

Principales novedades de la Ley 1996 de 2019 que regula el régimen de capacidad legal en personas con discapacidad mayores de edad.

Por

David Gutiérrez Prieto

Alejandro García Ramos

Monografía como requisito para obtener el título de abogados.

Asesor: Carlos Julio Arango Benjumea

**Medellín
Universidad EAFIT
Facultad de derecho
2020**

Resumen

En el presente trabajo monográfico se abordarán las principales novedades de la Ley 1996 de 2019 que modifica el régimen de incapacidad legal en Colombia y pasa a regularlo mediante una serie de figuras jurídicas tales como la presunción de capacidad, los apoyos, los ajustes razonables y las directivas anticipadas.

Inicialmente se establecerá a modo de orden lógico un acápite de desarrollos conceptuales para comprender los diferentes elementos que tienen que ver con el régimen de discapacidad en Colombia. Después, se abordará el tópico de la evolución normativa que se ha suscitado en materia de discapacidad; por último, se explicarán las novedades que trae la mencionada ley, con sus bondades y desventajas.

Palabras clave: Discapacidad, apoyos, valoración de apoyos, adjudicación de apoyos, ajustes razonables, directivas anticipadas, prevalencia de la voluntad, capacidad, inclusión, nulidad.

Abstract

This monographic work will address the main novelties of Law 1996 of 2019, which modifies the legal incapacity regime in Colombia and goes on to regulate it through a series of legal figures such as the presumption of capacity, supports, reasonable adjustments and advance directives.

Initially, a section of conceptual developments will be established as a logical order to understand the different elements that have to do with the disability regime in Colombia. Then, the topic of the normative evolution that has arisen in the matter of disability will be approached; finally, the new features that the mentioned law brings, with its advantages and disadvantages, will be explained.

Keywords: Disability, supports, support assessment, support adjudication, reasonable accommodation, advance directives, prevalence of will, capacity, inclusion, invalidity

Tabla de contenido

Introducción.....	5
Capítulo 1	8
<i>Conceptos generales</i>	8
1. La capacidad legal	8
2. Discapacidad y personas en situación de discapacidad.....	10
2.1. La discapacidad	10
2.2. Personas en situación de discapacidad	13
3. Los modelos de la discapacidad	14
3.1 Modelo de la Prescendencia.....	14
3.2 Modelo médico-rehabilitador	15
3.3 Modelo social	15
4. Tipos de discapacidad	18
4.1 Discapacidad física.....	18
4.2 Discapacidad Sensorial.....	19
4.3 Discapacidad intelectual/cognitiva.....	19
4.4 Discapacidad mental/psicosocial.....	19
4.5 Discapacidad múltiple	19
Capítulo 2	21
<i>Marco normativo en materia de discapacidad en Colombia</i>	21
1. Código Civil.....	21
2. Ley 1306 de 2009	24
3. Ley 1346 de 2009 y la Convención Internacional de los Derechos de las personas en situación de discapacidad	27
4. Ley Estatutaria 1618 de 2013	29
5. Ley 1996 de 2019	31
Capítulo 3	38
<i>Principales novedades de la Ley 1996 de 2019</i>	38
1. Presunción de capacidad de las personas mayores de edad en situación de discapacidad	38
2. Los apoyos	47
2.1 Los acuerdos de apoyo	50
2.2. La adjudicación judicial de apoyos.	51
3. Los ajustes razonables	58
4. Las directivas anticipadas	64
Conclusiones.....	69
Referencias bibliográficas	73

Introducción

La Ley 1996 de 2019 en cumplimiento de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada en Colombia mediante la Ley 1346 de 2009, con fallo de constitucionalidad proferido por la Corte Constitucional en la sentencia C-293 de 2010 y ratificada en 2011 por el Gobierno Nacional, modificó la normatividad relacionada con la capacidad de ejercicio de las personas mayores de edad en situación de discapacidad, e incluyó la figura de la presunción de capacidad para dichas personas, regulando además una serie de figuras novedosas, tales como los apoyos y sus mecanismos formales (acuerdos de apoyos y adjudicación judicial de apoyos), los ajustes razonables y las directivas anticipadas. Todas ellas dirigidas a lograr la efectividad y hacer tangible el núcleo esencial de las mencionadas Ley 1996 de 2019 y la CDPD, cual es garantizar la igualdad de las personas en situación de discapacidad para la toma de decisiones con asistencia de apoyos y de salvaguardias, dentro de un marco de autonomía y dignidad y un enfoque de reconocimiento y protección de derechos que supere el criterio paternalista y proteccionista con el que se abordaba la discapacidad bajo el régimen legal anterior.

Estos cambios se contraponen principalmente a la Ley 1306 de 2009, ya que la nueva regulación deroga figuras como la discapacidad mental absoluta y relativa y, por tanto, su función como causales de incapacidad absoluta o relativa, respectivamente, con sus consecuentes sanciones (nulidad absoluta, nulidad relativa) y las respectivas declaraciones de interdicción o inhabilitación, según el caso.

Así las cosas, la suscitada ley refleja un cambio de paradigma en la concepción de la capacidad en nuestra legislación a partir de su promulgación. El debate en torno a esta nueva situación en materia de discapacidad es imperioso debido a la serie de cambios y derechos que se han venido desarrollando y reconociendo internacionalmente. Uno de los instrumentos principales de tal transformación es la Convención de Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad, y entre su articulado específicamente su artículo 12, fundamento normativo y axiológico de la Ley 1996 de 2019, que ha hecho necesarios una serie de cambios en las legislaciones internas de los países miembros.

Si bien, estas principales novedades normativas cuentan con un corto tiempo de vigencia en nuestro ordenamiento, resulta adecuado analizarlas y presentarlas en un trabajo monográfico con la intención de evidenciar qué bondades tienen los nuevos desarrollos en materia de protección para las personas en situación de discapacidad y qué modificaciones puntuales llegan con la nueva ley, que se derivan de los casos difíciles vinculados por ejemplo con situaciones de personas con discapacidad cognitiva/intelectual o mental/psicosocial. Por ende, una inquietud que nos surge de bulto a los autores del presente trabajo es si las nuevas medidas pueden resultar en desventaja para aquellas personas que anteriormente estaban sometidas a las medidas tradicionales de protección, como la interdicción que, si bien, incluía la sustitución total de la voluntad del interdicto por parte de su curador “[...]La nueva ley ha modificado una figura que siempre se había entendido como medida de protección” (Aramburo, 2019), en favor de las personas en situación de discapacidad.

Es por ello que el presente escrito hará referencia a estos tipos de casos difíciles que, en últimas, pueden evidenciar en nuestro sentir y parecer, las dificultades que trae la mencionada Ley 1996 de 2019. De todas formas, es necesario aclarar que la ley se refiere a todo tipo de discapacidad, y no solamente a la discapacidad cognitiva/intelectual, pero su novedad más significativa, y que ha generado tanta inquietud en varios sectores de la sociedad colombiana y en nosotros mismos, es el impacto que la presunción de capacidad tiene respecto a esta clase de discapacidad.

La anterior problemática se origina en cómo la sociedad y los ordenamientos jurídicos concebían a las personas con discapacidad. De ello dan cuenta los modelos de la discapacidad, que han sido las maneras como las sociedades la han concebido a través del tiempo. Inicialmente surgió el modelo de la prescindencia, que veía la discapacidad como algo negativo dando lugar a la exclusión del ordenamiento jurídico y de la sociedad misma. Luego, el modelo médico-rehabilitador entiende la discapacidad como una condición médica, equiparable a una enfermedad que debe ser curada, quiere decir que se concibe esta “enfermedad” como un límite para ser útil socialmente.

Y está el actual modelo social en el cual se basa la Ley 1996 de 2019, objeto de estudio de la presente monografía, que concibe la discapacidad como “un concepto que evoluciona, y que resulta de la interacción entre las características funcionales de una persona, y las

barreras que se encuentran en su entorno” (Palacio, 2008, p.). Esto quiere decir que una persona solo presenta una discapacidad si su entorno (social, el ordenamiento jurídico, las condiciones exteriores, etc.) no le brinda los elementos suficientes para que él lleve una vida con normalidad.

Este trabajo resalta las bondades y características de lo que se consideran las novedades más importantes sin pretender desarrollar y agotar toda la temática planteada en la susodicha Ley 1996 de 2019 con la expectativa de que la respectiva reglamentación, que se encuentra en proceso y a cargo de los organismos competentes que la misma ley ha designado para el efecto¹, sea la más adecuada para las personas en situación de discapacidad en Colombia.

¹ La Ley 1996 de 2019 ordena al Gobierno nacional, a través de diferentes organismos, varias actividades de reglamentación en los artículos 13, 30 párrafo, y 62. De igual manera, también ordena actividades de implementación como lo indican los artículos 12, 16 párrafo 2, y 17 párrafo, 32 párrafo, y 33 párrafo.

Capítulo 1

Conceptos generales

Para una mejor comprensión del tema que nos ocupa abordamos los siguientes conceptos generales que permiten hacer un adecuado encuadre de las principales novedades de la Ley 1996 de 2019: la capacidad legal, discapacidad y personas en situación de discapacidad, los modelos de discapacidad, los tipos de discapacidad.

1. La capacidad legal

En la doctrina jurídica especializada se reconoce la capacidad como una aptitud que tienen las personas o sujetos de derecho para ostentar la titularidad, tanto de derechos subjetivos como de obligaciones, y para ejercerlos sin el ministerio de otra persona. Por tanto, depende del ámbito de acción de la capacidad (mera titularidad o titularidad acompañada de su ejercicio) para que se haga la referencia a dos clases de capacidad: la capacidad de goce, capacidad jurídica o de derecho y la capacidad legal o capacidad de ejercicio. En palabras de Ospina Fernández y Ospina Acosta (2009) la capacidad de goce “...es un atributo de la personalidad jurídica o, mejor aún, es el atributo esencial de esta, puesto que constituye el cuño que, aplicado a cualquier ser, humano o no, le permite existir como sujeto del derecho” (p.21). Los autores explican que todas las personas cuentan con esta capacidad de goce, pues es la aptitud para ser titulares de derechos y obligaciones.

En cuanto a la capacidad de ejercicio, la expresan estos autores, como “... el poder que se le reconoce a la mayoría, ya que no a todos los sujetos de derecho, para actuar directamente, por sí mismos en el comercio jurídico, vale decir, para realizar actos jurídicos” (p.21). También, explican que esta capacidad de ejercicio o legal llamada también de hecho es requisito de validez para la celebración de los actos o negocios jurídicos, pero que tales calificativos en vez de generar claridad conceptual lo que logran es oscurecer su sentido².

² Los autores hacen un llamado de atención sobre el uso anfibológico en el lenguaje técnico-jurídico y advierten que algunos términos empleados como equivalentes no siempre denotan una sinonimia exacta. Tal sucede con las expresiones capacidad de hecho, de ejercicio y legal. Decir capacidad de hecho implica “la

El Código Civil, en su artículo 1502, aborda la capacidad de ejercicio de la siguiente manera: “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra”. Esta definición demuestra que la capacidad legal se entiende como un ejercicio de independencia a la hora de realizar negocios o actos jurídicos. Sin embargo, no se hace mención de la capacidad de goce en dicha normativa.

Por su parte, la jurisprudencia coincide con la doctrina jurídica al referirse al concepto de capacidad. Así las cosas, la sentencia C- 983/02 expresa que la capacidad legal, consiste en “...la facultad que tiene una persona para adquirir derechos y contraer obligaciones” (2002). El concepto de capacidad jurídica en Colombia, según dicha sentencia, está dividido en dos elementos, la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

La primera atañe a “...la aptitud general que tiene toda persona natural o jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, y es, sin duda alguna, el atributo esencial de la personalidad jurídica”. La segunda se plantea como, “...la habilidad que la ley le reconoce a aquélla para poderse obligar por sí misma, sin la intervención o autorización de otra”.

Esta diferencia de elementos establecidos, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, fue utilizada, tanto por el régimen de la capacidad del Código Civil como por la Ley 1309 de 2009, para establecer las respectivas normativas sobre la incapacidad legal, que, en vía de una visión paternalista y proteccionista, calificaba a las personas con capacidad de ejercicio, incapaces absolutos e incapaces relativos, como se detallará en el capítulo 2 de la presente monografía.

Ahora bien, en la Ley 1996 de 2019, una de sus principales novedades, consiste en que se le otorga la presunción de capacidad de ejercicio a las personas en situación de discapacidad (artículo 6°) lo cual impacta el régimen de la discapacidad mental que regulaba la Ley 1306 de 2009, teniendo en cuenta que de conformidad con lo establecido en el Código Civil, en el artículo 1504, se trataba a las personas en situación de discapacidad como

aptitud o habilidad psicofísica del hombre para realizar actos normales y susceptibles de valoración moral”; la capacidad de ejercicio se entiende como la facultad de ejercer los derechos y las obligaciones de los que se tiene la titularidad; y, la capacidad legal indica la función de ser un “requisito indispensable tanto para ser titular de derechos y obligaciones como para realizar actos jurídicos” (p. 21, pie de página 7).

incapaces absolutos o relativos, según el caso. De esta manera dichas personas no contaban con la autonomía de poderse obligar por sí mismas.

Se debe tener en cuenta que la Ley 1996 se refiere a todas las personas en situación de discapacidad, reconociendo que existen necesidades específicas de cada uno de los individuos según el tipo de discapacidad que tengan, esto es, sin hacer ninguna diferencia se presume la capacidad legal a todas las personas con discapacidad mayores de edad, inclusive a quienes tienen una afectación cognitiva grave, tema que puede ser un poco más complejo en algunos aspectos de los mecanismos de apoyo, y en los que se puede necesitar una ayuda mayor que en los demás tipos de discapacidad.

2. Discapacidad y personas en situación de discapacidad

2.1. La discapacidad

A continuación, se presentan diferentes definiciones del concepto de discapacidad, tomando como referentes la definición del Diccionario de la lengua española de la Real Academia de la Lengua, la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y la Ley estatutaria 1618 de 2013 por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Lo anterior, con la intención de establecer los conceptos principales sobre los que desarrollará el acercamiento a las novedades establecidas en la Ley 1996 de 2019.

En el Diccionario de la Lengua Española de la RAE (2014)³, se establece que los significados del término discapacidad son: 1. Condición de discapacitado⁴. *Percibe una*

³ En el momento de realizar la búsqueda en la versión electrónica del diccionario encontramos que la última actualización anual del mismo fue realizada en el año 2019, edición 23.3, la cual no trae entre su muestra de novedades la definición de la discapacidad, de donde concluimos que la que aparece transcrita es la de la edición 23ª que salió de imprenta en octubre de 2014.

⁴ Ha de tenerse en cuenta que en Colombia a partir de la Sentencia C-458 de 2015, de 22 de julio, con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, expresiones como “discapacitados”, “personas discapacitadas”, “discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales”, “limitación”, “disminución padecida”, “personas con limitaciones”, “limitado auditivo”, “minusválidos”, “población minusválida”, entre otras, implican un trato discriminatorio, degradante y peyorativo, que atenta contra la dignidad humana. Deben reemplazarse en el lenguaje jurídico por expresiones como “personas en situación de discapacidad”, “personas en situación de discapacidad física, psíquica y sensorial”, “persona con discapacidad auditiva” “invalidez”, que son “fórmulas lingüísticas que no tengan esa carga peyorativa para la población a la que se

prestación por su discapacidad, y 2. Manifestación de una discapacidad. *Personas con discapacidades en sus extremidades*. Ambas definiciones son bastante ambiguas, lo que denota una dificultad para entender el concepto en el marco de la presente monografía. Se infiere también que el diccionario da cuenta de una definición insuficiente de acuerdo con el interés de la monografía, poco actualizada en el uso de la expresión discapacitado, puesto que no se ha tenido en cuenta el cambio de paradigma mundial en el que el concepto de discapacidad no es algo inherente a la persona, sino más bien una situación que surge en relación con las barreras impuestas por el entorno y la sociedad.

Esta insuficiencia del término, mencionada en el párrafo anterior, se puede evidenciar en la definición dada por la Organización Mundial de la Salud, que tiene en cuenta un poco más el cambio de paradigma, pero que aun así sigue teniendo una influencia del modelo médico-rehabilitador al vincular la discapacidad con deficiencias o limitaciones de la persona.

La discapacidad es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. Por consiguiente, la discapacidad es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive. (OMS- Temas de salud, 2020).

Esta definición, en comparación con la expresada por el Diccionario de la RAE, es más completa y abarca el concepto de discapacidad de una manera más amplia. Se habla de un término general en el que se encuentran las deficiencias, las limitaciones que encuentra la persona según su tipo específico de discapacidad, y las restricciones establecidas por la sociedad para la plena participación de dichas personas. La definición anterior brinda una

quieren referir”. En igual sentido, véase la Sentencia C-147 de 2017, de 8 de marzo, con ponencia de la misma magistrada.

visión de discapacidad que no solo atañe a la situación de los sujetos, sino también a las características de su entorno, pero atenta contra el nuevo paradigma de comprensión e inclusión de las personas en situación de discapacidad al exponer este concepto como deficiencias funcionales del organismo humano. El nuevo paradigma busca entender la discapacidad como situaciones alternas y externas a la persona, dejando de lado el modelo médico-rehabilitador, que es tangible en la definición de la OMS, y tomando el modelo social que explica que las personas no tienen una patología sino una situación de funcionalidad que por su diversidad necesitan de distintas asistencias a las que tienen derecho en circunstancias específicas.

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad -CDPD- ratificada por Colombia en el año 2011, expresa en su Preámbulo, literal e, que el concepto de discapacidad es, en primer lugar, un elemento en constante evolución, y que la situación de discapacidad de una persona, “...resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás” (ONU, 2006).

Es por las aseveraciones anteriores, que se puede inferir que la CDPD no da una definición exacta del concepto de discapacidad, pero se deduce de su contenido que la discapacidad es vista como resultado de una condición de deficiencia en la persona y la sujeción a barreras sociales y del entorno, lo que trae como consecuencia un trato desigual o una exclusión social.

Esta Convención, fue aprobada por la Ley 1346 de 2009 y luego declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-293 de 2010. Por su parte la Ley 1618 de 2013, abre la puerta a un cambio de mentalidad en la normativa legal colombiana al consagrar disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad a la luz de la CDPD; aunque es de aclarar que esta ley se quedó corta al momento de adecuar el modelo social al ordenamiento jurídico nacional teniendo en cuenta que no se abandonó totalmente el modelo médico rehabilitador y no introdujo en su totalidad dicho modelo social de discapacidad pregonado y defendido por la CDPD.

Por último, para esclarecer la definición de discapacidad, Padilla (2010, p. 384) propone que esta es “una situación heterogénea que envuelve la interacción de una persona en sus dimensiones física o psíquica y los componentes de la sociedad en la que se desarrolla y vive”. Lo dicho está en concordancia con lo que busca la Ley 1996 de 2019, y es entender la diferencia y la independencia con acompañamiento de las personas en situación de discapacidad sin menospreciarlas o verlas como inferiores.

2.2. Personas en situación de discapacidad

De otro lado, la Ley 1346 de 2009, en su artículo 2° numeral 1°, define a las personas en situación de discapacidad como

Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Dicha definición está directamente relacionada con la expuesta en la Convención, ya que se evidencia el cambio de paradigma en el cual la discapacidad no es una característica inherente a la persona, sino a los impedimentos que resultan de la interacción con el medio social y cultural donde se desenvuelve la persona.

De esta forma, es que la Ley 1996 de 2019 respetando los antecedentes normativo-legales de los años 2009 y 2013 mencionados, trae consigo un cambio en el cual se entiende que la discapacidad se presenta cuando las personas encuentran barreras que impiden su participación en sociedad. Estas barreras son creadas tanto por la sociedad como por el ordenamiento jurídico. Por lo anterior, se busca crear mecanismos que reduzcan todos los obstáculos que pueden encontrar los sujetos con algún tipo de discapacidad, para que las relaciones personales de estas personas no se vean afectadas y se puedan integrar a la sociedad en igualdad de condiciones con las demás personas. Esto es, que sea real y efectiva la inclusión social para las personas en situación de discapacidad.

3. Los modelos de la discapacidad

A lo largo de los años, se ha considerado la discapacidad de diferentes maneras. A las personas en situación de discapacidad se les ha visto como seres inferiores e innecesarios, enfermos, dependientes y, más recientemente, como personas en una situación diferente a lo que se entiende socialmente como normal.

A continuación, se exponen brevemente los modelos predominantes de la discapacidad según se mencionan en la exposición de motivos del proyecto de Ley 027 de 2017- Cámara, por medio del cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad (Gaceta del Congreso 613, 2017, pp. 11-14), y en el cual se toman como referentes, entre otros, a la académica argentina Agustina Palacios (2008).

3.1 Modelo de la Prescindencia

El modelo de la prescindencia concebía la discapacidad como una maldición o castigo divino. De esa forma, la discapacidad era entendida como algo completamente negativo o relacionado con la inutilidad, por lo que en la antigüedad las personas con discapacidad eran personas totalmente prescindibles socialmente hablando.

Bajo este modelo, las personas con funcionalidad diversa eran vistas como errores de la naturaleza y, en consecuencia, eran excluidas de la sociedad y del ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que ni siquiera se las veía como personas, ya que no hacían parte del desarrollo de las actividades sociales reguladas en la legislación. La eugenesia o la marginación social fueron los mecanismos utilizados bajo este modelo como respuesta social a la discapacidad.

Uno de los casos más visibles de este modelo se ve reflejado en la promulgación de la Ley de prevención de descendencia genéticamente defectuosa en los años 40, durante el período del nazismo, suceso histórico que generó la esterilización y exterminación de personas consideradas “no aptas” para la reproducción de sus genes.

3.2 Modelo médico-rehabilitador

Bajo este modelo, se entiende la discapacidad como una condición médica, equiparable a una enfermedad que debe ser curada. Se ve a la persona como un enfermo, incapaz de realizar actos hasta que sea curado o se normalice su situación, esto quiere decir que se concibe esta “enfermedad” como un límite para ser útil socialmente.

Este modelo denota un comportamiento de discriminación hacia las personas en situación de discapacidad por parte de la sociedad, pues se entiende que no podrán ser parte de esta con normalidad hasta que estén curadas. La respuesta social a la discapacidad bajo este modelo fue la cura de la enfermedad como una función que deben cumplir el Estado y la sociedad con el fin de normalizar a quién está enfermo(a), ya que la discapacidad se concibe como inherente, intrínseca a la persona misma. Bajo el modelo médico-rehabilitador se determina si tal persona podrá tener capacidad o si por el contrario estará limitada por lo que su diagnóstico indique.

3.3 Modelo social

El modelo social describe la discapacidad como “un concepto que evoluciona, y que resulta de la interacción entre las características funcionales de una persona, y las barreras que se encuentran en su entorno”. Esto quiere decir que una persona solo exteriorizará una discapacidad si su entorno, en este caso el ordenamiento jurídico y la sociedad misma, no le brinda los elementos suficientes para que lleve una vida con normalidad.

En consecuencia, lo anterior explica que el modelo social plantea una visión donde la persona no se ve en posición de desventaja, sino que es el ordenamiento el que denota una falta de inclusión para personas con características funcionales diversas, y señala una obligación estatal para eliminar las barreras que puedan limitar el acceso a la vida en comunidad de estas personas.

De esta manera, se concibe la discapacidad como un elemento extrínseco a la persona, pues se redirige la atención a las barreras sociales, ambientales, jurídicas, etc., con las que se encuentran las personas en situación de discapacidad impuestas por una sociedad de difícil acceso y excluyente. Por tanto, la respuesta social es la eliminación de tales barreras que

permitan una inclusión social en igualdad de condiciones a las demás personas para el goce real y efectivo de sus derechos.

El modelo social es el acogido por la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que exige identificar las barreras impuestas por la sociedad y el entorno con el fin de eliminarlas dando lugar a que a las personas en situación de discapacidad se les incluya a la vida en comunidad, se les permita su desarrollo integral, el ejercicio a su autonomía, a la toma de decisiones de manera independiente con apoyos y ajustes razonables.

Este modelo implica una transformación cultural en la que se modifique el enfoque que históricamente se le ha dado a la discapacidad, en la que los prejuicios, la marginalización, la exclusión y la discriminación desaparezcan para dar paso al reconocimiento, en clave de igualdad, a las personas en situación discapacidad asegurándoles la integración en sociedad, el reconocimiento de la capacidad jurídica, y la protección de los derechos humanos.

Bajo esa perspectiva, la misma exposición de motivos del proyecto de Ley 027 de 2017-Cámara, trae a colación lo dicho en la Sentencia C-066 de 2013, de febrero 11, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, en los siguientes términos:

La Corte Constitucional ha afirmado que este modelo debe guiar la interpretación constitucional de la normativa relacionada con las personas con discapacidad:

“La jurisprudencia constitucional, a partir de estas premisas, ha concluido que el modelo social es el marco de referencia de las previsiones del bloque de constitucionalidad contenidas en el CDPD. Por lo tanto, como en esta sentencia se ha señalado que ese instrumento de derechos humanos es el estándar más alto de protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad, conforma el parámetro de interpretación sobre el contenido y alcance de las prerrogativas constitucionales a favor de esa población, de acuerdo con la regla hermenéutica contenida en el inciso primero del artículo 93 C.P.” (Gaceta del Congreso 613, 2017, p. 13).

Es claro que el modelo social busca un nuevo paradigma, que trae como efecto el reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, en igualdad

de condiciones con las demás personas que conforman la sociedad y que no se encuentran en tal situación de discapacidad, de tal manera que puedan expresar su voluntad, sus gustos y preferencias, tomar riesgos, y proceder a la toma de decisiones con apoyos.

Es así como del modelo social se dependen varios efectos importantes como el hecho de concebir la discapacidad como una cuestión de derechos humanos, su reconocimiento y su ejercicio en igualdad de condiciones para todas las personas; y para ello hay que encontrar soluciones que no se enfocan particularmente en las personas con discapacidad sino que van dirigidas a la sociedad y al ordenamiento jurídico en aras de lograr el cambio en el grupo social y en la normativa legal, que son precisamente los actores que configuran un entorno caracterizado por imponer obstáculos, límites, restricciones, discriminación y exclusiones.

De esa manera, para que esas condiciones sean efectivas se requiere garantizar la accesibilidad universal, que posibilita el ejercicio de los derechos en igualdad de condiciones para todas las personas, lo que implica tomar medidas que faciliten dicho ejercicio, por ejemplo, la movilidad y el acceso a vías públicas, a instalaciones públicas y privadas, acceso a los servicios (de educación, de justicia, comunicaciones, salud, etc.) que las instituciones presten, acceso al transporte, a los medios de información, etc.

También el modelo social se refiere a la necesidad de contar con diseños universales, que permitan que un producto, un entorno o los medios de comunicación estén adaptados para el uso equitativo, flexible, simple, intuitivo y perceptible del mayor número de personas posibles y no de un rango promedio de personas (que desconozca la diversidad física, étnica, cultural, social, ocupacional, de edad, entre otros aspectos) y que, además, no exijan esfuerzos físicos exagerados e irracionales y que los errores en su uso sean mínimos o que, por lo menos, se adviertan claramente los mismos y puedan corregirse de una manera fácil e inmediata.

Igualmente, son necesarios los ajustes razonables, como modificaciones al entorno y a las condiciones físicas, sociales, comunicacionales del mismo, ya construidas, que implican barreras a las personas en situación de discapacidad; los apoyos, como medidas de asistencia,

acompañamiento y orientación, para la toma de decisiones y el ejercicio de los derechos; y las salvaguardias como mecanismos de control y supervisión de las medidas que buscan cubrir de manera adecuada las necesidades y garantizar el ejercicio de derechos a todas las personas con discapacidad en igualdad de condiciones a las personas sin discapacidad alguna.

El modelo social busca que las personas con discapacidad puedan desenvolverse con autonomía e independencia en sus relaciones sociales y jurídicas; que puedan tomar decisiones propias con la asistencia de apoyos, reconociendo que en algunos casos no son estos necesarios, y en los que se requiera el nivel de apoyo será el adecuado a las necesidades y requerimientos específicos de quien va a utilizarlos; y todo ello en aras a que la persona con discapacidad pueda realizar su proyecto de vida sin que el mismo se vea obstaculizado o impedido por barreras de tipo físico, actitudinal y jurídico, entre otras.

4. Tipos de discapacidad

Como se plantea la cartilla “Capacidad jurídica y derechos de las personas con discapacidad en el marco del derecho notarial” (2019) no es apropiado categorizar todas las discapacidades, debido a que el concepto de discapacidad está en constante evolución, y depende tanto de las nuevas situaciones humanas que se puedan presentar, como la manera en que la sociedad se regula para adaptarlas a su ordenamiento. Sin embargo, según la definición de discapacidad establecida en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, es posible evidenciar cinco tipos que abarcan la mayoría de las discapacidades comunes.

4.1 Discapacidad física

Personas que tienen una movilidad reducida de su cuerpo, requieren de ayudas para manipular objetos debido a las condiciones externas que los rodean. Ejemplos: Personas que utilizan bastón y silla de ruedas o ayudas técnicas como prótesis u órtesis, entre otras.

4.2 Discapacidad Sensorial

Personas que por alguna afectación ya sea completa o parcial en sus sentidos, encuentran una serie de obstáculos para comunicarse o realizar sus actividades cotidianas. Ejemplos: Personas sordas, Sordociegas (que se incluyen dentro de las discapacidades múltiples) y personas ciegas o de baja visión.

4.3 Discapacidad intelectual/cognitiva

Personas cuyo proceso de pensamiento, aprendizaje y adquisición y proyección del conocimiento es diferente, de otra manera, de otros modos y a otros ritmos. Ejemplos: Personas con Síndrome de Down o con autismo.

4.4 Discapacidad mental/psicosocial

Personas cuyas funciones o estructuras mentales o psicosociales son diferentes. Una enfermedad mental no significa discapacidad, sino una consideración distinta a los modos de relación con el mundo, las demás personas e incluso con ellas mismas. Ejemplos: Personas diagnosticadas con depresión, esquizofrenia, trastornos bipolares, entre otras. Es importante anotar que las personas con discapacidad psicosocial no pueden ser asimiladas con aquellas que tienen discapacidad intelectual, puesto que su proceso de aprendizaje no se ve comprometido.

4.5 Discapacidad múltiple

Personas en quienes se combinan varios tipos de discapacidad, que generan necesidades más diferenciadas y barreras sociales mucho más complejas. Ejemplos: Personas que tienen sordoceguera, pero además parálisis cerebral.” (Minjusticia, UCNC, PAIS-Uniandes, 2019, s.p.).

Es claro que la clasificación transcrita no es la única, máxime que la tarea de clasificar está asociada a distintos criterios y visiones que permiten categorizar de maneras diferentes. Tanto así que hay discapacidades permanentes y temporales, según la duración en el tiempo; las hay también leves, moderadas y severas, según el nivel de afectación. De igual manera, las discapacidades vinculadas a la función y a la salud, como las anteriormente expuestas,

permiten diversas subclasificaciones según los casos específicos que se pueden presentar en la realidad.

Capítulo 2

Marco normativo en materia de discapacidad en Colombia

La evolución que se ha venido dando en Colombia en materia de discapacidad, aunque inicialmente no se denominaba así, tiene fundamento en las normativas que se tratarán a continuación. Estas muestran cómo ha operado el tema objeto de estudio en el presente escrito y los nuevos tipos de regulaciones legales que han ido surgiendo conforme el paso del tiempo. Se inicia con el régimen del Código Civil pasando por las Leyes 1306 y 1346 de 2009, luego la 1618 de 2013, hasta llegar a la actual Ley 1996 de 2019.

1. Código Civil

Inicialmente, es necesario abordar la normativa, que en su momento operaba en el Código Civil (Ley 57 de 1887) bajo el amparo del artículo 1503, que establecía, y establece con vigencia en la actualidad, la presunción de capacidad legal en los siguientes términos: “toda persona es legalmente capaz excepto aquellas que la ley declara incapaces”. Y, seguidamente, el artículo 1504 apuntaba:

“Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, que no han obtenido habilitación de edad; los disipadores que se hallan bajo interdicción de administrar lo suyo; las mujeres casadas, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas cuatro clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.”

Posteriormente, por el Decreto-Ley 2820 de 1974, art.60, se deroga con acierto la incapacidad relativa de las personas jurídicas y de las mujeres casadas. Luego, según lo estableció la Ley 27 de 1977, quedó derogada la habilitación de edad de los menores adultos

en razón de haberse establecido los 18 años cumplidos como requisito para obtener automáticamente la mayoría de edad. Y, en un paso más de evolución, en el año 2002, bajo el amparo de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-983 de 13 de noviembre de ese año, con ponencia del Magistrado Jaime Córdoba Triviño, declaró inexecutable la expresión “por escrito” en relación con el sordomudo que no podía darse a entender por ese medio, lo cual implicó que seguía siendo incapaz solo el sordomudo que no pudiera darse a entender por ningún medio.

En concordancia con lo anterior el Código establecía, en los artículos 428 a 632 y otros complementarios, el régimen de las guardas como medidas de protección a los incapaces. El artículo 428 señalaba que las tutelas y curadurías se ejercían en favor de las personas que no podían dirigirse a sí mismos, o no podían administrar debidamente sus negocios, y que no se hallaren bajo potestad paterna o marital. Por su parte, los artículos 431 y 432 preceptuaban que los impúberes estaban sujetos a tutela y los demás incapaces a curaduría general. Queda claro, entonces, que se consideraba a dichas personas en situación de incapacidad absoluta y relativa como incapaces absolutos y relativos, y, en ese sentido, se hablaba de incapacidades generales.

Es así que en el Código Civil se veía cómo las personas en situación de discapacidad mental, llamadas en su momento dementes, eran consideradas como carentes de aptitudes intelectuales para discernir sus actuaciones y se les veía como unos posibles sujetos tendientes a obrar impulsivamente y sin el cuidado adecuado del manejo de su patrimonio (“incapaces”). Por ello, dichas personas que estuviesen catalogadas de esta manera se veían obligadas a quedar bajo el cargo de una o más personas que les garantizaran bienestar, administraran sus bienes, intercedieran por ellas en ámbitos legales y fungieran como representantes de estas.

Así mismo, continuaba la normativa ilustrando la diferenciación entre incapaces absolutos y relativos, exponiendo que los primeros no tenían idoneidad alguna para realizar ningún acto voluntario que implicara una evocación jurídica de su parte, por lo que los actos que realizasen eventualmente se habrían de considerar absolutamente nulos.

Orientado por las aseveraciones anteriores, el artículo 1741 reforzaba el concepto de nulación de los actos jurídicos que hicieran dichas personas, ... “Hay, así mismo, nulidad absoluta en los actos y contratos de las personas absolutamente incapaces.” (precepto que sigue vigente para los actuales incapaces absolutos: los impúberes, de conformidad con la reforma de la Ley 1996 de 2019).

Luego, en cuanto al segundo tipo de incapaces, los relativos, se predicaba en el Código que sus actos ostentaban un campo reducido de aplicación jurídica, y que se tendrían por nulos relativamente, según lo indicaba (y lo indica todavía) el inciso final del artículo 1741 Ibíd, “Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”. Por tanto, dichos actos podían ser rescindibles a petición de las mismas personas incapaces que los celebraban (y los celebran en la actualidad: los menores adultos según la reforma de la Ley 1996 Ibídem) una vez hubiesen retornado del estado transitorio de incapacidad en el que se encontrasen, o por sus representantes legales.

Por lo tanto, se predicaba entonces, como se predica ahora, que este tipo de actos de los incapaces relativos gozaban (y gozan) de una eficacia provisional en tanto algunos de sus actos eran rescindibles o anulables, pero otros, como por ejemplo ejercer actos comerciales, contraer matrimonio, actuar como mandatarios por cuenta de terceros, otorgar testamentos y administrar cierta parte de su patrimonio, se revestían (y se revisten) de una presunción total de eficacia legal.

También, en el artículo 1745, en el que se mostraban los efectos de la declaración de nulidad de los actos de los incapaces, se expresaba que:

Los actos y contratos de los incapaces, en que no se ha faltado a las formalidades y requisitos necesarios, no podrán declararse nulos ni rescindirise, sino por las causas en que gozarían de este beneficio las personas que administran libremente sus bienes (Código Civil, 1887)”.

Así, lo que quería expresar el artículo era que se podrían declarar nulos los actos y contratos con incapaces generales absolutos o relativos por las causas generales que consagra la ley para anularlos o rescindirlos, siempre y cuando este resultado beneficiara a la persona con discapacidad.

Como puede verse, el régimen ostentado por el Código Civil, vigente en su momento, trataba la discapacidad, sin darle tal denominación, como una causal de incapacidad absoluta en los casos del demente y del sordomudo; y como una causal de incapacidad relativa en el caso del disipador, bajo la consideración de que tales personas no estaban en capacidad de valerse por sí mismos y administrar lo suyo, guardadas las debidas proporciones según el tipo de incapacidad de que se tratara, lo cual cambió drásticamente con la reforma legal que a continuación se menciona.

2. Ley 1306 de 2009

Con los pilares previamente establecidos del régimen de incapacidad, consagrado anteriormente, se deben resaltar las renovaciones que trajo en su momento la Ley 1306 en 2009, siendo esta un antecedente de la actual regulación de la discapacidad en Colombia, en la cual, por medio de sus artículos 2º, 15, 17, 32, 48, 52, 55, 88, y 90, entre otros, se les daba otro tratamiento a las personas en situación de discapacidad mental.

Fue así como se modificó el Código Civil al establecer que, entre otras novedades para la época, se sustituye la expresión “demente” por “persona con discapacidad mental” (art. 2º párrafo.), desaparece la sordomudez como causal de incapacidad absoluta, y se derogó la figura de la interdicción por dilapidación o disipación, conducta que quedó considerada en la discapacidad mental relativa. En la reforma se advierte que la protección a dichas personas se hará respetando, entre otros, los principios con fuerza vinculante y prevalencia de la no discriminación por razón de discapacidad, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades (art. 3º literales b, c, e).

Como se relata en la exposición de motivos del Proyecto de Ley 027 de 2017- Cámara (por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las

personas con discapacidad mayores de edad) la Ley 1306 de 2009, intervino la figura de la interdicción y las guardas, tomó medidas para el control en el ejercicio abusivo de las guardas, control que no fue realmente efectivo. Pero es en esta ley donde se evidencia que el paradigma de la incapacidad legal en Colombia no se entiende completamente superado y se equipara al mismo del Código Civil, por ejemplo fue claro que la interdicción no sufrió modificación alguna de relevancia, pues se continuó permitiendo que se restringiera la capacidad legal en razón de la discapacidad a las personas catalogadas como incapaces absolutos y relativos según criterios con base en diagnósticos procedente del ámbito de la medicina que valoraban la discapacidad mental, a su vez, como absoluta o relativa.

Por lo tanto, se muestra que dicha ley siguió siendo el vehículo para que un tercero ajeno tomará las decisiones por la persona con discapacidad sustituyendo su voluntad aislándola social y jurídicamente. Así, en su artículo 2º, se determinaba que existía una discapacidad mental entre: 1) quienes padecían de limitaciones psíquicas o de comportamiento en donde no podían comprender las consecuencias de sus actos (actual situación de discapacidad cognitiva o intelectual); y, 2) quienes asumían en el manejo de su patrimonio, riesgos excesivos o innecesarios (dilapidadores, disipadores).

Se concluye entonces del citado artículo, haciendo la aclaración de que la discapacidad mental está acorde al nivel o grado de afectación, que se podría catalogar que en un primer grado, de menor intensidad, iría el incapaz relativo respecto del cual ciertos actos o negocios se presumen válidos; pero que luego iría un segundo nivel, de mayor intensidad, el cual le correspondería a la incapacidad absoluta.

Incluso se refuerza lo dicho, cuando la misma ley en su artículo 17º decía que “se consideran con discapacidad mental absoluta quienes sufren una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental”. Y por su parte, el artículo 32 respecto del sujeto con discapacidad mental relativa señalaba que “Las personas que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial, y que como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio podrán ser inhabilitados para celebrar algunos negocios jurídicos...”

En concordancia, el artículo 15 de la ley le atribuía un limitante a la capacidad a las personas en situación de discapacidad mental tanto absoluta como relativa, tal y como se ha venido hablando:

Quienes padezcan discapacidad mental absoluta son incapaces absolutos. Los sujetos con discapacidad mental relativa, inhabilitados conforme a esta ley, se consideran incapaces relativos respecto de aquellos actos y negocios sobre los cuales recae la inhabilitación. En lo demás se estará a las reglas generales de capacidad.

Adicionalmente, el artículo 48 de la mencionada ley mostraba una limitante jurídica para la eficacia de los actos jurídicos, ya de manera específica respecto de las personas con la medida de interdicción, la cual, si se aplicaba a una persona en situación de discapacidad mental absoluta, la consecuencia jurídica era la nulidad absoluta de los actos o negocios jurídicos que ella realizara directamente. Y en cuanto a la persona con discapacidad mental relativa inhabilitada la sanción era la nulidad relativa en la misma situación o relativa. La norma lo relataba en el siguiente sentido

Eficacia de los actos de los interdictos. Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en el presente capítulo, los actos realizados por la persona con discapacidad mental absoluta, interdicta, son absolutamente nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido.

Los realizados por la persona con discapacidad mental relativa inhabilitada, en aquellos campos sobre los cuales recae la inhabilitación son relativamente nulos.

Y, por último, otros de los artículos que condicionaba la capacidad de las personas en situación de incapacidad eran el 52, 55, 88 y 90, que establecían cómo era la representación de la persona con discapacidad mental absoluta y relativa, donde dejaban ver en la figura del curador y del consejero, de un lado, la representación legal para los actos y negocios que realizase el incapaz interdicto, aspecto se vería reflejado en la sustitución de la voluntad de las personas en situación de discapacidad mental absoluta; y, de otro lado, el acompañamiento, la guía y asistencia que complementara la capacidad jurídica del

inhabilitado, y excepcionalmente en este segundo caso, la representación voluntaria por mandato general o especial del inhábil.

3. Ley 1346 de 2009 y la Convención Internacional de los Derechos de las personas en situación de discapacidad

Un paso más en el relato histórico normativo fue la adopción de la Convención Internacional sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, la cual se aprobó en Colombia en el año 2009, y fue ratificada por el Gobierno Nacional en el 2011, cuyo propósito fue promover, salvaguardar y cerciorarse por parte de los Estados partes, del goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas con discapacidad, y de promover el respeto de su dignidad inherentemente.

Lo anterior se ve con más esmero en los preceptos consagrados en el artículo 12 de dicha convención. Estos novedosos preceptos que aborda el artículo establecen el igual reconocimiento como persona ante la ley de las personas en situación de discapacidad, reconociéndoles su propia personalidad jurídica en igualdad de condiciones a las demás personas y en todos los aspectos de su vida. Esta disposición, es la más fundamental que trae esta normativa en aras de abordar la Ley 1996 por cuanto i) se rompe con el sistema tradicional de sustitución de voluntades y ii) se pretende que no se continúe limitando derechos a partir de un diagnóstico de la discapacidad, sino que se brinden los apoyos para garantizar el derecho de toda persona de ejercer sus derechos en igualdad de condiciones.

También, continúa diciendo el artículo 12, que los Estados deben tomar todas las medidas necesarias para brindar el acceso fundamental que las personas con discapacidad puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, y que deben asegurar todas las medidas relativas al ejercicio de dicha capacidad a modo de salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir el abuso de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

También es importante resaltar el pronunciamiento que sobre el mencionado artículo 12 hace la Observación general número 1 del 2014 del Comité sobre los Derechos de las

personas con Discapacidad editado el 19 de mayo de ese año, en la que distingue entre otros conceptos entre la capacidad jurídica y la capacidad mental, en los siguientes términos:

La capacidad jurídica y la capacidad mental son dos conceptos distintos. Capacidad jurídica significa que tienes derechos y obligaciones y que puedes ejercer tus derechos y tus obligaciones por ti mismo, aunque necesites ayuda. Significa que tomas tus decisiones y eres responsable de las consecuencias. La capacidad jurídica es necesaria para participar en la sociedad. La capacidad mental es la habilidad para tomar decisiones. Capacidad mental es un concepto confuso. Los profesionales y los países lo entienden de manera distinta. No es un concepto objetivo y científico. Las personas tenemos capacidades mentales diferentes. Hay personas que necesitan más ayuda para tomar decisiones que otras. Nuestra capacidad mental puede variar según los criterios que la valoran. Todas las personas tenemos derechos a tener capacidad jurídica, aunque tengamos una capacidad mental diferente (2014).

Reforzando la idea de salvaguardar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, termina diciendo el artículo que los Estados partes deben tomar todas las medidas que sean necesarias para evitar que las personas con discapacidad sean privadas arbitrariamente de sus bienes, y que así mismo puedan, al igual que el resto, figurar como propietarias de bienes, poder recibir herencias, tomar el mando de sus asuntos económicos, acceder a los servicios bancarios y financieros (créditos, hipotecas, etc.).

Dicho artículo sirvió como pilar de la normativa posterior que se trata en esta monografía, por haber incorporado esta Convención en nuestro ordenamiento jurídico interno con rango de ley de la República. Incluso, en consonancia con el artículo 12, el artículo 5° Ibíd en aras del fomento de la igualdad y la no discriminación, explica que las personas con discapacidad deben tener derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida que los demás y sin discriminación alguna. También, ratifica el artículo en mención que se prohíbe toda discriminación por motivos de discapacidad y se debe garantizar igualdad en la protección efectiva contra estas discriminaciones; de allí que se tengan que adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la realización de ajustes razonables.

Fue entonces, la Ley 1346 de 2009, la que intentó en primera instancia propiciar la adopción de la CDPD en el ordenamiento jurídico colombiano, aunque es de aclarar de nuevo que esta ley se quedó corta al momento de incorporar el modelo social en nuestro país teniendo en cuenta que no se abandonó totalmente el modelo médico rehabilitador que es la pretensión de la Convención.

Esto se ve reflejado en el artículo 1º, el cual la aprueba; en el 2º, que obliga al país a cumplir la Convención a partir de la fecha; y en el 3º, que decreta que la ley rige a partir de la fecha de su publicación. Y se sella la incorporación al sistema legal colombiano mediante los dos pasos posteriores, a saber, la declaración de exequibilidad de la ley mediante la Sentencia C-293 de 2010, del 21 de abril, con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, pronuncia nuestro más Alto Tribunal Constitucional, y la ratificación del Gobierno Nacional en el año 2011, como ya se ha dicho en apartes anteriores.

4. Ley Estatutaria 1618 de 2013

Así pues, con el antecedente de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, que las muestra como personas que interactúan con diversas barreras que impiden su participación plena y efectiva en la sociedad y les prevé una serie de concesiones de derechos, resulta también acertado hacer alusión a la Ley Estatutaria 1618 de 2013, por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de tales derechos de las personas con discapacidad, y como lo indica en su artículo 1º ...“mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2009”

Se resalta una definición sobre las personas en situación de discapacidad, en su artículo 2º, que las describe como

Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

Esta ley define, además, entre otros, los conceptos de inclusión social, de acciones afirmativas, de acceso y accesibilidad, de barreras actitudinales, comunicativas y físicas y de enfoque diferencial.

Además, en su artículo 3° consagra los principios que rigen dicha normativa, a saber, los de “dignidad humana, respeto, autonomía individual, independencia, igualdad, equidad, justicia, inclusión, progresividad en la financiación, equiparación de oportunidades, protección, no discriminación, solidaridad, pluralismo, accesibilidad, diversidad, aceptación de las diferencias y participación de las personas con discapacidad en concordancia con la Ley 1346 de 2009”.

El fallo de exequibilidad de la Ley Estatutaria por parte de la Corte Constitucional se encuentra en la Sentencia C-765 de 2012, del 3 de octubre, con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla.

Es de anotar que con posterioridad a la vigencia de la ley se interpeló acerca de la obligatoriedad del cumplimiento internacional de la Convención de los Derechos de las personas con Discapacidad. Se mostró, tal y como lo aborda el Comité de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en sus recomendaciones y preocupaciones (2016), de cómo persistían las restricciones en materia legal y jurisprudencial sobre la discapacidad en Colombia

...al comité le preocupa que en el código civil y en la jurisprudencia del Estado persistan restricciones al ejercicio de la capacidad jurídica a personas con discapacidad, y como consecuencia, se le niegue el acceso a la justicia, y el derecho a dar o negar su consentimiento libre e informado. (p. 15.). Y se hacen sendas recomendaciones para solucionar tal problemática, lo cual deriva en la promulgación de la actual ley sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

5. Ley 1996 de 2019

El punto álgido de esta temática recae pues en el desarrollo que se dio en el Proyecto de Ley N.º 027 de la Cámara de Representantes como antecedente previo e inmediato de la Ley 1996 de 2019.

En primera instancia, el informe de ponencia para el primer debate del Proyecto mencionado tocó las figuras de la capacidad de goce y de ejercicio en Colombia, las definía, y ejemplificaba, y luego señalaba la restricción de la capacidad de ejercicio que se ha venido dando en las personas con discapacidad.

En el informe se dijo:

(...) la capacidad de goce se refiere al reconocimiento jurídico que tienen todas las personas que les habilita para gozar de sus derechos, es decir, ser acreedores del derecho a la propiedad, a la vivienda, la educación, la salud, etc. La capacidad de ejercicio, por su parte, se refiere al reconocimiento del derecho a ejercer los derechos propios conforme a la voluntad de cada persona, es decir, escoger cuál bien comprar o vender y cuál no, escoger su lugar de residencia, escoger el programa educativo al que se quiere acceder o el tratamiento médico que se prefiere los derechos propios conforme a la voluntad de cada persona, es decir, escoger cuál bien comprar o vender y cuál no, escoger su lugar de residencia, escoger el programa educativo al que se quiere acceder o el tratamiento médico que se prefiere.

Ahora bien, esta distinción cobra especial relevancia pues, si bien el derecho al goce no suele ser restringido a las personas en el derecho moderno, la capacidad de ejercer dichos derechos sí se ha restringido históricamente a grupos minoritarios, y aún hoy se les restringe a las personas con discapacidad (Gaceta del Congreso 694, 2017, p. 14).

Por ello, en tal informe se habló de la obligación internacional en materia de concesión de derechos a las personas en situación de discapacidad que tenía Colombia. Lo anterior también se ve expresado en las páginas 11 y 12 de la citada Gaceta donde no solo se habla del cumplimiento de una obligación internacional en materia de reconocimiento de

derechos a las personas en situación de discapacidad, sino también de la obligación de implementar un nuevo paradigma sobre los derechos de dichas personas, adoptando un modelo social de discapacidad.

Entonces la nueva realidad jurídica de que trata el proyecto de ley contradice la tradición histórica, pues ya no se admitirán las figuras jurídicas asociadas a la discapacidad que restrinjan la capacidad de ejercicio. De ahí que, la importancia del reconocimiento de la autonomía y la dignidad de las personas con discapacidad que hace la Convención ratificada por Colombia, más específicamente su artículo 12.

Aparece claro en el proyecto de ley que el 'desequilibrio mental' y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (la capacidad legal y capacidad de goce). Así las cosas, los déficits en la capacidad mental no deben utilizarse como justificación para negarlas. El nuevo paradigma, concluye el proyecto, es el punto de partida del que todas las personas podrán expresar su voluntad y preferencias, de tal manera que el núcleo de la capacidad jurídica sea la toma de decisiones con apoyos. (p. 14).

En ese orden de ideas, el concepto de apoyos resulta fundamental para la toma de decisiones de la persona, y las salvaguardas serán así mismo vitales para comprender el funcionamiento en concreto de los esquemas de la capacidad legal. Estos conceptos se piensan en el proyecto para poner en el centro la voluntad y autonomía de la persona con discapacidad, superando por completo los anteriores sistemas que trataban la discapacidad como razón suficiente para que la voluntad de la persona con discapacidad se remplazara por la de un tercero.

También se muestra en la exposición de motivos que acompañó la presentación del proyecto 027 de 2017- Cámara, que la ratificación de la CDPD por los Estados parte los comprometen a

... impulsar una transformación cultural que dé cabida la desaparición de preconceptos ligados a la invalidez de los sujetos con discapacidad, como quiera que este instrumento internacional impone a los países el deber de proceder a abolir en

sus ordenamientos jurídicos y políticas públicas, toda referencia que pueda ser discriminatoria, al igual que están llamados a combatir los estereotipos y prejuicios, promover la conciencia sobre las habilidades de las personas con discapacidad, eliminar las barreras que impiden acceder a la movilidad, la información y las comunicaciones, promover la vida autónoma, y asegurar a esta comunidad el reconocimiento de la capacidad jurídica y el acceso a la justicia, entre otros aspectos de especial relevancia (Gaceta del Congreso 613, 2017, p. 13).

En ese sentido, también se hizo mención expresa a la fuerza vinculante que para Colombia representa la ratificación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pues, como se trata de un instrumento internacional de derechos humanos, el artículo 93 de la Constitución Política consagra que este se debe integrar al texto constitucional a través del bloque de constitucionalidad y que, por ende, las disposiciones contenidas en la Convención prevalecerán en nuestra legislación interna. Esto significa que, dado el principio de supremacía constitucional, las disposiciones de carácter legal y reglamentario deben ir en armonía con la Convención, por integrar esta el ordenamiento jurídico colombiano. En consecuencia, Colombia está llamada a cambiar por completo el enfoque que históricamente le ha dado a la discapacidad (p. 13).

A su vez, en la misma exposición de motivos, se ejemplificó la situación de cómo una persona en situación de discapacidad se encuentra con una barrera que confirma dicha situación

... la discapacidad se genera cuando un cuerpo con diversidad se encuentra con una barrera que le impide acceder a un servicio o ejercer un determinado derecho. A partir de esta noción, la responsabilidad que en algún momento estuvo en cabeza del individuo –de curarse, por ejemplo–, es trasladada al conglomerado social, en tanto es el responsable de la generación de barreras. La persona con discapacidad es distinta, pero no inferior (p. 12).

Así las cosas, con la llegada de la Ley 1996 del 2019 y su novedosa regulación, se hace ineludible mostrar, a manera de marco general legal, cuáles fueron los artículos que

dieron otro sentido a la normativa aplicable a las personas con discapacidad en Colombia. Dichos artículos son: 1°, 2°, 6°, 8°, 9°, 10,11, 15, 19 y 21.

El artículo 1° tiene como objeto establecer las medidas concretas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de quienes se encuentran en una situación de discapacidad, que sean mayores de edad y les da la posibilidad de que tengan acceso a apoyos que puedan requerirse para el ejercicio de la misma capacidad

El artículo 2° habla de la interpretación normativa que se le debe dar a dicha ley, lo cual debe hacerse a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los demás instrumentos internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia, los cuales pasan a integrar el bloque de constitucionalidad y se leen como parte de la Constitución colombiana. Aparte, el artículo señala la no restricción o menoscabo de los derechos que, aunque no estén reconocidos expresamente por la Ley 1996 de 2019, si lo estén en nuestra legislación interna o en instrumentos internacionales debidamente adoptados y ratificados por Colombia.,

El primer cambio novedoso en nuestra legislación con esta ley es dado por el artículo 6°, el cual habla de la nueva presunción de capacidad legal aplicable a las personas en situación de discapacidad mayores de edad, en el sentido de que todas las personas con discapacidad, sin consideración de la discapacidad que tengan y el nivel de apoyos que requieran, dependiendo de su situación particular, serán “sujetos de derechos y obligaciones ,y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones a las demás, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos”.

Adicionalmente, el reconocimiento de esta capacidad legal se confirma cuando continúa diciendo que “en ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona” y que esta presunción se extiende también para el ejercicio de los derechos en el ámbito laboral.

Por su parte, el artículo 8° habla sobre los ajustes razonables que permiten que las personas con discapacidad puedan contar con las adaptaciones requeridas y necesarias para poder realizar sus actos jurídicos de una manera independiente y autónoma, entre ellos los

relacionados con la comunicación y comprensión de la información necesaria para cumplir debidamente con el cometido negocial correspondiente.

Luego, el artículo 9° trae los mecanismos para establecer los apoyos con los que puede contar una persona con discapacidad, mayor de edad, para la realización de actos jurídicos con independencia y autonomía. Para el establecimiento de estos apoyos funcionarán dos mecanismos. Primero, a través de la celebración de un acuerdo de apoyos entre la persona titular del acto jurídico y las personas naturales mayores de edad o personas jurídicas que prestarán apoyo en la celebración de este. Segundo, a través de la adjudicación judicial de apoyos mediante un proceso de jurisdicción voluntaria o verbal sumario, según sea el caso.

Por otro lado, los artículos 10 y 11 explican que la naturaleza de los apoyos que la persona necesite para la realización de los actos jurídicos se puede establecer por dos vías, la primera, a través de la declaración de voluntad personal respecto de tales necesidades; y, la segunda, mediante la realización de la valoración de apoyos, la cual estará a cargo de profesionales, quienes determinarán el nivel de apoyo que debe prestarse. En la valoración de apoyos se pueden considerar no solo las personas que serán designadas como tales, sino también otros apoyos, dependiendo de la necesidad de la persona en situación de discapacidad, y que se mencionan de manera general en el artículo 3° que define los conceptos de apoyo y de apoyos formales en sus numerales 4 y 5 *Ibíd.*

Dicha valoración también podrá ser realizada por instituciones públicas o privadas, siempre y cuando sigan los lineamientos y protocolos establecidos para este fin por la autoridad rectora de la Política Nacional de Discapacidad. Y, específicamente, el artículo 11 expresamente autoriza a que

Cualquier persona podrá solicitar de manera gratuita el servicio de valoración de apoyos ante los entes públicos que presten dicho servicio. En todo caso, el servicio de valoración de apoyos deberá prestarlo, como mínimo, la Defensoría del Pueblo, la Personería, los entes territoriales a través de las gobernaciones y de las alcaldías en el caso de los distritos.”

Se aclara también que

Los entes públicos o privados solo serán responsables de prestar los servicios de valoración de apoyos y no serán responsables de proveer los apoyos derivados de la valoración, ni deberán considerarse responsables por las decisiones que las personas tomen, a partir de la o las valoraciones realizadas.

El artículo 15 indica que los acuerdos de apoyo son un mecanismo formal por medio del cual una persona, mayor de edad, designa la o las personas, naturales o jurídicas, que asistirán en la toma de decisiones cuando vaya a realizar uno o más actos jurídicos determinados en dicho acuerdo.

Luego, el artículo 19 determina que los acuerdos de apoyo serán requisito de validez de los actos jurídicos realizados por la persona en situación de discapacidad, ya que deberá utilizarlos al momento de la respectiva celebración, pues de lo contrario dicha omisión será causal de nulidad relativa de conformidad a lo establecido en el régimen civil general de invalidez de los actos o negocios jurídicos.

Hay que aclarar que lo dispuesto en el artículo 19 no puede interpretarse como una obligación para la persona titular del acto jurídico, de obrar de acuerdo con el criterio de la persona o personas que prestan el apoyo, si esa fue la modalidad de apoyo elegido voluntariamente o establecido en la valoración de apoyos. Y es de resaltar que, para los efectos de la ley, cuando los apoyos consisten en personas de apoyo estos deberán “respetar siempre la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, así como su derecho a tomar riesgos y a cometer errores”

Por último, otro de los conceptos jurídicos nuevos que trae la suscitada ley, se puede ver en el artículo 21, que trae otra nueva figura llamada las Directivas Anticipadas. Estas son una herramienta por medio de la cual una persona, mayor de edad, puede instaurar con antelación “la expresión fidedigna de voluntad y preferencias” en decisiones relativas a uno o varios actos jurídicos. Estas decisiones pueden versar sobre diversos asuntos, ya sean en el campo de la salud, en el financiero o en diversos ámbitos de lo personal.

Capítulo 3

Principales novedades de la Ley 1996 de 2019

Este capítulo es el que da cuenta del propósito de la presente monografía cuál es evidenciar las principales y más importantes novedades de la reforma que trae la Ley 1996 de 2019 a saber: la presunción de capacidad, los apoyos, los ajustes razonables y las directivas anticipadas; sin perjuicio de advertir que en el momento actual se está a la espera de las reglamentaciones mencionadas en el capítulo 1, las cuales permitirán una mayor claridad y certeza en la aplicación de tales figuras.

1. Presunción de capacidad de las personas mayores de edad en situación de discapacidad

Una de las temáticas coyunturales del presente escrito es la presunción de capacidad que trata el artículo 6º de la Ley 1996 del 2019, pilar fundamental de dicha normativa. Es necesario, entonces, en primera instancia, definirla y explicarla por lo novedoso de su contenido. Y, a la par, es fundamental abordarla respecto de las reflexiones que suscita su aplicación en diferentes escenarios, lo que amerita análisis.

Hay que resaltar pues que, en ese artículo por contraposición a la normativa anterior (Ley 1306 de 2009) se les atribuye a las personas mayores de edad en situación de discapacidad plena capacidad para adquirir derechos subjetivos y contraer obligaciones, en igualdad de condiciones con el resto de las personas que no se encuentran en situaciones de discapacidad. Es claro que esa igualdad se predica en los casos y respecto de las personas con discapacidad que requieran la asistencia de apoyos para la toma de decisiones y el ejercicio de sus derechos, reconociéndoles con ello autonomía, independencia y dignidad. Es así como voluntad con apoyos es el núcleo esencial de la ley. Ya la discapacidad no se vincula e identifica con incapacidad legal, y no hay sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad por parte de su guardador, sino el acompañamiento del apoyo que en su ejercicio siempre deberá contar con la apreciación y parecer de la persona a la que asiste, y hasta donde las circunstancias y condiciones lo permitan interpretar de la mejor manera la

voluntad y preferencias de aquella, con el fin de garantizarle el ejercicio pleno de sus derechos.

De esta manera, el precepto faculta a cualquier persona en situación de discapacidad, mayor de edad, para celebrar todo tipo de actos y negocios jurídicos lícitos, por supuesto. Tal planteamiento se enuncia de la siguiente manera en el artículo: “Todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal en igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usan o no apoyos para la realización de actos jurídicos”. Pero su explicación amerita hacer dos advertencias: la primera, que las personas con discapacidad que no tienen inconveniente alguno para manifestar su voluntad reflexiva y conscientemente dirigida a la producción de los efectos queridos puede celebrar actos jurídicos con o sin la asistencia de apoyos; y si así lo quiere, puede acudir al acuerdo de apoyos o a la adjudicación judicial de apoyos, que son mecanismo que consagra la ley para el efecto; la segunda, si la discapacidad no permite esa manifestación voluntad consciente y reflexiva en cualquier grado por parte de la persona, como en el caso de una discapacidad cognitiva o psicosocial, se requiere necesariamente del uso de apoyos. En consecuencia, la misma ley indica que, en cualquier caso en el que se tenga un apoyo, voluntario o adjudicado judicialmente, si se celebra un acto o negocio jurídico sin contar con dicho apoyo, estaría incurriendo la persona con discapacidad en una causal de nulidad relativa del contrato.

Continúa entonces el susodicho artículo 6° reiterando que, por ningún motivo la presencia de una discapacidad podrá limitar la capacidad de ejercicio de la persona, contrario a la regulación anterior consagrada en la Ley 1306 de 2009. Esto demuestra que la Ley 1996 de 2019 pone sobre los extremos de una misma balanza y con el mismo peso a las personas con discapacidad y a las demás personas, en el sentido que las personas en situación de discapacidad, cualquiera sea su tipo, tienen plena capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones al resto, atributo que se veía restringido en normativas anteriores bajo una visión legal proteccionista frente a la posible vulneración de derechos no solo de las personas en situación de discapacidad, sino también de otras minorías de quienes se consideraban no aptos para valerse por sí mismos y administrar su propio patrimonio. Tal es así como se relata

en el informe de ponencia del segundo debate del Proyecto de Ley número 027 de 2017 de la Cámara de Representantes

... esta distinción cobra especial relevancia pues, si bien el derecho al goce no suele ser restringido a las personas en el derecho moderno, la capacidad de ejercer dichos derechos sí se han restringido históricamente a grupos poblacionales minoritarios, y aún hoy se le restringe a las personas con discapacidad.

En ese sentido, la negación de la capacidad legal o capacidad de ejercicio ha sido común entre distintas poblaciones históricamente discriminadas, como es el caso de las personas afrodescendientes, las personas indígenas y, hasta hace poco, las mujeres. Esta tradición consistente en negar la capacidad legal a otros grupos poblacionales se puede rastrear, en nuestra tradición jurídica, al derecho romano (de donde proviene la figura de la interdicción). (Gaceta del Congreso 694, 2017, p.14).

Lo novedoso del tema es que la nulidad absoluta o relativa de un negocio jurídicocelebrado por una persona en situación de discapacidad cognitiva o psicosocial, ya no existe debido a la presunción de que todos los actos y negocios que desarrollen estas personas son completamente válidos, a diferencia de lo que sucedía en vigencia de la Ley 1306 de 2009, en la que los actos jurídicos realizados por las personas en situación de discapacidad mental absoluta o relativa, según las circunstancias, surgían viciados de nulidad absoluta o relativa como consecuencia de la incapacidad absoluta o relativa que se les predicaba. Pero es claro, que aunque desaparecen esas incapacidades vinculadas con las personas en situación de discapacidad, ello no es obstáculo para que un negocio jurídico celebrado por estas personas quede afectado por las demás causales legales que generan tanto de nulidad absoluta como relativa del mismo.

De otro lado, una manifestación clara de la novedad de presumir la capacidad de las personas en situación de discapacidad tiene como finalidad superar “la dicotomía entre personas con capacidad plena” y “personas con discapacidad mental absoluta”, como bien lo explica el informe de ponencia para segundo debate al Proyecto de Ley 027 de 2017 de la Cámara de Representantes, al referirse a las distintas clases de apoyos que necesitan las personas con discapacidad, sean leves o más intensos, siendo los primeros previsibles por

dichas personas o por quienes componen sus redes de apoyos y que pueden estar contenidos en los acuerdos de apoyo o en las directivas anticipadas; mientras que los segundos podrán requerir la intervención de un tercero legitimado para el efecto de solicitarlo, como lo prevé la misma ley en la adjudicación judicial de apoyos, e inclusive se deberá acudir a la aplicación del principio de la mejor interpretación de la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, situación que se presentaría en los casos de una discapacidad intelectual/cognitiva severa o grave.

Todo ello, respondiendo a la necesidad de otorgarles derechos a las personas en situación de discapacidad de los que antes carecían, y de ahí deviene la razón de ser del artículo 6° mencionado, que lo que busca es eliminar las barreras jurídicas que les impidan a dichas personas el acceso a la vida en comunidad

En ese sentido el proyecto de ley responde a la verdaderas necesidades de la población con discapacidad en Colombia, en el marco de la garantía de los Derechos Humanos, entendiendo que todas las personas son distintas y requerirán apoyos distintos a lo largo de su vida, pero poniendo siempre en el centro de la toma de decisiones la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad; reconociendo que las personas con discapacidad son, ante todo, personas con sueños, esperanzas y preferencias propias, y cuyo proyecto de vida debe girar en torno a esos sueños y esperanzas, como sucede con cualquier otra persona (Gaceta del Congreso 451, 2018, p.2).

Poder obligarse con terceros, asumir responsabilidades personales y económicas , celebrar cualquier tipo de contrato como el de arrendamiento, de compraventa, entre otros; contraer nupcias matrimoniales por los ritos reconocidos por el Estado, decidir autónomamente sobre la realización o no de los procedimientos médicos que les vayan a hacer quirúrgicos, sexológicos, etc.; iniciar o actuar en procesos judiciales directamente como demandantes, demandados, querellantes, testigo o parte de una conciliación; decidir el cambio de residencia o viajar sin necesitar de autorización alguna y, hacer efectivos sus derechos políticos para elegir o ser elegidos en cargos de elección popular, son algunos de los ejemplos de los actos jurídicos y ejercicios de derechos que las personas con interdicción no podían realizar por la prohibición que diversas disposiciones legales consagraban antes

de la reforma que nos ocupa (Minjusticia, et. alt. El ejercicio de la capacidad Jurídica...2019, p.24), y que ahora pueden realizar las personas con discapacidad bajo el amparo de la reforma de la Ley 1996 de 2019.

Es correcto afirmar que a la luz de la Ley 1306 de 2019, la capacidad de goce como aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones, era una propiedad esencial de todas las personas, como lo sigue siendo en la actualidad; pero en cuanto a la capacidad de ejercicio la misma se veía limitada toda vez que no se admitía la validez de los actos jurídicos si la persona no era legalmente capaz. Así lo relata el artículo 1502 de nuestro Código Civil, el cual esgrime y esgrime que “para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que sea legalmente capaz...” y que “la capacidad legal consiste en poderse obligar por sí misma sin el ministerio o autorización de otra”. Términos estos que atañen al concepto de capacidad de ejercicio, el cual deja ver que de por sí no todas las personas tienen capacidad legal, y bajo el régimen legal anterior estaban entre ellas, las personas en situación de discapacidad mental absoluta y relativa según el caso, por tanto, no contaban con este requisito de validez de los actos jurídicos.

Para reforzar la anterior idea, es necesario remitirse a la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la cual se mostraba que “La capacidad de goce es la aptitud jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones. La capacidad de ejercicio o legal es la habilidad de la persona para poderse obligar por sí misma, sin la intervención o autorización de otra” (Sentencia C-466 de 2014). De esta sentencia se puede inferir, también, que la capacidad de ejercicio se veía como una limitante de las personas en situación de discapacidad mental para poder obligarse por sí mismas, y con mayor intensidad en la discapacidad mental absoluta, ya que necesitaban, según el caso, contar con la intervención de quien fuera su guardador o representante legal para que los negocios jurídicos que llevaran a cabo se presumieran jurídicamente válidos.

En ese sentido, el reconocimiento que el derecho les atribuye a las personas mediante la capacidad de ejercicio, para ejercer derechos propios conforme a la voluntad propia, era negado a las personas en situación de discapacidad mental, visto, según Ospina Fernández y Ospina Acosta, como una “restricción de la posibilidad de intervenir en el comercio jurídico”(2009, p. 87), por ejemplo mediante el proceso de la interdicción, en el cual se veía

una sustitución de la voluntad del interdicto por parte de su curador, y no se tenían en cuenta las preferencias de la persona en situación de discapacidad.

Lo que acarrea la interdicción anteriormente, constante el decreto judicial de interdicción, era una presunción de incapacidad legal que operaba como una presunción de derecho la cual no admite prueba en contrario, e implicaba la invalidez de todo acto jurídico realizado por el interdicto. La presunción de incapacidad absoluta, con la llegada de la Ley 1996 de 2019, queda eliminada de nuestro ordenamiento jurídico y pasa a ser reemplazada por la novedosa presunción de capacidad legal plena. Y, en consecuencia, según el artículo 57 de la misma ley, que modifica el artículo 1504 del Código Civil, solo queda como causal de incapacidad absoluta, de carácter subjetivo, la vinculada con el impúber (varón o mujer de los 0 a los 12 años, de conformidad con el párrafo del artículo 53, Ley 1306 de 2009). Cabe destacar al mismo tiempo que la nulidad relativa se elimina del ordenamiento jurídico como causal vinculada a la discapacidad mental relativa, pero sigue vinculada al menor púber (artículo 1504 *Ibíd*, reformado Ley 1996 de 2019) y, por supuesto a las demás causales legales entre las que se adiciona, como una novedad más de la nueva ley, la que consagra en su artículo 19, inciso 2, que reza:

En consecuencia, si la persona titular del acto jurídico lleva a cabo los actos jurídicos especificados por el acuerdo de apoyos, sin hacer uso de los apoyos allí estipulados, ello será causal de nulidad relativa, conforme a las reglas generales del régimen civil.

Otra de las características innovadoras que trae la ley, en concordancia con el artículo 6º, es que se les respetará a las personas en situación de discapacidad el derecho a tomar riesgos y a cometer errores, posibilidad con la que antes ni siquiera contaban. Esto se ve reflejado en el numeral 4 del artículo 5º de la Ley 1996 de 2019 que trae los criterios para establecer salvaguardas, y entre ellos el de la imparcialidad que es el que habla del respeto como un deber que deben cumplir las personas que presten apoyo en la realización de los actos o negocios jurídicos de las personas con discapacidad.

La aplicación más inmediata, y el primer efecto que acarrea el artículo 6º en su párrafo, es la desaparición de todos los procesos de interdicción y, por consiguiente, todas las restricciones a la voluntad de las personas en situación de discapacidad intelectual,

cognitiva o mental. Es decir, se presume legalmente la capacidad de ejercicio de dichas personas para desarrollar sus negocios. Esto al margen de si utilizan apoyos o no, en los términos del artículo en mención, pues en todo caso se presumirá su capacidad y prevalecerán sus preferencias e intereses.

El segundo efecto que trae el artículo 6° es que desaparecen las discapacidades mentales absoluta y relativa como causales de incapacidad absoluta y relativa, en su orden, que daban lugar a la declaración judicial de nulidad absoluta y relativa respectivamente, y que se profesaban a luz de la anterior Ley 1306 de 2009, respecto de los negocios jurídicos que desarrollaban las personas en situación de discapacidad, según el caso.

Como preocupaciones adicionales vinculadas a la presunción de la capacidad de las personas con discapacidad se alcanzan plantear las siguientes: por ejemplo, si con la llegada de la presunción de capacidad viene también la desventaja para las personas en situación de discapacidad de que ante una eventual celebración de un negocio jurídico que les acarree desavenencias o pérdidas por haberlo realizado en un momento de no lucidez (una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental), de que no puedan deshacer dicho negocio porque precisamente la nueva ley permite de ahora en adelante que los negocios que desarrollen las personas en situación de discapacidad revistan la presunción de validez por contar con plena capacidad de ejercicio.

Tal inquietud no representaba mayor dilema en la normativa anterior, pues la consecuencia jurídica que se desprendía era lógicamente la nulidad del acto o negocio jurídico en cuestión, dependiendo de la condición de incapacidad de la persona, y a sabiendas de que esta nulidad se consideraba como una especie de protección para las personas en situación de discapacidad.

Nosotros, los autores de esta monografía, insistimos en la preocupación que genera el principio de autonomía que trae el artículo 4° de la Ley 1996 de 2019 en cuestión, puesto que muestra que existe un derecho a equivocarse en todas las actuaciones en las que se vean envueltas las personas en situación de discapacidad, lo cual fue pensado como el desarrollo de un beneficio para dichas personas de autodeterminarse y no tener restricciones para realizar un negocio jurídico, pero que puede representar un peligro para su patrimonio o su

estabilidad económica si en determinado momento no tenían la suficiente lucidez mental para desarrollar el negocio jurídico con la necesaria diligencia y cuidado propia de un buen padre de familia o buen hombre de negocios. Estos atributos, en ciertas circunstancias, pueden resultar ausentes en algunas personas en situación de discapacidad, tales aquellas que cuenten con afecciones o patologías severas o profundas del aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental, y dichas situaciones pueden causarles percances.

Ahora bien, para complementar el párrafo anterior, es necesario ahondar acerca de cuál es el significado de la ley cuando dice que las personas con discapacidad pueden cometer errores y asumir riesgos y a qué tipo de errores se refiere.

Se debe partir de la base de que la ley le imprimió un derecho a las personas en situación de discapacidad que consiste en que ya pueden celebrar, gestionar o llevar a cabo todo tipo de negocios jurídicos en donde el tópico principal es que prime su voluntad y preferencias para el desarrollo mismo del negocio, de tal manera que si dichas personas consideran que el negocio se debe hacer de determinada manera pueden hacerlo, y sus apoyos lo que deben hacer es guiarlos en este proceso, aconsejándolos sobre cuál debería ser la mejor opción, ya que en todo caso lo que debe primar es su voluntad. Esto fue pensado no para situarlas en una posición de supra ventaja o jerarquía frente a las demás personas, sino para ponerlas en una situación de igualdad de condiciones con las mismas. Repetimos que para nosotros, los autores, dicha igualdad puede acarrear sendas novedades tanto bondadosas como preocupantes.

Pero, también es de advertir que, derivado de los supuestos anteriores, varios de los errores que se desprendan producto del giro ordinario de los negocios serán errores de tipo negocial, es decir, errores que suceden en los actos jurídicos en los cuales pueden incurrir las partes de un contrato, frecuentemente producto de su desconocimiento o su inexperticia. El punto álgido en este tema es que, a la luz de la normativa anterior, la Ley 1309 de 2009, las personas con discapacidad mental absoluta bajo decreto de interdicción, ni siquiera tenían la posibilidad de cometer dichos errores y se veía sustituida su voluntad por parte de su curador, como se ha reiterado anteriormente. Ahora sí los pueden cometer, pues tienen derecho a manifestar y a preferir lo que quieran. No obstante, el precio de esto será que la persona tenga que asumir el riesgo del negocio en donde se verá enfrentada al éxito o

Como consecuencia de esto, incluso se puede presentar la hipótesis de que el derecho a cometer errores y asumir riesgos no necesariamente significa que ello represente una ventaja para los terceros, sino que se vea más como una consecuencia necesaria que se desprende de atribuirles derechos a las personas en situación de discapacidad. Así las cosas, desde la otra cara de la moneda, el hecho de concederles a las personas con discapacidad el derecho a equivocarse en un ámbito negocial implica lógicamente el hecho de que tengan, así mismo, la obligación de reparar las consecuencias de sus equivocaciones representa una ventaja para el ordenamiento jurídico, pues da más eficacia y seguridad jurídica.

Ello se puede traducir en que la creación de esta ley hará que las personas que antes se eximían de responsabilidad por ser nulos los actos o negocios jurídicos que desarrollasen, se sitúen en una misma balanza, como ya lo dijimos anteriormente, junto con las demás personas, cumpliéndose de esa manera el objetivo para el que fue creada la ley, esto es, que prevalezca la voluntad de las personas con discapacidad y no la de las personas de sus apoyos, pero al mismo tiempo se dará seguridad jurídica, pues se tendrá certeza de que todos incluyendo a las personas con discapacidad se responsabilizarán por sus actos. Así:

Crear que hay decisiones infalibles, sin riesgo y siempre acertadas es una falacia; nadie ni nada puede garantizar eso. Utilizar el argumento del riesgo como justificación para clasificar a las personas como incapaces ante la ley y privarlas de su más básico derecho a decidir, solo resulta ser un acto de discriminación por motivos de discapacidad que no genera ninguna certeza ni garantía. De hecho, parte de los reclamos que se hicieron desde la negociación de la CDPD fue el del derecho humano que todas las personas tienen a equivocarse. Es así como lo que los Estados deben procurar es crear las condiciones para incluir a las personas con discapacidad en el tráfico jurídico y garantizar su derecho a decidir en igualdad de condiciones, enfocándose en proporcionar los apoyos, ajustes razonables y medidas de accesibilidad que se requieran para hacerlo (Ministerio de Justicia, et. alt. Ejercicio de la capacidad jurídica guía para su implementación, 2019.)

En todo caso, estas reflexiones no quieren decir que el error haya desaparecido. El concepto de error que trae nuestro Código Civil en sus artículos 1509 a 1512 (el error de derecho, en la naturaleza del acto o negocio jurídico, en la identidad del objeto, en la calidad

del objeto y en la calidad de la persona) siguen vigentes, y a partir de la promulgación de la ley aplican para todas las personas.

Lo que sucede ahora es que el negocio surge con presunción de validez, en la que la persona titular del acto jurídico en situación de discapacidad se podrá comportar igual a una persona que no se encuentre en tal situación, por ello si la persona realiza el acto en circunstancias que vicien su voluntad como el error de hecho, en cualquiera de sus modalidades, al demostrar que estaba en esa situación, el negocio estará viciado y se podrá rescindir o anular, según si el acto es civil o mercantil. Pero también puede ratificar el acto que surge con una nulidad relativa, o dejar que se sanee con el paso del tiempo, en los términos del artículo 1743 del Código Civil.

Entonces, de manera inversa, si no se procede a demostrar por la persona en situación de discapacidad que se celebró el negocio jurídico bajo causales de nulidad, el negocio surge válido, incluso estando separado de las indicaciones que le dio el apoyo, de ello dan fe los artículos 6 y 19 de la presente Ley 1996 de 2019.

Con todo lo dicho, insistimos en nuestra preocupación, es que si el negocio representa una clara desventaja o pérdida para la persona en situación de discapacidad, el tema se torna un tanto complejo porque si bien puede pedir por vía judicial que se rescinda o anule el negocio jurídico, el demostrar que estaba en una situación que genera la respectiva nulidad puede representar un reto probatorio que, en ocasiones, es posible que no se demuestre, y es aquí donde se ve la desprotección de la persona con discapacidad precisamente por la presunción de capacidad a la que se ha hecho mención en el presente capítulo.

2. Los apoyos

La Ley 1996 de 2019 crea la figura de los apoyos y los define en el artículo 3º, numeral 4, como, “tipos de asistencias que se prestan a la persona con discapacidad para facilitarle el ejercicio de su capacidad legal” Esto puede incluir, la asistencia en la comunicación, la asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, y la asistencia en la manifestación de la voluntad y las preferencias personales”; y explica, en el numeral 5, que

los apoyos formales “son aquellos apoyos reconocidos por la presente ley, que han sido formalizados por alguno de los procedimientos contemplados en la legislación nacional, por medio de los cuales se facilita y garantiza el proceso de toma de decisiones o el reconocimiento de una voluntad expresada de manera anticipada, por parte del titular del acto jurídico determinado.”

Como puede deducirse de los preceptos legales los apoyos pueden consistir: a) en la modalidad de personas de apoyo, que asistan, auxilien y ayuden a las personas con discapacidad a ejercer plenamente su capacidad jurídica con autonomía e independencia, sin perjuicio del acompañamiento voluntario o necesario que se les brinde; y b) en la modalidad de apoyos técnicos, tecnológicos, jurídicos, etc., que les permitan a las personas con discapacidad la realización de sus actos y negocios jurídicos en igualdad de condiciones de las demás personas.

Con la intención de explicar el funcionamiento de la figura jurídica de los apoyos, vinculada a las personas de apoyo, se hará un repaso breve de la legislación anterior, Ley 1306 de 2009, en la que se consagraban como dispositivos de asistencia el acompañamiento de guardadores (artículo 52, inciso último) que una persona en situación de discapacidad mental podría o necesitara tener para poder realizar actos jurídicos, también el impúber emancipado y el menor adulto emancipado con la advertencia de que estos últimos no estaban ni están en situación de discapacidad, pero todos eran considerados incapaces legales (artículos. 15; 53, parágrafo, que modifica el art. 34 del Código Civil; y 2, parágrafo, que modifica el artículo 1504 Ídem).

La Ley 1306 de 2009 señalaba que “Una persona tiene discapacidad mental cuando padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permite comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio” (art. 2, inciso 1). Además, diferenciaba entre personas con discapacidad mental absoluta y sujetos con discapacidad mental relativa.

Los primeros, las personas que sufrían “una afección o patología severa profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental” (artículo 17), la cual les impide comprender el alcance de sus actos. Por lo que se decidió que serían objeto de interdicción y

se les designaría un curador, persona natural, que los representara legalmente en sus actuaciones jurídicas y tendría una obligación de cuidado de la persona y la administración de su patrimonio económico. En concordancia con lo anterior, el artículo 88° y siguientes establecían las funciones asignadas al curador, siendo una consecuencia la sustitución de la voluntad del pupilo por parte del guardador y este no estaba obligado a velar por las preferencias y gustos de la persona a la que prestaba el servicio de guardador. La persona en situación de discapacidad mental no tenía voz frente a las acciones de su guardador ante el ordenamiento jurídico.

Los segundos, se entendían que eran personas con “deficiencias de comportamientos, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, podían poner en serio riesgo su patrimonio” (artículo 32). Estos tenían la posibilidad de ser inhabilitados mediante sentencia judicial para realizar algunos negocios jurídicos, pero eran capaces para todos aquellos actos para los que no tuvieran inhabilidad (artículo 35). A estos se les designaban unos consejeros, personas naturales, con la intención de guiarlos y de que complementaran “su capacidad jurídica” en los actos o negocios jurídicos para los que estaban inhabilitados (artículo 55). En este caso la voluntad del pupilo debía contar con la autorización del consejero o en su defecto con la ratificación del acto o negocio jurídico celebrado directamente por aquel (artículo 90, inciso 2).

De otro lado, cuando la persona con discapacidad mental absoluta era titular de bienes productivos por un valor superior a los quinientos salarios mínimos legales mensuales, la administración de los mismos correspondía a un administrador fiduciario, que debía ser una sociedad fiduciaria legalmente constituida y su funcionamiento autorizado en el país (artículo 57, incisos 1 y 3).

Esta figura también aplicaba, y sigue aplicando en la actualidad, para el menor de edad o en aquellos casos en que siendo el patrimonio mencionado inferior a los quinientos salarios mínimos el juez lo considere necesario; y también podría aplicar ante la solicitud de la persona con discapacidad mental relativa, que se encontraba inhabilitada, cuyo consejero así lo asintiera (artículo 57, incisos 1 y 2).

La novedad en la Ley 1996 de 2019 es que por la presunción de capacidad de todas las personas en situación de discapacidad quedan derogadas las figuras del curador de la persona con discapacidad mental absoluta, la del consejero de la persona con discapacidad mental relativa y la del administrador fiduciario de las dos anteriores; y en su remplazo la ley inserta al ordenamiento la figura de los apoyos, en la modalidad de las personas de apoyo, con la intención de que las personas mayores de edad en situación de discapacidad puedan realizar de manera autónoma, sin perjuicio de la asistencia que sea necesaria, sus actos jurídicos. Y para darles una mayor relevancia legal se les categoriza como uno de los apoyos formales de los que habla el ya mencionado artículo 3º, numeral 5. Esto bajo la óptica del modelo social, que busca reemplazar la suplantación de la voluntad del régimen anterior, por un régimen de apoyo en la toma de decisiones por medio de apoyos y salvaguardas.

Ya se dijo, que los apoyos formales son “...los reconocidos por la presente ley, que han sido formalizados por algún procedimiento contemplado en la legislación nacional...” (artículo 3 Ibíd), y dicha figura estuvo acompañada en el proyecto inicial de la ley por el concepto de los apoyos informales, entendidos como “...aquellos mecanismos de asistencia que no se encuentran formalizados por alguno de los procesos contemplados en la legislación nacional... (artículo 3º, numeral 6, Proyecto 027 de 2017 Cámara). Tanto los unos como los otros fueron pensados para el acompañamiento de las personas en situación de discapacidad en todo tipo de negocio jurídico, dependiendo siempre de la necesidad específica de cada individuo, y facilitarles así la toma de decisiones o el reconocimiento de la voluntad que se haya expresado anticipadamente. Pero, los apoyos informales no fueron consagrados en el texto final de la Ley 1996 de 2019.

2.1 Los acuerdos de apoyo

Según lo indica el artículo 9º, los mecanismos para establecer apoyos para la realización de los actos o negocios jurídicos de las personas en situación de discapacidad son dos: Los acuerdos de apoyo y la adjudicación judicial de apoyos.

El primer mecanismo podrá realizarse entre el titular del acto jurídico y una persona natural, mayor de edad, o una persona jurídica que lo ayudará a la realización de actos jurídicos específicos. En nuestro sentir, se desprende del artículo 15 que el acuerdo de apoyos

crea una relación jurídica que se piensa puede ser de carácter gratuito u oneroso, teniendo en cuenta que, por la novedad de que la prestación de apoyos podrá ser realizada por una persona jurídica, se cree que podrá configurarse un contrato de prestación del servicio de apoyos. Se entiende que es un negocio jurídico de tipo convencional, pues se podrán crear, modificar y extinguir obligaciones durante el transcurso de la relación jurídica.

Este acuerdo se debe formalizar mediante escritura pública otorgada ante notario público. De acuerdo con el artículo 16, debe ser suscrita por la persona en situación de discapacidad y la(s) persona(s) que prestará(n) el servicio de apoyo. Previo a dicha suscripción del acuerdo de apoyos, el notario se entrevistará aparte con la persona titular del acto, con el propósito de constatar que el acuerdo se ajuste a su voluntad, preferencias y a la ley.

De igual forma, como lo propone el artículo 17 de la ley mencionada, se podrá realizar un acuerdo de apoyos frente a conciliadores extrajudiciales en derecho, que estén inscritos en los centros de conciliación. El conciliador también deberá, durante la conciliación, realizar aparte la entrevista con el titular del acto jurídico con la misma finalidad de revisar que el acuerdo sea congruente con la voluntad y preferencias de la persona titular del acto, además de que este no vaya en contra de la ley.

El acuerdo de apoyos podrá terminarse de manera unilateral por la persona titular del acto jurídico, respetando la forma utilizada para formalizarlo, bien mediante escritura pública o frente al conciliador extrajudicial en derecho. El acuerdo también podrá ser modificado por mutuo acuerdo de las partes, respetando el mismo procedimiento de formalización en el que se haya establecido. Ningún acuerdo de apoyos debe exceder la duración de cinco años, por lo que al pasar este término se deberá realizar nuevamente un acuerdo de apoyos o en su defecto se deberá realizar una adjudicación judicial de apoyos, todo ello según lo establecen los artículos 16 a 20 de la ley.

2.2. La adjudicación judicial de apoyos.

El segundo mecanismo, la adjudicación judicial de apoyos, que se desarrolla en el Capítulo V, artículos 32 a 43, y que entrarán a regir a partir del 26 de agosto de 2021, según

lo indica el artículo 52 de la ley, es el proceso judicial por el cual se le establecen apoyos formales a personas en situación de discapacidad. Dicho mecanismo aplicará de dos maneras:

La primera, mediante proceso de jurisdicción voluntaria en el caso en que el titular del acto jurídico sea el promotor de la adjudicación de apoyos, en cuya demanda dejará constancia de que solicita los apoyos por su voluntad expresa para la toma de decisiones cuando vaya a celebrar uno o más negocios jurídicos debidamente determinados; se realizará ante juez de familia del domicilio de la persona del acto, para cuyo efecto la Ley 1996 de 2019, en su artículo 37, reformó el artículo 586 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012 .

La segunda, se dará cuando la adjudicación de apoyos sea promovida por un tercero, esto es, por persona distinta al titular del acto jurídico, cuando quien promueve dicho proceso demuestre, según el artículo 38, que: “a) la persona titular del acto jurídico se encuentra absolutamente imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible, y b) que la persona con discapacidad se encuentre imposibilitada de ejercer su capacidad legal y esto conlleve a la vulneración o amenaza de sus derechos por parte de un tercero.” También para el efecto, la Ley 1996 de 2019 en el susodicho artículo 38 reformó el artículo 396 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la adjudicación de apoyo judicial siempre debe ser en beneficio exclusivo de la persona en situación de discapacidad.

Es claro que la nueva figura de los apoyos, tanto en su modalidad del acuerdo como en el de la adjudicación judicial, ameritan el análisis de algunas novedades conexas que se pueden presentar en la puesta en práctica de esta figura.

De acuerdo con lo explicado sobre esta ley, y de su necesidad inminente de un nuevo paradigma que favorezca y acoja de manera inclusiva en la toma de decisiones a las personas en situación de discapacidad, la figura de los apoyos, y específicamente su modalidad de las personas de apoyo, entra como un mecanismo amparador de estas personas, ya que les da la oportunidad de tener a alguien que los acompañe en el momento de realizar algún negocio jurídico. Las personas que presten apoyos, como lo menciona la ley en los artículos 3 y 4, deberán asistir al titular del derecho, dándole consejo, información y realizando cualquier

acción a favor de la persona con discapacidad para que pueda manifestar su voluntad y preferencias personales.

Con la nueva ley, se cambia el paradigma de los representantes legales que tomaban las decisiones por la persona en situación de discapacidad y se convierten, los apoyos, en un acompañante activo de las necesidades de la persona con discapacidad para que pueda hacer valer de manera independiente todos sus derechos y pueda participar por sus propios medios en las relaciones jurídicas que desee.

Se denota, entonces, la novedad favorable al respecto de la figura de la persona de apoyos, ya que puede haber aquél que acompañe y oriente a las personas en situación de discapacidad, pero sin excluirlos de sus propias decisiones y guiarlos para complacer sus propios intereses. Se ve de esta manera, un primer paso contundente en otorgarles capacidad plena a las personas en situación de discapacidad, pero sin dejar de lado su protección.

Este acompañamiento demuestra, además, una libertad para la persona con discapacidad, ya que aun si el apoyo no está de acuerdo con la manifestación de la voluntad de la persona, el titular del derecho no tiene la obligación de actuar bajo el criterio de su apoyo; es más una carga de la persona que presta el apoyo acoplarse a la manifestación de la voluntad y a los intereses de la persona que apoya, en los términos que señala el artículo 19, párrafo.

Como ya se dijo, en la Ley 1996 de 2019, se regulan los mecanismos para la designación de apoyos a una persona en situación de discapacidad. En estos se hace una revisión del caso individual de la persona en el momento de la formalización de un acuerdo de apoyos o en la adjudicación judicial de apoyos, para sustentar la necesidad del apoyo de la persona en situación de discapacidad y que con ello se garantice el pleno ejercicio de sus derechos.

En primer lugar, si se trata de formalizar un acuerdo de apoyos, el artículo 16 de la ley, inciso segundo, establece que, al momento de suscribir el acuerdo de apoyos en notaría, como también se anotó anteriormente, se deberá realizar una entrevista por separado a la persona titular del derecho por parte del notario, con la intención de verificar si lo establecido en el acuerdo de apoyos se ajusta a la voluntad y preferencias de esta. Y, de igual manera, es

obligación del notario "... garantizar la disponibilidad de los ajustes razonables que pueden requerirse para la comunicación de la información relevante..." (artículo 16, inciso 3). Además, el notario debe poner en presente a la persona que prestará el apoyo sus obligaciones legales adquiridas por la suscripción del acuerdo.

En idéntico sentido, si el acuerdo de apoyos se realiza en una audiencia de conciliación extrajudicial, el conciliador deberá entrevistar al titular del derecho por separado, del mismo modo en que lo realiza el notario en el trámite mencionado anteriormente. Además, tiene el deber de explicarle a la persona que prestará el apoyo las obligaciones adquiridas por el acuerdo (artículo 17). De esta forma, se denota una voluntad legislativa de reconocerle los mismos derechos y posibilidades a la persona en situación de discapacidad. Sin embargo, el notario no podrá ir en contra de la voluntad de la persona en situación de discapacidad y no solo podrá negarse a realizar el acuerdo si encuentra que este va en contra de sus preferencias o intereses personales.

En concordancia con lo anterior, la adjudicación judicial de apoyos tiene varios requisitos procesales, algunos encaminados a la protección de la voluntad y preferencias del titular del derecho. A modo de ejemplo, se encuentra la valoración de apoyos establecida en el artículo 33 el cual expone que "En todo proceso de adjudicación de apoyos se contará con una valoración de apoyos sobre la persona titular del acto jurídico". Esto es, una revisión del estado de la persona en situación de discapacidad, que tendrá como resultado el nivel y grado de apoyos que esta requiere, ayudando a no visualizarla como un sujeto vulnerable, sino, por el contrario, se identificarán sus capacidades y se adjudicarán apoyos en concordancia con sus necesidades.

Adicionalmente, el artículo 34 de la ley habla de los criterios generales de este proceso, y menciona que el juez debe tener en cuenta siempre la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico y la relación de confianza entre esta, a la que se le adjudicarán los apoyos, y la persona que prestará el servicio de apoyo.

Todo lo anterior demuestra una fuerte intención legislativa de velar por la voluntad y las preferencias de la persona titular del acto jurídico, teniendo en los acuerdos de apoyo una revisión de un tercero (notario o conciliador extrajudicial en Derecho) sobre la situación de la persona con discapacidad y en la adjudicación judicial de apoyos el control del juez y una

valoración de apoyos y unos criterios definidos encaminados a que no se abuse en ningún momento de la situación de la persona con discapacidad.

La Ley 1996 de 2019 conlleva un cambio de paradigma en el régimen de la capacidad para personas en situación de discapacidad que se considera necesario. Este nuevo paradigma busca que todas las personas en situación de discapacidad sean vistas de manera diferente, teniendo en cuenta la situación específica de cada uno de los individuos. Esto es, diferenciar por grados o niveles la necesidad individual de cada uno de necesitar apoyos teniendo en cuenta su particularidad, para que, con los mecanismos establecidos en esta ley, se les brinden los apoyos necesarios que les permitan tomar decisiones de manera autónoma e independiente, pero con acompañamiento.

Dicho lo anterior, se debe entender entonces que no todas las personas en situación de discapacidad necesitan el mismo nivel de apoyo, de manera que en algunos casos la ayuda necesaria será muy leve y en otros la ayuda será de niveles más intensos. Tomando como supuesto un caso en el que una persona esté en una situación de discapacidad intelectual o cognitiva grave, este requerirá de un uso más intensivo de los mecanismos disponibles en dicha ley.

Teniendo esto en cuenta, se puede concluir que algunas personas en situaciones de discapacidad severa deberían, por su bienestar, hacer uso de los apoyos. De esta manera se ve como una desventaja el hecho de que la ley no establezca un deber de impulsar una adjudicación judicial de apoyos a personas como el cónyuge o los familiares de la persona en situación de discapacidad grave.

La Ley 1306 de 2009 establecía en el artículo 25 (ya derogado por la Ley 1996 de 2019), un deber de provocar la interdicción por parte de

“1. El cónyuge o compañero o compañera permanente y los parientes consanguíneos y civiles hasta el tercer grado (3o). 2. Los Directores de clínicas y establecimientos de tratamiento psiquiátrico y terapéutico, respecto de los pacientes que se encuentren internados en el establecimiento. 3. El Defensor de Familia del lugar de residencia de la persona con discapacidad mental absoluta; y, 4. El Ministerio Público del lugar de residencia de la persona con discapacidad mental absoluta.”

Con el agravante, como lo indicaba el párrafo del referido artículo 25, que tratándose de los parientes señalados en el numeral 1, si no cumplían con ese deber y se le ocasionaba perjuicios a la persona o a los bienes de posible interdicto, tenían como sanción la indignidad para heredarlo; y los funcionarios de los restantes numerales incurrían en causal de mala conducta.

Con la nueva ley, este deber queda derogado teniendo en cuenta que la interdicción desaparece del ordenamiento. Sin embargo, se considera una desventaja que no haya un deber de promover una adjudicación de apoyos en casos específicos donde la persona se encuentra en una situación de discapacidad grave, donde un apoyo podría ser un mecanismo bastante favorable para las situaciones que se presenten en la vida de esta persona.

Se puede deducir que el mecanismo de adjudicación judicial de apoyos promovido por un tercero establecido en el artículo 38 de mencionada ley, está pensado con la intención de que un tercero pueda proteger a una persona en situación de discapacidad. Siendo así, se opina que este tipo de adjudicación judicial debería conllevar un deber similar al establecido en el artículo 25 de la Ley 1306 de 2009, en el cual las personas cercanas al titular del derecho, si este se encuentra en una situación extrema, donde su situación le impida manifestar su voluntad, deberán ellas solicitar una adjudicación de apoyos en beneficio de la persona en situación de discapacidad. Siendo así, la medida de la adjudicación de apoyos debería estar dirigida a las mismas personas del mencionado artículo 25, teniendo en cuenta que se fundamentan en el mismo deber de proteger a las personas en situación de discapacidad, en casos extremos.

Otro detalle que hay que advertir, teniendo en cuenta el pilar principal de esta ley que es la capacidad legal para las personas en situación de discapacidad, mayores de edad, es la siguiente apreciación que podría pasar desapercibida, y consiste en que la ley pareciera estar encaminada a promover la libertad total de negociación por parte de cualquier persona en situación de discapacidad sin consideración de su particularidad, pero deja una puerta abierta para que, en casos extremos, se dé la posibilidad que una persona de apoyo reemplace la voluntad de la persona a la que le preste el servicio de apoyo.

En el artículo 48 de la Ley 1996 de 2019, se explica que la persona de apoyo solo podrá representar a la persona titular del derecho cuando haya un mandato expreso de la persona titular del acto, que puede ser otorgado para la celebración de uno o de varios actos jurídicos. Sin embargo, relata el artículo, que en el caso en que haya habido una adjudicación judicial de apoyos, la persona de apoyo podrá solicitarle autorización al juez para poder representar legalmente a la persona en situación de discapacidad, teniendo en cuenta dos requisitos primordiales. El primero es que la persona esté completamente imposibilitada para expresar su voluntad “por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible”; y el segundo es que la realización del acto jurídico que se busca llevar a cabo esté encaminada a beneficiar a la persona titular del acto demostrando la persona de apoyo la aplicación del principio de “la mejor interpretación de la voluntad y preferencias de la persona en situación de discapacidad.

Es así como el artículo anterior abre algunas posibilidades para que la persona en situación de discapacidad sí pueda ser suplantada en su voluntad por parte de una persona de apoyos, pero siempre y con la exclusiva intención de beneficiarla, teniendo en cuenta en todo momento de manera preferente sus gustos y sus preferencias y solo en los casos extremos en los que esta persona no pueda hacerlo por su cuenta. Este artículo pareciera ser un seguro o un tipo de solución para los casos extremos en los que la persona en situación de discapacidad no pueda valerse por sí misma, y cuidarla se vuelve, en parte, una responsabilidad de la persona de apoyo.

Se plantea el interrogante de si esta medida fue pensada por el legislador únicamente para las situaciones de una persona con discapacidad intelectual, cognitiva mental severa, en la que el entendimiento de la realidad es tan lejano que no es posible tener en cuenta su manifestación de voluntad, o se aplicará a otras situaciones que inclusive revistan niveles de menor gravedad, aunque riesgosas y delicadas, como en el caso del dilapidador que se niega tozudamente a no seguir ningún consejo o directriz sobre la conveniencia del manejo de su patrimonio. De igual forma, se cree que será trabajo de la rama judicial desarrollar jurisprudencia novedosa que aclare algunas situaciones o zonas grises que haya dejado la ley.

Se debe tener en cuenta que todas estas medidas establecidas en la Ley 1996 de 2019, se presenten en un segundo plano como asistencias para la protección de una población, no

están encaminadas principalmente al asistencialismo y proteccionismo de estas. Por el contrario, buscan ponerlas en igualdad de condiciones y derechos que el resto de las personas, basándose en la valoración de la diversidad y dejando de lado el menosprecio de este tipo de personas. Se busca con la ley dar las herramientas para que ellas puedan hacer uso de sus derechos de manera independiente, sin dejar de lado un acompañamiento legislativo para disminuir las barreras.

3. Los ajustes razonables

La figura de ajustes razonables consistente en las modificaciones y adaptaciones que requieran las personas con discapacidad, mayores de edad, para realizar los actos jurídicos que prefieran, está consagrada en el artículo 8° de la Ley 1996 de 2019, y se mencionan en diferentes artículos, aunque su definición aparece en el artículo 3°, que establece que los ajustes

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.

Esta definición refuerza la idea de la garantía para las personas en situación de discapacidad de que se respeten sus decisiones y se les dé autonomía frente al uso de su capacidad de goce y ejercicio. Y además, se habla que, para ese uso se harán modificaciones que no supongan un gravamen inarmónico que sus apoyos o la institución que deba realizar el ajuste no estén dispuestos a soportar.

Es así como tres mandatos expresos dirigen la ley a los operadores jurídicos tales como jueces, notarios y, en su caso, a los conciliadores extrajudiciales en derecho respecto de asegurarles la disponibilidad de ajustes razonables a las personas con discapacidad que les permitan el mayor grado de accesibilidad a los servicios vinculados a la función pública que ejercen.

Basta mirar los artículos 16, inciso 3 y 17, inciso 2, que preceptúan que es obligación del notario y del centro de conciliación, respectivamente “garantizar la disponibilidad de los ajustes razonables que puedan requerirse para la comunicación de la información relevante, así como para satisfacer las demás necesidades particulares que la persona requiera para permitir su accesibilidad”, en aras de que se lleven a cabo todas las labores, gestiones y adecuaciones necesarias para satisfacer las necesidades puntuales que tienen las personas en situación de discapacidad por ser sujetos de especial protección para el ordenamiento jurídico, preocupación trascendental de la ley que se ha venido analizando.

Por otro lado, para el juez también hay mandato expreso respecto de los ajustes razonables en la actuación judicial para la adjudicación de apoyos por cuanto se establece en el artículo 34 numeral 5 de la ley que:

En todas las etapas de los procesos de adjudicación judicial de apoyos, incluida la de presentación de la demanda, se deberá garantizar la disponibilidad de los ajustes razonables que puedan requerirse para la comunicación de la información relevante, así como para satisfacer las demás necesidades particulares que la persona requiera para permitir su accesibilidad.

De hecho, la insistencia de la ley se evidencia en el artículo 586, numeral 4, literal b) del CGP, reformado por el artículo 37 de la Ley 1996 de 2019, al indicar que los ajustes razonables deben constar, por ejemplo, en el informe de valoración de apoyos. Allí se verán los ajustes que la persona exhorte. De igual manera lo exige el artículo 56, numeral 2, literal a) *Ibíd*, al ordenarle al juez de familia que para determinar en la revisión de los procesos de interdicción e inhabilitación si la persona requiere una adjudicación judicial de apoyos, que debe tener en cuenta el informe de valoración de apoyos en el que se verifique que dicha persona se encuentra imposibilitada de manifestar su voluntad y preferencias a pesar de los ajustes razonables y apoyos técnicos con los que haya contado o estén disponibles. Adicionalmente, el literal c) del mismo artículo 56 *Ídem*, exige que el mismo informe de valoración de apoyos debe consignar “los ajustes que la persona requiera para participar activamente en el proceso”.

Si se apela a ejemplos para entender el funcionamiento práctico de los ajustes razonables, algunos serían los siguientes: en el específico caso de una persona con discapacidad física, esto es, que tenga una movilidad restringida, y necesite acceder a cierto establecimiento/institución con rampas apropiadas para movilizarse en silla de ruedas, se puede a partir de un ajuste razonable determinar que solo accederá a los establecimientos que cuenten con la infraestructura de rampas. O en el caso de una persona sordo y muda que necesite interpretación en lengua de señas para realizar un contrato o para entender ciertos negocios o temas personales, puede establecer como un ajuste razonable, que la persona de apoyo para estas actividades deba comunicarse en lenguaje de señas colombiana o que debe facilitarle un guía-intérprete para cuando vaya a realizar determinadas actividades y que pueda entenderlas a cabalidad.

También, si se da el caso de una persona con discapacidad visual, que para leer utiliza un sistema o aplicación que hace las veces de lector de pantalla en su computador, puede realizar un ajuste razonable solicitando que todos los documentos digitales que le envíe su apoyo deban ser en el formato de lectura de pantalla. Otro ejemplo podría ser que, nuevamente una persona con discapacidad visual solicite mediante un ajuste razonable que los materiales informativos acerca de algún trámite o servicio que vaya a realizar deban estar en formatos en braille.

Incluso, se podría solicitar como ajuste razonable que los apoyos mecánicos o la persona de apoyo utilice un lenguaje menos técnico y más simple a la hora de comunicar o comunicarse con la persona en situación de discapacidad, o que el lugar donde se realice cierto tratamiento o procedimiento determinado no genere estrés. De igual manera, si una persona tiene una discapacidad mental o psicosocial, puede solicitar, como ajuste razonable, que su apoyo le dedique un poco más de tiempo explicándole pacientemente ciertos temas, para asegurar que la información que se está dando sea bien entendida.

Como complemento de la definición, explicaciones y ejemplificaciones anteriores de los ajustes razonables, existe también otra serie de novedades que es necesario precisar, aparte de la mención a la bondad de que los ajustes razonables son unos medios efectivos para garantizar la accesibilidad de una persona en situación de discapacidad, aplicados a una

situación particular en la que solicita modificar una situación o preferencia para que pueda ejercer sus derechos de una manera plena.

Los ajustes razonables no solo tienen aplicación y acción en la valoración de apoyos para efectos de su aplicación en la adjudicación judicial o en el acuerdo de apoyos, también aplican en las directivas anticipadas, de las cuales se hablará en el acápite siguiente con más detalle. Es así como esta figura le proporciona una ventaja a la persona titular del acto jurídico en aras de anticipar su voluntad y preferencias con respecto a uno o varios actos jurídicos, siempre que se muestre una clara prevalencia de la voluntad de la persona en situación de discapacidad. E incluso, lo indica también expresamente la ley, existe la obligación para notario o conciliador extrajudicial en derecho de realizar los ajustes razonables necesarios en la medida en que la persona los requiera, según el artículo 24| de la Ley 1996 de 2019.

Con respecto a la razonabilidad de los ajustes, tal y como se establece en el numeral 6 del artículo 3° de la Ley 1996 de 2019, se debe tener en cuenta que los mismos “no impongan una carga desproporcionada o indebida” a fin de que dichos titulares del acto jurídico puedan ejercer sus derechos en pie de igualdad que las demás personas. En la Guía para la implementación del ejercicio de la capacidad jurídica se exponen algunos ejemplos medidas que no signifiquen una carga económica desproporcionada o indebida para la entidad prestadora del servicio.

Por ejemplo, en el ámbito financiero o económico, esas modificaciones o adaptaciones razonables pueden incluir, entre otras, el acceso a edificios esenciales, como bancos, tribunales y notarías que, aunque ya cuentan con modificaciones para garantizar el acceso para una persona con discapacidad, en un caso particular la accesibilidad que brindan no es suficiente y por ende la persona con discapacidad requiere que dicha entidad haga modificaciones específicas para ella. También se puede solicitar como ajuste que la información brindada por estas entidades sea redactada de una forma que la persona con discapacidad específicamente pueda entender, por ejemplo, un documento en lectura fácil junto a un asesor de la entidad que le explique a la persona (Asdown Colombia, et. alt. 2019, p. 75).

Tiene sentido también afirmar que no se debe generar una carga desproporcionada o indebida para la persona o institución que deba realizar los ajustes respectivos en pro de la persona en situación de discapacidad, por cuanto lo que se busca es la comodidad de esta cuando se establezcan dichos ajustes. Lo que pasa es que el tema se torna complicado porque podría existir la posibilidad de que dichos ajustes puedan representar una carga desproporcionada o indebida para sus apoyos, entiéndase personas de apoyo, que se verán enfrentados a las consecuencias de dichos mecanismos si son desproporcionados. La ley, en su generalidad no esclareció si el ajuste razonable podría imponer una carga desproporcionada o indebida para los apoyos, dejando por tanto de ser razonable; y no lo hizo en parte porque su enfoque se orienta hacia el beneficio de quién será el titular del acto jurídico.

Si bien como lo expresa la Guía para la capacidad jurídica, basada en las Observaciones generales del Comité CDPD, que “Los ajustes razonables deben solicitarse por la persona que los necesita y sus efectos solamente la benefician a ella” (p.74), es pertinente afirmar que si la implementación y ejecución de los ajustes razonables le imponen al apoyo una carga, tarea u obligación difícil y gravosa de cumplir, que pueda inclusive poner en riesgo su desempeño como tal, no está obligado a obedecer las exigencias de dichos ajustes hechas por la persona con discapacidad o por las indicaciones que se haga en la respectiva valoración de apoyos. Esta situación planteada indica una novedad adicional, que, a modo de reflexión, debería apuntar porque los ajustes revistan razonabilidad para ambas partes, tanto para la persona en situación de discapacidad, de tal manera que se lleven a cabo las adaptaciones que necesite o que desee hacer, como para el apoyo, en aras de que no sufra una consecuencia adversa propia de la labor que desempeñará.

Incluso, en una crítica exclusiva de nosotros, los autores de la presente monografía, desde la misma definición de ajustes razonables, su interpretación podría entenderse de otra manera, pues, al puntualizar que dichos ajustes se harán “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” (Ley 1996 de 2019, Art 3°). Pareciera que la ley estuviese indicando que solo se deberían realizar dichos ajustes cuando se vulneren derechos humanos y libertades fundamentales. Por lo que no se hace tan claro presumir que

en cualquier situación en la que no esté de acuerdo la persona con discapacidad y quiera realizar un ajuste, lo pueda solicitar, siempre que se le vulneren ciertos derechos, que solo pueden ser derechos humanos o libertades fundamentales. Esto es ambiguo y se hará necesaria a futuro una precisión del órgano constitucional.

Entonces, bajo la premisa anterior, si nos situamos en el supuesto de que una persona con discapacidad mental, que cuenta con un acuerdo de apoyos, establezca que su preferencia es ir a un determinado hospital mental para tratar su afección, pero dada la situación que en dicho hospital se le escarmiente a este paciente, reteniéndolo o aprehendiéndolo, podrá exigir mediante un ajuste razonable, que se le interne en otro hospital mental o en otra institución médica. Teniendo en cuenta que se le está vulnerando el derecho fundamental a la locomoción y a la libertad.

Por último, si se sitúa bajo el escenario de la solicitud de un ajuste razonable que requiera la persona en situación de discapacidad vía judicial, en la que el juez determine que no es conveniente o pertinente llevar a cabo dicha modificación, se puede ver una novedad en la que no queda claro que prime la voluntad de la persona titular del acto jurídico, ni sean primordiales sus preferencias y gustos.

Si la solución en dicho escenario fuese sopesar, prever, limitar o restringir por parte del operador judicial, de acuerdo a las leyes de la lógica y la sana crítica y conforme a la actuación de un buen padre de familia, dicha decisión de modificar un aspecto puntual de los ajustes razonables de la persona por este representar un riesgo a futuro, por más noble y loable que sea este propósito, en aras de proteger su integridad y su patrimonio, resulta de soslayo una limitación a la voluntad final de la persona. Además, la mencionada ley no establece los criterios para los operadores judiciales respecto a determinar si es conveniente o no el ajuste razonable para la persona con discapacidad, porque en últimas el fin de la ley es favorecer la voluntad y preferencias de la persona titular del acto.

4. Las directivas anticipadas

Sin razón que haya quedado debidamente justificada en las actas de discusión y de ponencias del Proyecto de Ley (tanto el 027 de 2017 -Cámara como el 239 de 2019 Senado), el texto final de la ley excluyó relacionar como un tercer mecanismo las directivas anticipadas, que aparecían así consideradas en el Proyecto de ley inicial (Proyecto 027-Cámara, art. 14), y en la respectiva exposición de motivos (Gaceta del Congreso 613, 2017, pp. 4 y 14). Téngase en cuenta que, si bien en la Ley 1996 de 2019 las directivas anticipadas quedaron consagradas como una figura independiente en el Capítulo IV, artículos 21 y ss., su ubicación orgánica no le resta la calidad de mecanismo de apoyo, como se le seguirá considerando en este texto.

Así, respecto de la definición que aborda el tema de las directivas anticipadas, como reza el mencionado artículo 21 se muestra que: “son una herramienta por medio de la cual una persona mayor de edad puede establecer la expresión fidedigna de voluntad y preferencias en decisiones relativas a uno o varios actos jurídicos, con antelación a los mismos”.

Lo anterior indica que una persona podrá realizar una suscripción de directrices anticipadas a la realización del acto jurídico en cuestión que serán de obligatorio cumplimiento para las personas de apoyo designadas en estas directivas, y también lo serán para terceros cuando se trate de obligaciones de no hacer que no vayan en contra de la ley o cuando de procedimientos médicos se trate, de conformidad con el artículo 26 de la ley.

Sin embargo, estas directivas no serán un limitante de la voluntad de la persona que las suscribió, como se establece en el artículo 27, ya que prevalece la voluntad posterior a la suscripción de las mismas, esto es, la persona en situación de discapacidad que haga uso del mecanismo de las directivas anticipadas, suscribiendo las directrices que ella crea conveniente, no encontrará su voluntad limitada si decide realizar algún acto que vaya en contradicción de alguna de estas; con la excepción de que se haya estipulado una cláusula de voluntad perenne, artículo 28.

Teniendo en cuenta lo dicho, la norma en mención trae la opción de realizar una cláusula de voluntad perenne en alguna o en todas las directivas anticipadas. Esta cláusula

tiene como efecto invalidar de manera anticipada los actos, declaraciones de voluntad y preferencias de la persona titular en contradicción posterior de sus propias directivas. En consecuencia, si el titular del derecho tiene el interés de dejar sin efecto alguna de las directrices suscrita por él mismo protegida con una cláusula perenne, deberá realizar una modificación, sustitución o revocación de la(s) directiva(s) anticipada(s), de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 31 de la ley.

La suscripción de las directivas anticipadas debe hacerse mediante escritura pública, ante notario, o mediante acta de conciliación si se elige suscribirla ante conciliador extrajudicial en derecho. En el momento de suscribir las directivas anticipadas el notario o el conciliador deberán realizarle una entrevista a la persona titular del derecho para revisar si las directivas están acordes con la voluntad, los intereses y preferencias de la persona titular del derecho. Y, además, como ya se indicó anteriormente, si se requieren ajustes razonables para dicha suscripción, tal notario o conciliador deberán implementar los que sean necesarios. Todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 22, 16 y 17, y 24 de la Ley.

También establece la ley en el artículo 31° que para ejecutar el trámite de modificación, sustitución o revocación de alguna directiva anticipada se debe realizar utilizando los mismos medios y trámites para su creación (por escritura pública o acta de conciliación), teniendo en cuenta entonces que se le efectuará nuevamente una entrevista a la persona, con la intención de revisar si los cambios establecidos en las directivas anticipadas van en concordancia con y los intereses de la persona titular del acto.

Se debe precisar que esta figura jurídica ya había sido consagrada en la Ley 1733 de 2014, en el artículo 5°, en el que se establece como un derecho de los pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles de alto impacto en la calidad de vida la suscripción de un documento de voluntad anticipada. Dicho documento les permite a los pacientes en estas condiciones tomar decisiones a futuro que debían ser de obligatorio cumplimiento. Sin embargo, este documento solo podía versar sobre decisiones de salud, como la aplicación de medicamentos o la aceptación o no aceptación de realizar algunos procedimientos. Y también se le permite a toda persona capaz, sana, que tenga todas sus facultades legales y mentales, suscribir el documento de voluntad anticipada, con consentimiento informado de las implicaciones que tiene optar por dicha suscripción.

En la Ley 1996 de 2019 las directivas anticipadas pueden versar sobre temas personales, financieros y de salud, entre otros actos, artículo 21 Ibíd, lo que amplía en gran manera lo anteriormente legislado.

Además, también hay que advertir que respecto a los temas de salud la ley hace una excepción respecto a la obligatoriedad de la cláusula de voluntad perenne en la directiva anticipada, permitiendo que la misma sea obviada en lo tocante a decisiones en este campo, artículo 28, parágrafo. E inclusive, el artículo 30 permite que se incorpore como anexo de la historia clínica de la persona titular del acto, previa su solicitud, el documento de constitución de la directiva anticipada (escritura pública o acta de conciliación) para que se tenga en cuenta al momento de la toma de decisiones las declaraciones de voluntad y preferencias anticipadas relacionadas con la atención de su salud.

Descrito el funcionamiento de las directivas anticipadas, se continuará con revisión de lo ventajoso que puede ser este mecanismo y que estriba en el hecho de que, como se ha mencionado, el cambio de paradigma que dicta la Ley 1996 de 2019 promueve la individualización de cada uno de los sujetos en situación de discapacidad, teniendo en cuenta, las situaciones particulares, sus habilidades y sus necesidades específicas.

Las directivas les permiten suscribir directrices pensadas para su futuro. Se debe precisar que algunas situaciones de discapacidad pueden estar ligadas a enfermedades de carácter degenerativo (alzhéimer, por ejemplo), siendo tales directivas un método protector de la voluntad, los intereses y las preferencias de la persona en situación de discapacidad si alguna de estas enfermedades le impide manifestar su voluntad en el futuro.

También se resalta el carácter no obligatorio de estas directivas anticipadas por parte de la persona titular del acto jurídico, pues según el ya referido artículo 27 “En todo caso, la suscripción de una directiva anticipada no invalida la voluntad y preferencias expresadas por la persona titular del acto con posterioridad a la suscripción de la misma...”.

Lo señalado permite que las directivas anticipadas sean obligatorias frente a terceros, mas no frente a la persona que las suscribe, a menos que estas tengan una cláusula de voluntad perenne, que se pueda interpretar como un blindaje procesal puesto que, para ir en contra de

esta, debe haber una modificación, sustitución o revocación tramitada como lo indica la misma ley, artículo 31 también referido antes.

Finalmente, igual de novedoso en la Ley 1996 de 2019 es que les da la posibilidad a todas las personas en situación de discapacidad, o a cualquiera otra persona capaz, de suscribir directivas anticipadas, ya que la norma que las autoriza indica que “son una herramienta por medio de la cual, una persona, mayor de edad puede establecer la expresión fidedigna de voluntad y preferencias en decisiones relativas a uno o varios actos jurídicos con antelación a los mismos”, artículo 21.

Claramente se ve que no es una disposición dirigida única y exclusivamente a las personas en situación de discapacidad, sino que, por el contrario, y en virtud del principio de igualdad e inclusión, aplica para todas las personas capaces sin distinción alguna.

Conclusiones

1. La Ley 1996 de 2019 es la consecuencia de la ratificación de la CDPD por parte del Estado colombiano. Esta Convención impone un cambio sustancial en el ordenamiento, ya que se espera que se acoja el modelo social frente a la visión de las personas con discapacidad. La Convención no solo busca que el ordenamiento realice cambios frente a las relaciones jurídicas de las personas en situación de discapacidad, sino también que haya un cambio de paradigma, tanto jurídica como socialmente donde el eje fundamental de esta ley será el paso de un modelo de sustitución de la voluntad a un modelo de toma de decisiones con asistencia de apoyos, y en donde las preferencias y gustos de la persona con discapacidad es el reflejo de un modelo social de derecho que surge con la CDPD.

Por lo anterior, se cree que es la Ley 1996 de 2019 un primer paso legislativo, guiada a crear un ambiente más favorable, de inclusión e independencia, sin dejar de lado la protección y el acompañamiento en el uso de su capacidad de ejercicio, para las personas en situación de discapacidad. La Ley encaminada a proyectar en Colombia el modelo social de la discapacidad, crea varias figuras jurídicas orientadas a la asistencia y la mejoría en la calidad de vida de estas personas, como se plantea en el capítulo 3 de esta monografía.

2. Al presumirle la capacidad legal a todas las personas en situación de discapacidad, el legislador parece estar comprometido en respetar las manifestaciones de voluntad y las preferencias de estas personas y en brindar todos los mecanismos y ayudas que puedan necesitar para poder hacer uso de sus derechos en igualdad de condiciones al resto de personas. Esta igualdad les permitirá realizar negocios de manera independiente y autónoma, inclusive podrán cometer errores, como lo hace el resto de las personas.
3. Teniendo en cuenta lo expresado a lo largo del trabajo monográfico, las nuevas figuras jurídicas, como los apoyos y los ajustes razonables, han sido establecidas

siempre en búsqueda de la protección de las personas en situación de discapacidad, con la novedad de una independencia que diferencia lo establecido en el modelo médico-rehabilitador que primaba anteriormente en el ordenamiento colombiano. Así pues, no se puede dejar de mencionar la necesidad de obrar a través de estos mecanismos de apoyos mediante los cuales, la intención de la ley es garantizar el ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad a través de dichos apoyos y mediante mecanismos como los ajustes razonables.

4. Esto quiere decir, que mecanismos legales como los acuerdos de apoyos y la adjudicación judicial de apoyos, buscan individualizar las necesidades de cada persona, para que los obstáculos que se les puedan presentar sean superados teniendo en cuenta el tipo de discapacidad que la persona presenta. Tales mecanismos complementados con las figuras de las personas de apoyo y los ajustes razonables serán los que permitan generar una mayor conciencia en la sociedad, ya que la obligará a respetar, incluir y aceptar todo tipo de necesidades, razonables y no desproporcionadas, que pueda presentar cualquier persona en situación de discapacidad en la toma de decisiones con independencia y autonomía, sin perjuicio del acompañamiento que requieran para el efecto.
5. Asimismo, los ajustes razonables serán el mecanismo que les dará la mayor cantidad de soluciones a los obstáculos encontrados por las personas en situación de discapacidad en su vida cotidiana, minando así el concepto de discapacidad inherente a la persona, y volverá al resto de personas más conscientes sobre las necesidades de esta población.

Bajo esta óptica, se encuentra que las personas de apoyo también crearán una ayuda importante para las personas en situación de discapacidad, ya que el acuerdo de apoyos está pensado como un instrumento no invasivo de las personas en situación de discapacidad, puesto que ellas podrán escoger quién será su apoyo y hasta dónde necesitarán asistencia en la realización de actos jurídicos. Pero también, está la figura de adjudicación judicial de apoyos, en la cual, por medio de la valoración de apoyos y del criterio del juez, se decidirá la necesidad de los mismos teniendo en cuenta la

situación del titular del derecho. Y, en última instancia, si la situación no puede ser manejada por la persona con discapacidad, estará la opción de que el juez autorice a la persona que presta el apoyo para suplantar la voluntad de quien se encuentra en situación de discapacidad con impedimento total de manifestar su voluntad y comprender sus consecuencias y efectos, por supuesto siempre teniendo en cuenta su beneficio, aplicando el principio de la mejor interpretación de su voluntad, sus preferencias, creencias, gustos, modo de vida, etc.

6. También las directivas anticipadas como mecanismos de apoyo, aunque la Ley 1996 de 2019 no las clasifica así y les endilga la calidad de herramientas, servirán para que la persona en situación de discapacidad pueda crear un plan a futuro fundado en sus intereses y preferencias. Mecanismo pensado para las personas cuya situación de discapacidad puede en algún momento futuro impedirles hacerse cargo de su patrimonio o de sus negocios jurídicos.

Esta figura podrá ser utilizada para crear una expectativa de cómo funcionarán sus negocios si en algún momento no pueden manifestar su voluntad, e incluso puede ser un documento de indicaciones o señalamientos que debe realizar o cumplir la persona de apoyos en todo momento. Una vez más, la ley busca darle independencia en todos los ámbitos de la vida a las personas en situación de discapacidad. Además, se cree que la ley es cuidadosa, al permitirle al titular del derecho utilizar las cláusulas perennes, que no limitan totalmente su voluntad, sino que permite garantizar el cumplimiento de su voluntad y preferencias y que sus decisiones sigan encaminadas a proteger sus intereses.

7. No está de más recordar, que esta ley no ha sido hasta la fecha completamente reglamentada, y que habrá muchos desafíos, tanto procesales como sustanciales, en lo establecido en ella. Será entonces en la práctica, donde los desafíos, aun no todos previstos que pudiese traer esta nueva normativa legal, saldrán a flote, y será obligación de los funcionarios, tanto judiciales como legislativos, seguir la cumplir con el cambio de paradigma pensado por la comunidad internacional.

8. Así las cosas, tomando en consideración el desarrollo de los párrafos precedentes, siendo la discapacidad un concepto en constante evolución, se debe seguir realizando una labor tanto legislativa, como social en búsqueda de la inclusión de las personas en situación de discapacidad, ya que aún con la nueva ley, el avance que puede haber en el tema de inclusión y protección de las personas con discapacidad puede ser muy superior. De esta manera, se establece que la ley da un buen y necesario primer paso, pero no debe ser el último.

Referencias bibliográficas

Asamblea Nacional Constituyente (2007). Constitución Política de Colombia de 1991. Bogotá: Educar Editores.

Aramburo, M. A. (2019). La muerte de la incapacidad. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-impreso/civil-y-familia/la-muerte-de-la-incapacidad>

Asdown Colombia; NCSM; PAIIS- Uniandes (2019). El ejercicio de la capacidad jurídica: guía práctica para su aplicación. Bogotá. Uniandes. Recuperado de: <http://info.minjusticia.gov.co:8083/Sala-de-Prensa/Publicaciones-Informes-e-investigaciones>

Código Civil. Ley 57 de 1887, con sus adiciones y reformas. Bogotá: Legis.

Congreso de la República de Colombia. (2017). Proyecto de Ley 027 de 2017 Cámara, por medio del cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. *Gaceta del Congreso*, Año XXVI (613), 1-17. Recuperado de <http://svrpubindc.imprensa.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Cámara&fec=31-7-2017&num=613>

Congreso de la República de Colombia. (2017). Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley 027 de 2017 Cámara, por medio del cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. *Gaceta del Congreso*, Año XXVI (694), Pp. 11-24. Recuperado de <http://svrpubindc.imprensa.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Cámara&fec=15-8-2017&num=694>

Congreso de la República de Colombia. (2017) Primer debate a la ponencia del Proyecto de Ley 027 de 2017 Cámara, por medio del cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. *Gaceta del Congreso*, Año XXVI (1099), 19-25. Recuperado de <http://svrpubindc.imprensa.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Cámara&fec=24-11-2017&num=1099>

Congreso de la República de Colombia. (2017). Acta de Comisión 09 de octubre 31 de 2017, debate del Proyecto de Ley 027 de 2017 Cámara, por medio del cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. *Gaceta del Congreso*, Año XXVI (1112), 8-25. Recuperado de <http://svrpubindc.imprensa.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Cámara&fec=29-11-2017&num=1112>

Congreso de la República de Colombia. (2017). Acta de Comisión 12 de noviembre 15 de 2017, debate del Proyecto de Ley 027 de 2017 Cámara, por medio del cual se

establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, pasa a plenaria. Gaceta del Congreso, Año XXVI (1113), Pp. 7-19. Recuperado de <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Cámara&fec=28-11-2017&num=1113>

Congreso de la República de Colombia. (2018). Informe de ponencia segundo debate del Proyecto de Ley 027 de 2017 Cámara, por medio del cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. Gaceta del Congreso, Año XXVII (451), 1-67. Recuperado de <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Cámara&fec=19-6-2018&num=451>

Congreso de la República de Colombia. (2018). Carta de comentarios del Ministerio de Hacienda a la ponencia para segundo debate del proyecto de Ley número 027 de 2017 Cámara. Gaceta del Congreso, Año XXVII (946), 30-31 Recuperado de <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Cámara&fec=6-11-2018&num=946>

Congreso de la República de Colombia. Senado de la República. (2019). Informe de conciliación al Proyecto de Ley número 236 de 2019 Senado, 027 de 2017 Cámara. Gaceta del Congreso, Año XXVIII (560), 1-16. Recuperado de <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Senado&fec=17-6-2019&num=560>

Congreso de la República de Colombia. Senado de la República. (2019). Texto definitivo aprobado en sesión plenaria el día 12 de junio de 2019 al Proyecto de Ley número 236 de 2019 Senado, 027 de 2017 Cámara. Gaceta del Congreso, Año XXVIII (561), 22-33. Recuperado de <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Senado&fec=17-6-2019&num=561>

Congreso de la República de Colombia. Cámara de Representantes. (2019). Informe de conciliación al Proyecto de Ley número 236 de 2019 Senado, 027 de 2017 Cámara. Gaceta del Congreso, Año XXVIII (568), 14-26. Recuperado de <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Cámara&fec=18-6-2019&num=568>

Congreso de la República de Colombia. Cámara de Representantes. (2019). 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. Gaceta del Congreso, Año XXVIII (891), 40-51. Recuperado de <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado/index2.xhtml?ent=Cámara&fec=13-9-2019&num=891>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 983 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño; noviembre 13 de 2002).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 293 de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla, abril 21 de 2010).

Corte Constitucional de Colombia.. Sentencia C-765 de 2012 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla, octubre 3 de 2012).

Corte Constitucional de Colombia.. Sentencia C-066 de 2013, (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, febrero 11 de 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-466 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa, julio 9 de 2014).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 458 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, julio 22 de 2015).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-147 de 2017 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, marzo 8 de 2017).

Ley 1306 de 2009, por medio de la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados. Junio 5 de 2009. DO 43370

Ley 1346 de 2009, por medio de la cual se aprueba la la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Julio 31 de 2009. DO. 47427

Ley estatutaria 1618 de 2013, por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Bogotá: Congreso de la República de Colombia. Febrero 27 de 2013. DO. No. 48717

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. Agosto 26 de 2019. DO. No. 51057

Ministerio de Justicia, UCNC, PAIIS-Uniandes. (2019). Cartilla de la Capacidad jurídica y derechos de las personas con discapacidad en el marco del derecho notarial. Bogotá: Ministerio de Justicia. Recuperado de http://info.minjusticia.gov.co:8083/Portals/0/Tejiendo_Justicia/Publicaciones/Cartilla%20notarial%20en%20materia%20de%20Discapacidad%20diagramada.pdf

- Organización de las Naciones Unidas. (2006). Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad - CPDP. Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica. Recuperado de <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (2014). Observación general No. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas. Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica. Recuperado de https://inclusion-international.org/wp-content/uploads/2016/06/Observaci%C3%B3n-general-N%C2%BA-1-2014_Igualdad-ante-la-ley_LF.pdf
- Organización de las Naciones Unidas. (2016). Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia. Nueva York, Estados Unidos de Norteamérica. Recuperado de <https://discapacidadcolombia.com/index.php/colombia-se-raja-en-informe-presentado-a-la-onu>
- Organización Mundial de la Salud. (2020). Discapacidades. Recuperado de <https://www.who.int/topics/disabilities/es/>
- Ospina, G y Ospina, E . (2009). Teoría general del contrato y del negocio jurídico. Bogotá, Colombia: Temis.
- Padilla-Muñoz, Andrea (2010). Discapacidad: contexto, concepto y modelos. Derecho internacional: Revista Colombiana de Derecho Internacional, (16), 381- 414. ISSN: 1692-8156. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=824/82420041012>
- 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. Recuperado de <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>
- Real Academia Española. (2014). Diccionario de la lengua española. Edición 23ª. Madrid: Espasa.