perspectiva de apoyos, solventar un problema para un elemento aislado quizás tenga un valor limitado si se ignoran los problemas con el resto de los elementos” (Thompson et al., 2010, p. 13). De acuerdo con este modelo, no es posible determinar apoyos para actividades aisladas, pues cada elemento siempre irá de la mano de otro, que puede quedarse desprotegido.

El apoyo debe ser fácil de poner en práctica y debe ser útil, es decir, generar logros y resultados consistentes y visibles en la vida de la persona en situación de discapacidad. “Aquí, la discusión pasa del futuro al presente, y es importante que sea diseñado e implementado un plan de acción optimista y realista” (Thompson et al, 2010, p. 16), un sistema de apoyos no podrá en todo caso suplir todas las prioridades con efectividad a la vez, algunas necesariamente deben ser atenuadas y algunas deben ser transformadas (Thompson et al, 2010). A diferencia del proceso de interdicción, consideramos que para evitar cualquier tipo de abuso debe existir una supervisión

continua, en razón al cambio constante de preferencias y necesidades que tenemos todas las personas.

La Ley 1996 consagra la posibilidad de que personas jurídicas hagan las veces de apoyos posibilidad que consideramos problemática en muchos sentidos. Para empezar, se presta para que se creen sociedades que se dediquen a esta actividad con fines de lucro que, además de los posibles eventos de fraudes, corrupción o abusos, buscarían maximizar el lucro en desmedro de los intereses de las personas en situación de discapacidad. De igual manera, preocupa que dichas entidades generen planes individuales y no masivos o colectivos y no individualizados o enfocados en la situación particular de la persona en situación de discapacidad. En términos prácticos, no es rentable para dichas instituciones individualizar cada programa de apoyo, pero si no se hace, no se garantizarían los derechos de estas personas.

El problema recae en quienes tras muchos años, no contaron con referentes prácticos propios y que han delegado sus decisiones personales y patrimoniales a quien consideraban pertinente en su momento. A futuro esta situación presentaría el mismo dilema ético que se evidenciaba con el proceso judicial de interdicción, pues se puede prestar para potencializar un intervencionismo desmesurado por parte de las figuras de apoyo, las cuales no cuentan con un sistema de control y vigilancia regulado, creando así relaciones de dependencia y “sobrepasando los límites de neutralidad de los apoyos ofrecidos”. Los autores mostraron como en su experiencia con una prueba piloto sobre la figura de apoyo encontraron que incluso:

(...) Algunos ejemplos prácticos se han dado ante demandas tales como pedir orientación en la elaboración de actos testamentarios, donaciones, consejo en operaciones financieras, de compraventa o en la gestión del propio patrimonio, solicitud de delegación de decisiones médicas actuales o futuras, etc. (Ruf y Tresserras, 2016, p. 196)

Asimismo, reconocen que de acuerdo a su prueba piloto son necesarios algunos elementos para la aplicación de apoyo. Entre ellos, están la presencia de:

- (i) discapacidad intelectual ligera o inteligencia límite que facilite la comprensión del proyecto,
- (ii) baja incidencia de trastorno mental en las capacidades volitivas de la persona,
- (iii) conciencia de las propias limitaciones y de la necesidad de apoyo para garantizar la

demanda explícita de ayuda, (iv) Actitud manifiesta de colaboración con aquellos agentes referentes de la persona y con el equipo del proyecto. (Ruf y Tresserras, 2016, p. 199)

Este análisis nos hace pensar que, en realidad, el apoyo es una institución que necesita de la voluntad, comprensión y colaboración de la persona titular del acto, lo cual se dificulta por las situaciones que examinamos en capítulos anteriores. Como afirman los autores Ruf y Tresserras, “Las limitaciones de las capacidades cognitivas y volitivas que se evidenciaron en algunas declaraciones y contradicciones de la solicitante durante la vista, hicieron que el juez negara la conveniencia de la asistencia como medida de protección” (2016, p. 207).

El pasar de un modelo de sustitución de la capacidad legal e interdicción a un modelo de toma de decisiones con apoyo implica, más allá de un cambio legislativo y judicial, un cambio en la concepción de la individualidad y la independencia como centrales para el desarrollo personal, y reemplazándolos por posturas comunitarias de afiliación y dependencia (Cruz y Rincón, 2018).

Si se estimó necesario un cambio legislativo para cumplir con lo ordenado en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, habría sido pertinente crear con ello un régimen de transición y educación sobre la figura de apoyo, o incluso un mejor sistema de supervisión sobre el proceso judicial de interdicción para evitar los abusos y discriminación que se presentaban con él, lo anterior en aras de lograr paulatinamente lo deseado por el gobierno colombiano.

La empatía con cada situación personal y la escucha activa permiten conocer cuáles son las expectativas del presunto asistido para encuadrar aquellos aspectos relevantes de su vida y adaptar la ayuda de la asistencia. A partir de la aceptación inicial se definen conjuntamente los objetivos específicos de cada ámbito (personal y patrimonial). La asistencia requiere de una relación cercana y continuada a través de visitas periódicas o llamadas telefónicas que permitirán hacer el seguimiento de la evolución de los objetivos planteados. Es importante que la persona asistida entienda que se trata de una figura que asesora y acompaña puntualmente en las situaciones previstas o ante una demanda concreta. (Ruf y Tresserras, 2016, p. 202)

### **2.2.1. Concepto de Apoyo y Características del Tipo de Proceso por el que se Tramita la Adjudicación Judicial de Apoyos**

Este proceso pretende la asignación de apoyos para una persona en situación de discapacidad que así lo requiera. Este es un trámite creado en la Ley 1996 de 2019 que trata de un procedimiento que puede ser, según la Ley en su artículo 9º, promovido por la persona que requiere de un apoyo o por un tercero, por medio de un proceso de Jurisdicción Voluntaria o Verbal Sumario. Entonces, el apoyo puede ser nombrado por medio de la celebración de acuerdo de apoyos ante notarios o conciliadores. Sin embargo, cuando se hace ante juez, se designan los apoyos por medio de dos procesos: jurisdicción voluntaria o verbal sumario. Ambos se realizan de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 1996 de 2019, que afirma que este proceso se adelantará como jurisdicción voluntaria cuando sea promovido por la persona titular del acto jurídico, y excepcionalmente, se tramitará como verbal sumario cuando sea solicitado por un tercero, que cumpla los requisitos señalados en el artículo 38 de la presente ley.

El primero se trata entonces de un proceso de jurisdicción voluntaria similar al proceso judicial de interdicción, pues se tramita ante el juez de familia del domicilio del titular del acto y es promovido únicamente por quien busca apoyo en sus decisiones. Esta demanda se dirige en contra de quienes se creen aptas e idóneas para cumplir con el rol de apoyos. Si el titular del acto jurídico considera que es difícil o no cuenta con personas de confianza para el cargo, podrá solicitar la asignación de un defensor personal de la Defensoría del Pueblo para que asuma las funciones de una persona de apoyo, de acuerdo con el artículo 14 de la misma ley. Vale la pena preguntarse si, en este último caso, no sería preferible la posibilidad de realizar dicho proceso directamente ante la Defensoría del Pueblo en aras de proteger la economía procesal y la no congestión judicial y que sea un Defensor quien adjudique o ejerza el rol de apoyo.

Este procedimiento quedó consagrado en el artículo 577 y 586 del Código General del Proceso. Se consagró como requisito el que en la demanda deberá constar la voluntad expresa y manifiesta de solicitar apoyos en la toma de decisiones para la celebración de uno o más actos jurídicos en concreto. Con la demanda se tiene la posibilidad de anexar una valoración de apoyos, o se ordenará de oficio por parte del juez, o este determinará si existe la necesidad de una nueva valoración. En todo caso, esta valoración debe contener datos como los apoyos necesarios de la persona titular del acto, quiénes son las posibles personas idóneas como apoyos, un informe general de la vida

personal de la persona, entre otros. Luego del cierre de la etapa probatoria, el juez dictará sentencia en la que constará el acto o actos jurídicos delimitados por la sentencia que requieren el apoyo solicitado y las personas designadas e individualizadas para ello.

Ahora bien, este proceso también puede ser tramitado como un proceso verbal sumario, únicamente cuando sea promovido por una persona distinta al titular del acto jurídico que pretende que un juez de familia adjudique un apoyo a otra persona. No es necesario que quien demande pretenda que se le designe como persona de apoyo. Sin embargo, deberá demostrar que se ha interpuesto la demanda en beneficio exclusivo de la persona en situación de discapacidad. Para esto, deben acreditarse las siguientes circunstancias: (i) la imposibilidad absoluta por parte del titular del acto para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible y (ii) la imposibilidad de la persona en situación de discapacidad de ejercer su capacidad legal, lo que implique para esta la vulneración o amenaza de sus derechos por parte de un tercero.

Estos requisitos como bien lo hemos analizado con anterioridad, parecen problemáticos. Como ya lo hemos dejado planteado ampliamente, la idea de que una protección podrá ser implementada únicamente si la persona no puede darse a entender implica una situación crítica pues la persona debe estar en coma o en una situación similar, para poder ser sujeto de esta figura. Ahora, si la persona ostenta limitaciones graves o afectaciones de conducta, ¿cómo podrá ser ella misma quien inicie un proceso a su favor? Las enfermedades y patologías en ocasiones no permiten dicho razonamiento. Además, la avanzada edad a veces no permite identificar las circunstancias en las que se necesita asistencia o colaboración.

Asimismo, se entiende que, si la persona de hecho necesita la asignación de apoyos, y no está siendo vulnerada directamente por un tercero no puede ser promovido el proceso. ¿Es necesaria entonces la amenaza de derechos en aras de proteger a la persona? Y si, por el contrario, ¿lo que se pretende es la realización de un negocio jurídico que la favorezca? La ley no es clara en este sentido.

La Ley 1996 de 2019 además modifica la competencia de los jueces de familia. El numeral 7 contenido en el artículo 22 de la Ley 1564 de 2012, quedó así: “Artículo 22. Competencia de los jueces de familia en primera instancia. Los jueces de familia conocen, en primera instancia, de los siguientes asuntos: (...) 7. De la adjudicación, modificación y terminación de apoyos adjudicados

judicialmente”. A su vez, de acuerdo con el artículo 390 del Código General del Proceso, el proceso verbal sumario se consagra como de única instancia y no son entonces susceptibles de apelación. Sin embargo, según la Ley 1996 de 2019, el proceso de adjudicación judicial de apoyos es de primera instancia, habilitando la doble instancia para este tipo de procesos, pudiendo verse como una antinomia jurídica.

### **2.2.2. La Persona en Situación de Discapacidad como Demandado, Representación dentro del Litigio y Figura del Curador Derogada.**

El derecho de acceso a la justicia de las personas en situación de discapacidad implica:

No solo la eliminación de barreras a fin de asegurar el acceso a los procedimientos judiciales para interponer recursos adecuados en igualdad de condiciones con las demás personas, sino también la promoción de la intervención y participación activas de las personas con discapacidad en la administración de justicia. (Naciones Unidas, 2014, p. 5).

En suma, para garantizar el goce efectivo de la capacidad legal implica para los Estados parte de la Convención acciones “negativas” y “positivas”, ya sea a través de la creación de medidas políticas, administrativas, legislativas e incluso jurisdiccionales para remover los obstáculos que obstruyen cualquiera de estos derechos, como de la abstención de realizar acciones discriminatorias, tales como no proporcionar ajustes de procedimiento cuando una persona con discapacidad concreta los requiera (Iglesias, 2019, p. 83).

“Asimismo, conforme al art. 33 de la Convención, es deber de los Estados implementar una reforma procedimental en la sanción de las leyes que garanticen el derecho de participación directa de las organizaciones de personas con discapacidad” (Iglesias, 2019, p. 83). Esta aseveración obligó a Colombia a modificar la intervención judicial en la vida de las personas en situación de discapacidad. Ahora, lo que hoy le interesa al Estado colombiano es cumplir con lo ordenado en la Convención, y así, incluir en el proceso a la persona en situación de discapacidad.

Por lo anterior, analizaremos la problemática de la inclusión de las personas en situación de discapacidad como parte procesal en el proceso judicial de Adjudicación de Apoyos.

Consideramos necesario pensar cómo debiera incluirse a estas personas, o sus familias, sin sustituirlas de manera total y sin excluir su posición que es tan importante en el proceso. El objetivo no es brindar soluciones definitivas, sino simplemente pensar en términos de estándares que deberían satisfacerse ya sea desde lo sustancial, como también desde lo procesal.

De acuerdo con el título anterior, la persona en situación de discapacidad debe ser parte demandada en el proceso judicial de Adjudicación de Apoyos cuando es promovido por un tercero a su favor. La Ley 1996 de 2019 además deroga la figura de curaduría para las personas en situación de discapacidad. Precisamente en este punto, nos preguntamos sobre la verdadera garantía que consagra la ley. Las personas con una grave afectación en su capacidad de análisis y discernimiento, no podrá ser parte estricta en un proceso judicial pues no comprenderá su alcance, consecuencias o lógica. De ahí que, si se encuentra representado por apoderado, esta situación puede prestarse para vulneraciones de la misma medida que un curador asignado en el proceso judicial de interdicción. De acuerdo con este planteamiento, se busca alguna figura idónea para su asistencia en el proceso, y la Ley no consagra ninguna. Ahora, ¿cómo puede ejercer su derecho de defensa el demandado, si en este caso de verbal sumario, no se puede hacer entender por ningún mecanismo?

Asimismo, cuando el proceso de Adjudicación de Apoyos es adelantado como verbal sumario, terminará siendo adelantado de manera sustancialmente similar a un proceso de jurisdicción voluntaria, en tanto no hay verdaderamente un conflicto entre las partes, y no hay un litigio entre un tercero y la persona en situación de discapacidad en la que deba intermediar un operador judicial para resolverse.

Ante esta cuestión, se hace necesario un mecanismo judicial o administrativo que sea compuesto por equipos interdisciplinarios que presten sus servicios de asesoría a favor de las personas en situación de discapacidad, lo que sería de gran utilidad para el juez en el momento de asignar apoyos específicos. Además, podría pensarse en una figura innovadora de representación en este tipo de procesos, debido a que no podrá nombrarse un curador para dicho ejercicio. De ahí que la persona en situación de discapacidad pueda manifestar su voluntad y preferencias, de acuerdo con el nivel de sus capacidades. Sin embargo, es necesario el acompañamiento y presencia de un equipo conocedor del tema y del caso particular.

Las personas que se encuentran en circunstancias de discapacidad intelectual o cognitiva deberían ser representadas en el proceso, pues como demandadas, deben poder ejercer sus derechos procesales y de defensa. Así, debe acompañarse entonces a la persona de manera accesible y comprensible, para que goce de su derecho de participación de forma real. Creemos que puede ser posible para ello la representación por parte de un Defensor de Familia, con apoyo del Ministerio Público, o incluso de un Defensor de Oficio que el juez considere como idóneo para estos casos.

Si bien hoy en día no hay gran controversia alrededor del proceso de adjudicación de apoyos, no debemos olvidar que aún con este proceso podrían verse vulneradas sea patrimonial o psicológicamente, las personas sujetas al procedimiento. En todo caso, es necesario contar con recursos tanto financieros como humanos para realizar una labor integral y garantista de capacitación a todos los involucrados.

## Conclusiones

La investigación adelantada nos permite concluir lo siguiente:

1. Los fundamentos teóricos y filosóficos del modelo social de tratamiento de la discapacidad, de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de la Ley 1996 de 2019 se caracterizan por la priorización del derecho a la libertad de las personas con discapacidad, llevando a la materialización a través del respeto irrestricto de la autodeterminación e igualdad de esta población.
2. Ese carácter irrestricto y absoluto de los derechos de libertad e igualdad, condujo a la CIDPD y a la Ley 1996 de 2019 a un reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de las PSD en igualdad de condiciones con el resto de la población adulta sin discapacidad. La aplicación práctica de tales disposiciones normativas ha evidenciado la dificultad o imposibilidad de reconocer, en el marco de un Estado Social de Derecho, una verdadera teoría absolutista de los derechos fundamentales, pues ésta no permite hacer frente a las diversas situaciones que pueden vulnerar la garantía efectiva de dichos derechos.
3. Es necesario, para hacer frente a los vacíos o deficiencias del modelo social, de la CIDPD y de la Ley 1996 de 2019, construir un concepto no generalizado de discapacidad, pues el desconocimiento de la diversidad dentro de los tipos de discapacidades lleva a situaciones en supuestos normativos donde no es aplicable el sistema consagrado, por las necesidades y características individuales, por ejemplo, de las discapacidades mentales severas que son una población con un grado muy alto de vulnerabilidad.
4. Para el logro adecuado de un concepto no generalizado de la discapacidad, es necesario un estudio interdisciplinario de ésta. Es imprescindible otorgarle a la medicina, a la psiquiatría, a la bioética, entre otras, un carácter protagonista en los estudios sobre discapacidad, pues solo a partir de una afirmación positiva de la enfermedad y deficiencia como características

de la discapacidad, se puede lograr la individualización de las necesidades propias de cada discapacidad y así, de la mano con las barreras del entorno para el acceso de esta población en la sociedad, se puede lograr la garantía plena de sus derechos fundamentales.

5. Al comprender las necesidades anteriores, se puede establecer que la voluntad de muchas de las personas con discapacidades mentales, desde un enfoque médico-científico, no puede exteriorizarse y, en muchos casos, no llega ni siquiera a formarse en términos jurídicos. Por esto, existe una imposibilidad manifiesta de garantizar el respeto efectivo hacia la voluntad y preferencias del sujeto en situación de discapacidad mental, lo que acarrea necesariamente la inaplicabilidad, en dichos eventos, de un sistema de apoyo en la toma de decisiones.
6. El anterior escenario permite reafirmar la viabilidad, en términos de derechos humanos y de los fines propios de un Estado Social de Derecho, de la limitación de derechos para la necesaria protección de las personas con discapacidad mental, esto, por medio de la adecuada aplicación de la diferenciación positiva como garante de la igualdad material (no solo formal) para esas personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta en comparación con el resto de la sociedad.
7. La Ley 1996 de 2019 tiene grandes vacíos sustanciales y procesales. Existen dilemas a los que deberá enfrentarse el ordenamiento jurídico colombiano para lograr integrar plenamente, en los términos que lo exige la ley, a las personas con discapacidad mental en un concepto de capacidad jurídica absoluto. Además, las figuras jurídicas que trae la ley para el paso de un sistema de sustitución en la toma de decisiones a uno de apoyos para este fin, no dan cuenta de las circunstancias especiales que viven las personas con discapacidades mentales, transformando en ineficiente el concepto de “apoyo”.

8. En definitiva, es necesario replantear el tratamiento jurídico de la discapacidad, no solo en el ámbito interno colombiano sino también a nivel internacional, repensando o complementando el modelo social para hacer frente a esas dificultades que se han evidenciado en los escenarios internos estatales.

## Bibliografía

- Aguiar, L. (1993). Los límites de los derechos fundamentales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 14, 9-34.
- Alarcón, Y. (2014). Una mirada al enfoque de derechos en la protección de las personas con o en situación de discapacidad en Colombia. *Universitas*, 128, 11-15.
- Alejos, M., Bourgon, M., Vazquez, J., Saturtun, M., Riancho, J., & Saturtun, A. (2020). ¿Existe mayor riesgo de suicidio en pacientes diagnosticados de una enfermedad neurológica? *Neurología. Sociedad Española de Neurología*, 7.
- Aleman, M. (2018). Igualdad y Diferencia en Relación con las Personas con Discapacidad. Una Crítica a la Observación General N° 1 (2014) del Comité (UN) de los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 52, 201-222.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales, versión castellana de Ernesto Garzón Valdés*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 11, 3-14.
- Álvarez, N., & Seoane, J. (2010). El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Derecho Privado y Constitución*, 24, 11-66.
- Arnau, M., & Toboso, M. (2008). La discapacidad dentro del enfoque de capacidades y funcionamientos de Amartya Sen. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, 10(20), 64-94.
- Asamblea Nacional Constituyente de Colombia. (1991). *Constitución política*. Bogotá: Legis.
- Atienza, M. (2016). Dignidad humana y derechos de las personas con discapacidad. *Revista Ius et Veritas*, 53.
- Ávila, L., Manzano, V., Cortes, E., & Ramírez, C. (2019). *Perspectiva Psicojurídica de la Interdicción*. Obtenido de Universidad Cooperativa de Colombia:

[https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/15224/1/2019\\_perspectiva\\_psicojuridica\\_interdiccion.pdf](https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/15224/1/2019_perspectiva_psicojuridica_interdiccion.pdf)

- Ayala, S. (2001). Ejercicio de la autonomía en discapacitados mentales. *Rev Cubana Pediat*, 73(1), 51-4.
- Baño, J. (1987). La igualdad como derecho público subjetivo. *Revista de Administración Pública*, 11, 189.
- Bariffi, F. (2014). *El Régimen Jurídico Internacional de la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo Editorial Cinca S. A.
- Barranco, M., Cuenca, P., & Ramiro, M. (2012). Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la convención de derechos de las personas con discapacidad. *Anuario Facultad de Derecho*, 5, 53-80.
- Barreto, R. (2015). Capacidad jurídica: un nuevo paradigma desde la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *American University International Law Review*, 30 (2), 177-212.
- Bonilla, J., González, A., Ríos, A., & Arroyo, L. (2017). *Neurociencia cognitiva. Evaluación e intervención en daño cerebral por trauma craneoencefálico*. Bogotá: Ediciones Universidad Cooperativa de Colombia.
- Bretón, N., & Fernández, M. (2017). Medidas de modificación judicial de la capacidad en personas con trastorno mental grave: ¿protección o iatrogenia? *Revista de Bioética y Derecho*.
- Bronfenbrenner, U. (1987). *La Ecología del Desarrollo Humano*. Barcelona: Ediciones Paidós.
- Bunge, M. (2009). *¿Qué es filosofar científicamente? y otros ensayos*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- Cabrera, D. (2014). Estudio a las medidas cautelares innominadas, en vigencia del código general del proceso. *IUSTA*, 40, 17-38.
- Cañete, R., Guilhem, D., & Brito, K. (2012). Consentimiento informado: algunas consideraciones actuales. *Acta Bioethica*, 18(1), 121-127.

- Carbonell, M. (2015). *Los derechos fundamentales y sus interpretaciones*. Obtenido de Universidad Nacional Autónoma de México: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3826/6.pdf>
- Cardenas, S. (s.f.). *De la proteccion de los derechos de las personas sujetas a interdiccion judicial*. Obtenido de <http://webapps.eafit.edu.co/sinbad/>
- Castillo, M. (2015). *Respeto a los derechos humanos en el consentimiento informado de las personas con discapacidad mental*. Obtenido de <http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/xmlui/handle/123456789/3053>
- Castro, M. (2014). *Curso de Obligaciones II en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes: de la norma a la práctica*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4760250.pdf>
- Céspedes, G. (2005). La nueva cultura de la discapacidad y los modelos de rehabilitación. *Revista Aquichan*, 5(5), 108-113.
- Chipana, J. (2018). *La pésima nueva regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Obtenido de Pontificia Universidad Católica del Perú: <https://works.bepress.com/jhoel-chipanacatalan/60/download/>
- Cieza, J. (2015). ¿Extinción de la interdicción y la curatela? *LUMEN, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón*.
- Congreso de la República de Colombia. (1873). Ley 84 de 26 de mayo de 1873. Diario Oficial No. 2.867 . Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2009). Ley 1346 de 31 de julio 2009. Diario Oficial No. 47.427. Bogotá, Colombia.
- Congreso de la República de Colombia. (2019). Ley 1996 de 26 de agosto de 2019. Diario Oficial No. 51.057. Bogotá, Colombia.
- Correa, L. (2009). Panorama de la Portección Jurisprudencial a los Derechos de las Personas con Discapacidad en Colombia. *Vniversitas*, 115-139.

- Correo, L., Castro, M., & Rúa, J. (2017). Del dicho al hecho hay mucho trecho": Logros y retos en la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en Colombia. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 1(2).
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (1992). Sentencia C-022 de 23 de enero de 1992. M.P: Carlos Gaviria Díaz. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2006). Sentencia C-076 de 8 de febrero de 2006. M.P: Jaime Cordoba Triviño. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2014). Sentencia T-026 de 27 de enero de 2014. M.P: Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2004). Sentencia T – 1103 de 4 de noviembre de 2004. M.P: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2005). Sentencia T- 406 de 15 de abril de 2005. M.P: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2012). Sentencia T-063 de 9 de febrero de 2012. M.P: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Cuadernillo de jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos N° 21: derecho a la vida*. Obtenido de <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo21.pdf>
- Courtis, C. (2006). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Cristancho, J. (2019). Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad: ¿Derecho Fundamental Absoluto? *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 31-56.
- Cruz, M., & Rincón, E. (2018). Un debate entre lo personal y lo público: la interdicción como pretexto. *Revista Española de Discapacidad*, 6(1), 75-90.
- Cruz, O. (2017). *El proceso civil a partir del código general del proceso*. Bogotá: Universidad de los Andes.

- Cuenca, P. (2011). *Derechos humanos y modelos de tratamiento de la discapacidad*. Obtenido de [https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19335/derechos\\_cuenca\\_PTD\\_2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://earchivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19335/derechos_cuenca_PTD_2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- De Asís, R. (2004). La incursión de la discapacidad en la teoría de los derechos: posibilidad, educación, Derecho y poder. En I. Campoy, *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas* (págs. 59-73). Madrid: Dikynson.
- De Buján, A. (2009). Los procesos sobre la capacidad de las personas. *Revista de Derecho UNED*, 4, 425-433.
- De Buján, A. (2011). Capacidad. discapacidad. Incapacitación. modificación judicial de la capacidad. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 23, 53-81.
- de la Torre, S. (2004). *Aprender de los errores. El tratamiento didáctico de los errores como estrategias innovadoras*. Buenos Aires: Editorial Magisterio .
- de Salas, S. (2013). *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la convención de naciones unidas* . Madrid, España: Dykinson.
- de Salas, S. (2018). *Significado jurídico del «apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica» de las personas con discapacidad: presente tras diez años de convención*. España: Editorial Aranzadi, S.A.U.
- Desde Nosotras. (2018). *Situación de los derechos humanos de las mujeres en Venezuela*. El Entrompe De Falopio: Caracas.
- Duque, I., & Bustamante, J. (2019). *El ejercicio de la capacidad jurídica: Guía práctica para su aplicación*. Obtenido de [https://asdown.org/wp-content/uploads/2019/09/Guia-para-implementacion-Cap\\_Juridica.pdf](https://asdown.org/wp-content/uploads/2019/09/Guia-para-implementacion-Cap_Juridica.pdf)
- Endara, J. (2020). La incapacitación judicial: ¿una protección (in)merecida? *Etnográfica: Revista do Centro de Estudos de Antropologia Social*, 24(1), 165-186.

- Enríquez, Y. (2018). Estatus personal en la discapacidad intelectual: considerando las capacidades cognitivas. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 18(35-2), 226-241.
- Fernández, C. (s.f.). *La capacidad de goce: ¿es posible su restricción legal?* Obtenido de Pontificia Universidad Católica del Perú: [http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor\\_carlos\\_fernandez\\_cesareo/articulos/ba\\_fs\\_8.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_8.PDF)
- Fernández, M. (2010). La discapacidad mental o psicosocial y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Revista de derechos humanos*, 11.
- Finsterbusch, C. (2016). La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos. *Revista Ius et Praxis*, 22(2), 227 - 252.
- Franciskovic, B. (2019). *Los apoyos, ajustes razonables y salvaguardia para las personas con discapacidad*. Obtenido de [https://works.bepress.com/beatriz\\_franciskovicingunza/46/](https://works.bepress.com/beatriz_franciskovicingunza/46/)
- Fundación Victor Grífols iLucas. (2016). *La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*. Obtenido de <https://www.fundaciogrifols.org/documents/4662337/11652801/incapacitacion/2e1c202b-019a-4248-9168-38a27c97c25c>
- Galiano, G. (2012). *La tutela y la curatela. Proposiciones de lege ferenda en el ámbito civil y familiar cubano*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5493228.pdf>
- Garcés, P. (2014). *El Consentimiento Su formación y sus vicios*. Envigado: Institución Universitaria de Envigado.
- García, J. (2017). El “derecho” a la vida frente al suicidio de su titular. *Bioderecho*, 5.
- Giunta, V., & Gordillo, A. (2010). *Consentimiento Informado En Salud Mental*. Obtenido de <http://www.auditoriamedicahoy.net/biblioteca/C.%20I.%20EN%20SALUD%20MENTAL%20CON%20FOTO.pdf>
- Gómez, J et al. (2004). Valoración de la capacidad de obrar: el control de los impulsos. *Investigación en Salud*, 1, 35-42.

- Gómez, V. (2015). Nuevos Retos Para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Protección de la Libertad Personal de las Personas con Discapacidad Mental. *American University International Law Review*, 213-248.
- Gómez-Jarabo, G., Rodríguez, E., & Olavarrieta, S. (2004). Valoración de la capacidad de obrar: el control de los impulsos. *Investigación en Salud*, 6(1), 35-42.
- González, A. (2010). *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- González, A. (2010). *Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad*. México, D. F.: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- González, V. (2018). Interdicción por demencia y otras restricciones a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y mental, bajo la mirada de la CRPD. *Revista SOLONIK Políticas Públicas y Derechos Humanos*, 101-114.
- Guerschberg, C. (2014). *1er Congreso internacional virtual sobre discapacidad y derechos humanos*. Obtenido de [http://www.repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/732/Pon\\_Guerschberg\\_K\\_PersonasAdultasDiscapacidad\\_2014.pdf?sequence=1](http://www.repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/732/Pon_Guerschberg_K_PersonasAdultasDiscapacidad_2014.pdf?sequence=1)
- Guilarte, C. (2018). El dispositivo contractual y su general aplicación a las personas con discapacidad. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 11, 11 - 26.
- Hernández, S. (2020). Capacidad en situación de discapacidad: análisis de la ley 1996 DE 2019. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 4(1).
- Honoré, A. (1999). La mortalidad del derecho de la responsabilidad civil extraconductual: preguntas y respuestas. *Revidta Juridica de la Universidad de Palermo*.
- Howard, M. (2012). Las declaraciones de voluntad anticipada y la autonomía de la persona. *Revista de Derecho*, 11(21), 173-196.
- Iglesias, J. (2019). Capacidad jurídica y acceso a la justicia de las personas con discapacidad en Argentina. *Revista Española de Discapacidad*, 7 (1), 79-101.

- Kant, I. (1921). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Pedro M. Rosario Barbosa.
- Kensinger, E. (2011). *What we remember (and forget) about positive and negative experiences*. Obtenido de APA: <https://www.apa.org/science/about/psa/2011/10/positive-negative>
- Lafferriere, J. (2020). Las convenciones sobre los derechos del niño y sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus proyecciones en relación con la regulación civil de la capacidad de ejercicio. Reflexiones a partir del derecho argentino. *Revista de Derecho Privado*, DOI: 10.18601/01234366.n38.03.
- Lépiz, O. (2001). El consentimiento informado y las personas con discapacidad mental. *Rev.Latinoam.Der.Méd. Medic. Leg*, 5(2), 15-24 .
- Maldonado, J. (2013). El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 46, 1094-1109.
- Marcos, M. (2011). La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad como nuevo prescriptor de las legislaciones internas. examen y análisis del artículo 19 de la convención y su alcance, extensión e intensidad en España. correspondencias . *Revista De Derecho UNED*, 9.
- Martínez, M., & Daray, F. (2012). Interdicción e inhabilitación: consideraciones acerca de su evolución normativa y conceptual. *Revista Argentina de Clínica Neuropsiquiátrica*.
- Medina, J., Reales, E., & Conto, S. (2004). *Propuesta de reforma legislativa para la protección de los derechos de las personas sujetas a interdicción judicial : informe final del proyecto*. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Mondéjar, M. (2015). La guarda de las personas con discapacidad intelectual a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 31, 369- 398.
- Naciones Unidas. (2014). *Convención sobre los derechos* . CRPD.
- Naciones Unidas. (2014). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.  
Obtenido de

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhskE4iNFvKWCCGr4TiTUdbhp1hRBVKZKZHILwRNIRdjmM5HXIP6Xo1vIipxOztb9bY%2FK7hzSTk5pSRirgwibOSZNMgbvh1%2BXIemdsC3a8zpaM>

- Naciones Unidas. (2015). *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*.
- Niño, C. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Núñez, A. (2017). La Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad, Interpretaciones de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al Primer Párrafo del Artículo 8 de la Ley de Amparo en México. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 187-205.
- Núñez, A. (2017). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad, interpretaciones de la segunda sala de la suprema corte de justicia de la nación al primer párrafo del artículo 8° de la ley de amparo en México. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 1(1).
- Núñez, W. (2012). Capacidad de goce: Naturaleza, límites y la errónea pretensión de modificar el artículo 3° del Código Civil Peruano. *Derecho y Cambio Social*, 9(28), 1-16.
- Osorio, N., & Yepes, M. (1994). *Protección jurídica de los incapaces en Colombia*. Obtenido de Universidad del Rosario: <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/21454>
- Ovalle, J. (2013). Procedimientos de jurisdicción voluntaria. En *Derecho procesal civil* (págs. 457-472). Mexico: Oxford.
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo Editorial Cinca S. A.
- Palacios, A., & Bariffi, F. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo Editorial Cinca S. A.
- Pardo, V. (2005). Estudios cognitivos en pacientes esquizofrénicos: puesta al día. *Revista de Psiquiatría del Uruguay/Volumen*, 69(1), 71-83.

- Parra, C. (2010). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Antecedentes y sus nuevos enfoques. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 347-380.
- Parra, J. (1988). *Manual de derecho civil. Personas y familia*. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké.
- Pau, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil. *Revista de Derecho Civil*, 5(3), 5-28.
- Peralta, M., & González, M. (2009). El movimiento hacia la autodeterminación personal. En M. Reyes, & S. Conejero, *El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días : XV Coloquio de Historia de la Educación* (págs. 181-192). Pamplona-Iruñea.
- Pérez, G., & Rodríguez, M. (2018). El repensar de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad ante el modelo social: caso México. *Pensamiento Americano*, 11(21), 217-228.
- Pérez, L. (2004). *El desmantelamiento de la discapacidad y otros escritos vacilantes*. Barcelona: El Cobre.
- Pérez, L. (2010). *Discapacidad, Derecho y Políticas de Inclusión*. Madrid: Grupo Editorial Cinca S. A.
- Pérez, M. (2016). *Introducción*. Obtenido de <http://tauja.ujaen.es/bitstream/10953.1/7537/1/TFG%20-%20PEREZ%20FERNANDEZ%2C%20MACARENA%20ALEGRIA.pdf>
- Peters, J. (s.f.). *Nuevo régimen de capacidad legal en Colombia (ley 1996 de 2019): la problemática de la presunción de capacidad y de la exigibilidad y cumplimiento de las obligaciones alimentarias derivadas de las relaciones de familia a las personas*. Obtenido de Universidad Externado de Colombia: <https://red.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/sites/48/2020/06/RED-JIMENA-PETERS-PUBLICAR-24062020.pdf>
- Porxas, M. (2018). Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la

- convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Revista de Derecho Político*, 103, 355-379.
- Pozon, S. (2017). Una visión más realista de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Acta Bioethica*, 23(1), 119-128.
- Pulido, F., Sanabria, L., Burgos, J., & Ramírez, G. (2012). Aproximaciones a las inconsistencias teóricas del estado social de derecho. *NOVUM*, 6(1), 97-124.
- Quintero, B., & Prieto, E. (2008). *Teoría general del derecho procesal*. Bogotá: Editorial Temis.
- Rivera, J. (2013). *Instituciones de derecho civil*. Buenos Aires: AbeledoPerrot.
- Rossetti, A., Monasterolo, N., & Yoma, S. (2018). *Salud Mental y Derecho Derechos Sociales e Intersectorialidad*. Córdoba: Editorial Espartaco Córdoba.
- Ruf, J., & Tresserras, J. (2016). Nuevas medidas de protección legal de personas con discapacidad: la asistencia. *Revista Española de Discapacidad*, 3(1), 193-209.
- San Martín, L. (2018). La imputabilidad o capacidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual. Un debate pendiente en la doctrina chilena. *Revista Ius et Praxis*, 24(1), 553 - 592.
- Sapag, M. (2008). El principio de proporcionalidad y de razonamiento como límite constitucional al poder del estado: un estudio comparado. *Dikaion*, 22.
- Schaaf, M. (2011). La negociación de la sexualidad en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *SUR*, 8(14), 117-137 .
- Schalock, R. (2009). *La nueva definición de discapacidad intelectual, apoyos individuales y resultados personales*. Obtenido de <http://riberdis.cedd.net/handle/11181/3841>
- SCJN. (2013). Estado de interdicción. el juez deberá establecer en qué tipo de actos la persona con discapacidad goza de plena autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica y en qué otros intervendrá un tutor para otorgarle asistencia . <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?ID=2005122&Clase=DetalleTesisBL&Semana=0>.

- Slebi, M. (2010). Responsabilidad civil y responsabilidad penal. En M. Castro, *Derecho de las obligaciones* (págs. 421-441). Bogotá: Universidad de los Andes.
- Solé, M. (2016). Artículo 12 de la Convención. Hacia el fin de las tutelas. *Cuadernos de la Fundació Víctor Grífols i Lucas. La incapacitación, reflexiones sobre la posición de Naciones Unidas*, 63-75.
- Suárez-Escudero, J. (2014). Discapacidad y neurociencias: la magnitud del déficit neurológico y neuro psiquiátrico. *Acta Neurológica Colombiana*, 30(4).
- Tamayo, J. (s.f.). *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis.
- Thomas, G. (2006). *Muerte y Negación: Aborto Inseguro y Pobreza*. Obtenido de [https://clacaidigital.info/bitstream/handle/123456789/168/Death\\_Denial\\_Sp\\_0.pdf?sequence=5&isAllowed=y](https://clacaidigital.info/bitstream/handle/123456789/168/Death_Denial_Sp_0.pdf?sequence=5&isAllowed=y)
- Thompson, J et al. (2010). Conceptualizando los apoyos y las necesidades de apoyo de personas con discapacidad intelectual. *Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, 41(1), 135-146.
- Tirado, C., & García, C. (2018). Aspectos procesales de la declaratoria de interdicción por discapacidad mental absoluta. *Revista Jurídica Mario Alario D Fillipo*.
- Toboso, M. (2018). Diversidad funcional: hacia un nuevo paradigma en los estudios y en las políticas sobre discapacidad. *Política y Sociedad*, 783-804.
- Treviño, R. (2002). *La persona y sus atributos*. México: universidad Autónoma de Nuevo León.
- Ullsperger, M. (2006). Performance monitoring in neurological and psychiatric patients. *International Journal of Psychophysiology*, 59, 59-69.
- Urteaga, E. (2009). Las políticas de discriminación positiva. *Revista de Estudios Políticos*, 146, 181-213.
- Vallejo, J., Hernández, M., & Posso, A. (2017). la capacidad jurídica de las Personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos. *Revista CES Derecho*, 8(1), 1-18.

- Velarde, V. (2012). Los modelos de la discapacidad: un recorrido hitórico. *Revista Empresa y Humanismo*, 115-136.
- Victoria Maldonado, J. (2013). El Modelo Social de la Discapacidad: Una cuestión de derechos humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1093-1109.
- Villuendas, E. (2014). *Procesamiento de retroalimentación asociada con errores propios y ajenos: efectos de la distancia social y la empatía en los potenciales relacionados con eventos*. Obtenido de Universidad de Guadalajara: [http://biblioteca.cucba.udg.mx:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/5760/Villuendas\\_Gonzalez\\_Erwin\\_Rogelio.pdf?sequence=1](http://biblioteca.cucba.udg.mx:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/5760/Villuendas_Gonzalez_Erwin_Rogelio.pdf?sequence=1)
- Wehmeyer, M. (2006). Autodeterminación y personas con discapacidades severas. *Revista Española Sobre Discapacidad Intelectual*, 37(4), 5-16.
- Wile, D. (1996). Why doers do. *Performance & Instruction*, 35(1), 30-35.
- Yáñez, F. (2011). La experiencia del civil law y del common law en el ámbito de la responsabilidad civil de las personas incapaces. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie*, 132, 1293-1317.