

# Marco jurídico procesal de las personas en situación de discapacidad<sup>1</sup>

## Procedural legal framework for persons with disabilities

DOI: <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.37.8175>

### Resumen

La capacidad es la aptitud que tiene la persona para poder celebrar negocios jurídicos a partir del ejercicio de una voluntad reflexiva. En Colombia, la Ley 1996 de 2019 regula un nuevo régimen para el ejercicio de capacidad legal de las personas mayores de edad con discapacidad. En este artículo se aborda el paradigma de las personas en situación de discapacidad a partir del Código Civil, pasando por la reforma a la Ley 1306 de 2009, y se describen comparativamente derogatorias, modificaciones y adiciones a la nueva legislación, enfocándose en su marco jurídico procesal. Esto se justifica al reconocer la observancia y aplicabilidad del bloque de constitucionalidad de referencia. Esta investigación es de tipo descriptivo, centrada en el estudio de fuentes de derecho, exposiciones doctrinales desarrolladas desde la conceptualización de la capacidad con un enfoque cualitativo, bajo un paradigma histórico-hermenéutico, que evidencia el modelo social propuesto por la nueva normativa y un método inductivo a partir del análisis comparativo de normas vigentes y derogadas orientado en lo procesal. Se pretende comprender la aplicabilidad de la nueva normativa, el reconocimiento de la autodeterminación de las personas discapaces e instruir respecto a salvaguardias.

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

### Abstract

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

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

### Ricardo Jiménez Barros

Abogado de la Universidad Libre, seccional Barranquilla. Especialista en derecho de familia de la Universidad de Cartagena. Magister en Derecho de la Universidad del Norte. Docente de la Universidad Libre, seccional Barranquilla. Defensor de Familia adscrito al ICBF, regional Atlántico. [ricardo.jimenezb@unilibre.edu.co](mailto:ricardo.jimenezb@unilibre.edu.co)

### Pedro Pablo Bonett Sumbatof

Abogado de la Universidad Autónoma del Caribe. Candidato a especialista en derecho procesal. [pedrop-bonetts@unilibre.edu.co](mailto:pedrop-bonetts@unilibre.edu.co)

### Como citar:

Moreno, I. J. & Olmeda, M. del P. (2022). Derecho a la privacidad en la sociedad de la información. *Advocatus*, 19(37), 83-99. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/a.37.8175>



### Open Access

#### Recibido:

10 de septiembre de 2020

#### Aceptado:

19 de julio 2021

<sup>1</sup> Trabajo presentado como requisito para optar el título de Especialista en Derecho Procesal.

## INTRODUCCIÓN

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

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

Este trabajo se justifica por cuanto lo referido obedece a establecer medidas específicas para no sólo garantizar celeridad al reconocer la capacidad legal o de ejercicio de esta población, sino a la observancia y aplicabilidad que el Estado colombiano se encuentra estructurando sobre los tratados internacionales que regulan la materia a través de lo que la ley denomina

salvaguardas. La metodología se desarrolla bajo un tipo de investigación descriptiva, enfocada en el estudio característico de la norma derogada en comparación con la vigente. En resumen, de exposiciones doctrinales desarrolladas desde la conceptualización de la capacidad como atributo de la personalidad y elemento de la existencia del negocio jurídico.

Para lo anterior se realizó un comparativo procesal, tomando como base la presunción de capacidad, describiendo sus implicaciones con un enfoque cualitativo, interpretando y analizando cada fuente de derecho bajo un paradigma histórico-hermenéutico, fundado en la necesidad de comprender el modelo social, con un método inductivo.

La principal conclusión es la didáctica frente al estudio comparativo, aplicando la nueva normativa, que facilita la toma de decisiones, superando la barrera jurídica que se ha negado respecto al derecho del ejercicio de la capacidad jurídica para las personas discapacitadas mayores de 18 años, aportando al desarrollo del modelo social en la eliminación de las barreras que generan discriminación y marginalización, instruyendo sobre cómo pueden ejercer frente a la designación de sus apoyos.

Se compara, entonces, desde la ley con base en la jurisprudencia y la doctrina, la evolución en el tiempo, desde el concepto de incapacidad hasta el reconocimiento como sujeto especial de protección, comparando las normas que han surgido respecto a esta

población, desde el reconocimiento constitucional como estado social de derecho con enfoque en la norma procesal.

## 1. CAPACIDAD

### 1.1 Concepto

El Ministerio de Justicia (2007) establece que la capacidad es un derecho que ha sido reconocido múltiples veces por el derecho internacional (Convención Americana de Derechos Humanos, art. 3), y por el derecho nacional (Constitución Política de Colombia, art. 14)<sup>2</sup>.

Así mismo, el Tribunal de Control Constitucional, mediante sentencia C-983 de 2002 (M.P.: Jaime Córdoba Triviño) determina que la capacidad jurídica es un atributo de la personalidad que les permite a las personas jurídicas ser titular de derechos, adquirirlos y contraer obligaciones. Igualmente, en sentencia C-109 de 1995 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero), citadas ambas en instructivo expedido por el Ministerio de Justicia<sup>3</sup>, cuya autoría corresponde a Romero & Forero (s.f., p. 40), mencionan al respecto:

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

En este documento, las autoras sostienen que en el país la capacidad jurídica ha tenido dos atribuciones: la capacidad de goce de derechos, de ser titular de éstos, y la capacidad de ejercicio que le permite a los sujetos hacer uso de esos derechos y contraer obligaciones, conocida como la capacidad legal.

Al respecto, la Corte Constitucional a través de sentencia C-466 de 2014 (M.P.: María Victoria Calle) refiere:

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

La Ley 1996 de 2019, mediante la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas mayores de edad con discapacidad<sup>4</sup>, expresa que

2 Tomado de: Ministerio de Justicia y del Derecho, Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas y el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social-Paiis. El derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, elaborado por el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social (Paiis) de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, en el marco del Contrato PSPJ. Bogotá, VISP-007.

3 Romero & Forero (s.f.). Modelos de conceptualización de la discapacidad. Gobierno de Colombia & Ministerio de Justicia.

4 Proyectos de Ley 027 de 2017 de la Cámara de Representantes y 236 de 2019 del Senado.

la capacidad de goce consiste en el reconocimiento jurídico que tienen todas las personas que les habilita para ser titular, especialmente de sus derechos fundamentales o personalísimos. Mientras que la capacidad de ejercicio se refiere a la observancia de derechos que tiene la persona para ejercer por sí misma, conforme a la voluntad de cada quien, es decir, contratar y obligarse por sí mismo.

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

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

Así mismo, Valencia Zea (2011), a partir del estudio de la teoría de Savigny<sup>5</sup>, manifiesta que el término indica aptitud para ser sujeto de derechos, por una parte, y aptitud para ejercer tales derechos mediante negocios jurídicos, por otra.

Suárez Franco (2014), compilando conceptos de Alessandri y Barros<sup>6</sup>, define la capacidad como la aptitud de toda persona para adquirir derechos, gozarlos y poderlos ejercer por sí misma. Consiste en la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones civiles y para ejercer esos derechos personalmente sin el ministerio o autorización de otra persona. Adquiere el derecho la persona de su titular, pues es quien está investido de él, y lo ejerce quien lo pone en práctica.

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

También Quiróz (2015) define la capacidad, desde una perspectiva teleológica, como la posibilidad de transferir o adquirir, por

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

6 Suárez Franco, 2014.

actos entre vivos, derechos subjetivos de carácter patrimonial, aseverando que en la legislación civil colombiana se adquiere a partir de la mayoría de edad. La capacidad en materia de negocios jurídicos consiste en la existencia de una voluntad reflexiva que le permita comprender la dimensión del acto que está realizando. Esto quiere decir que la capacidad se exige para transferir o adquirir derechos subjetivos patrimoniales a través del negocio jurídico.

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

### 1.1.1 Clasificación

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

Tal como se refirió, a partir de lo descrito en los artículos 1502 y 1504 del Código Civil, en su mayoría coinciden en clasificar la capacidad como de goce y de ejercicio, o capacidad jurídica y capacidad de obrar. De esto se desprende que todos los seres humanos pueden ser titulares de derechos y obligaciones

(capacidad de goce), pero no todos pueden disponer libremente de ellos (capacidad de ejercicio) (Serrano, 2010).

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

#### 1.1.1.1 Capacidad de goce

Esta capacidad se entiende como la posibilidad de que determinado derecho se establezca en una persona por su sola condición. En consecuencia, puede constituirse como un atributo propio de la personalidad jurídica, la cual se adquiere por el hecho de nacer con vida. De esta manera, un discapacitado mental<sup>7</sup> puede llegar a ser titular de derechos civiles como los de dominio, usufructo y uso, o simplemente encontrarse en condición de ser acreedor o deudor por un hecho jurídico.

<sup>7</sup> Los términos "demencia", "idiotismo", "imbecilidad", "locura furiosa" consagrados en los artículos 428 a 632 del Código Civil fueron derogados por la Ley 1306 de 2009, previa declaratoria de inexequibilidad mediante sentencia C-478 de 2003 (M.P.: Clara Inés Vargas Hernández). Mediante sentencia C-983 de 2002 (M.P.: Jaime Córdoba Triviño) declara exequible la palabra "sordomudo", contenida en los artículos 62, 432 y 1504 del Código Civil, e inexequible la expresión "por escrito", contenida en los artículos 62, 432, 560 y 1504 de la citada norma. También determina la declaratoria de inconstitucionalidad de la locución "y tuviere suficiente inteligencia", contenida en el artículo 560 ibídem.

La capacidad de goce es la aptitud propia de todo sujeto para ser titular del derecho, mientras que la capacidad de ejercicio le confiere la aptitud para obligarse. Según el Código Civil, toda persona debe ser plenamente capaz, y de ahí la presunción descrita en el art. 1503 (Suárez Franco, 2014).

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

#### 1.1.1.2 *Capacidad de ejercicio*

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

ley considera necesaria para que los actos humanos deriven en efectos jurídicos<sup>8</sup>.

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

Medina Pabón (2014) describe a la capacidad de ejercicio como “aptitud jurídica”, refiriéndose a la calidad del sujeto de derechos para que pueda actuar y comprometerse sin mediación alguna. La establece como regla general y plantea que debe darse su presunción para toda persona y la posibilidad de obligarse voluntaria y legítimamente, a menos que se la limite.

Barros (1930), citado por Suárez Franco (2014), expresa que la capacidad de ejercicio no constituye elemento esencial de la personalidad, es decir, se puede ser persona sin tener capacidad de ejercicio, como supone el art. 1504 del Código Civil cuando expresa que las personas “son también incapaces...” de obligarse. En efecto, para ejercer un derecho civil patrimonial mediante negocio jurídico, se exige en el sujeto o persona la existencia de una voluntad plenamente desarrollada<sup>9</sup>.

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

9 Colombia, Ley 1306 de 2009, art. 3. Principios: En la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad mental se tomarán en cuenta los siguientes principios: a) El respeto de su dignidad, su autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias

## 1.2 Incapacidad absoluta e incapacidad relativa

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

El paradigma propuesto hasta la Ley 1306 de 2009 proponía que no todos los sujetos de derecho están dotados de una voluntad de esta clase. Los que están provistos de ella tienen “capacidad de negociar” y quienes no se encuentran en “incapacidad de negociar”. De ahí que la voluntad del negocio jurídico supone una mediana experiencia acerca de las relaciones jurídicas, ciertos conocimientos del comercio, es decir, una apreciación sobre los valores y las cosas que sirven de intercambio (Valencia Zea, 2011). Según la especial situa-

ción que afecte la razón del sujeto de derechos, su capacidad para administrar con competencia el patrimonio o la mera facultad para interactuar normalmente en sociedad, se le atiende de manera especial a partir del ya derogado régimen de guardas (Serrano, 2010).

Según Valencia Zea (2011), son incapaces en primera instancia los menores de 18 años y, en segunda, los incapaces absolutos, los cuales desde la Ley 1145 de 2007<sup>10</sup> y 1306 de 2009 pasan a ser llamados discapacitados mentales, que se dividen en absolutos y relativos (art. 15, Ley 1306 de 2009).

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

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

Modifíquese el artículo 1504 del Código Civil que quedará así: Incapacidad absoluta y

---

decisiones y su independencia; b) La no discriminación por razón de discapacidad; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad mental como parte de la diversidad y la condición humana; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer con discapacidad mental; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas, con derecho a reservar su identidad. Estos principios tienen fuerza vinculante, prevaleciendo sobre las demás normas contenidas en esta ley. Derogado por la Ley 1996 de 2019.

10 Esta ley crea el Sistema Nacional de Discapacidad.

relativa: Son absolutamente incapaces los impúberes. Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores púberes. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos.

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

### 1.3 Personas en situación de discapacidad

Según la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”. Se entiende:

... una persona con discapacidad es aquella que tiene alguna limitación física o mental para realizar actividades en su casa, en la escuela o trabajo, como caminar, vestirse, bañarse, leer, escribir, escuchar, etcétera. Además, el instituto clasifica a la discapacidad en cinco tipos, de acuerdo con la deficiencia correspondiente:

motriz, sensorial y mental, múltiples y asociadas a síndromes o enfermedades.

Con base en disposiciones nacionales e internacionales y en documentos de organismos supranacionales, la discapacidad alude, en general, a la situación de la persona que tiene impedida o entorpecida alguna de las actividades cotidianas consideradas normales por alteración a sus funciones intelectuales o físicas. La discapacidad es, entonces, la carencia de aptitud legal de una persona para obligarse por sí misma sin el ministerio o autorización de otra. Su origen puede consistir en una afección patológica del aprendizaje, deterioro mental o deficiencias en el comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial que pueden poner en riesgo el patrimonio (Parra Benítez, 2016).

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

Desde una óptica garantista, quien padece discapacidad se debe reconocer como un sujeto de derechos y obligaciones, pese a la asistencia y rehabilitación que tiene lugar. Por esta razón, la discapacidad como situación no se puede definir sino personalizar en el sujeto que le asiste. En consecuencia, se describe



como la deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de la persona para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria. Según la legislación colombiana se pueden clasificar en psíquica o mental y física<sup>11</sup> (Quiroz, 2015).

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

Según la Ley 1996 de 2019, actualmente:

... la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.

### 1.3.1 Marco legal de la discapacidad

La Constitución Política de 1991, al elevar el respeto por la diferencia y la inclusión de todas las personas, sin importar su condición,

abrió camino para que dentro de este precepto el legislador reconociera mecanismos de integración social para las personas en situación de discapacidad, desarrollados mediante la Ley 361 de 1997. Posteriormente, se creó el Comité Consultivo Nacional de Discapacidad, mediante Resolución 3489 de 2004. En el 2005 se establecieron normas tendientes a equiparar oportunidades para las personas sordas y sordo-ciegas, mediante la Ley 982. Luego, con la Ley 1145 de 2007 se estableció el Sistema Nacional de Discapacidad. Finalmente, este sistema jurídico se fortaleció al incorporar al bloque de constitucionalidad en *stricto sensu* la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad a través de la Ley 1346 de 2009.

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

### 1.3.2 Sujetos de derechos en situación de discapacidad

La capacidad de ejercicio de los sujetos de derecho se tiene “correlativa a su afectación, sin perjuicio de la seguridad negocial y el derecho de los terceros que obren de buena fe”. Esto lo rescata la Convención de las Naciones

11 Tomado de [http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5\\_revisitaZero/ZERO%2023/JohanAntolinez.pdf](http://portal.uexternado.edu.co/pdf/5_revisitaZero/ZERO%2023/JohanAntolinez.pdf)

Unidas sobre el derecho de las personas con discapacidad (2009), en la que se incorporan principios protectores aplicables a las personas en situación de discapacidad y se incluyen como imperativas las obligaciones que se estipulan para los Estados y la comunidad, haciendo la salvedad de que prevalece la norma más favorable a estos.

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

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

Con todo, los derechos fundamentales que la Ley de Infancia y Adolescencia reconoce para los niños, niñas y adolescentes se

extendieron como reglas de protección a otras poblaciones vulnerables (Medina et al., 2009). Esto se subsana con la Ley 1618 de 2015, la cual describe en sus artículos 7 a 21 los derechos de las personas con discapacidad, cuyo objetivo es garantizar el ejercicio efectivo mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables, eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad<sup>12</sup>.

### 1.3.3 Salvaguardias - Apoyo formal - Directivas anticipadas

En la publicación de la Universidad de los Andes, denominada “El ejercicio de la capacidad jurídica: Guía práctica para su aplicación”, conceptúa lo consagrado en el art. 5 de la Ley 1996 de 2019 en cuanto a las garantías que debe brindar el Estado para asegurar el respeto a los derechos y la voluntad, incluyéndolas en el artículo 12, numeral 4 de la convención que la salvaguardia<sup>13</sup>:

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

13 Las salvaguardias han sido implementadas por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 y desarrolladas por parte del Comité en la observación general N.º 1 en el periodo de sesiones de mayo 19 de 2014.

... asegurará que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

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

Dentro de estas salvaguardias, la Ley 1996 de 2019 ha denominado su desarrollo desde lo que llama “apoyos”, que son las medidas o programas que revisa cada caso en particular para permitir que las personas discapacitadas puedan comunicarse, celebrar negocios jurídicos y manifestar su voluntad. Se hace efectivo el apoyo a través de acta de conciliación, escritura pública y, excepcionalmente, mediante proceso judicial<sup>14</sup>.

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

Igualmente, estos apoyos son transitorios, es un trámite excepcional para personas que se encuentren imposibilitadas de expresar su voluntad y se efectúa por medio de proceso judicial de adjudicación, con el fin de proveer una o varias personas de apoyo. Lo puede iniciar la persona discapacitada o un tercero. En el primer caso, debe presentar el escrito de la demanda con el anexo de estudio de apoyo, convocando a las personas que le ayudarían. Si lo solicita un tercero se hace a través de un proceso verbal sumario, que puede promover cualquier persona cuando el discapacitado se encuentra imposibilitado para manifestar su voluntad y se convoca a las personas indicadas en la demanda, incluyendo al minusválido.

Las medidas de apoyo otorgadas mediante sentencia judicial se revisan anualmente, a través de un informe de la persona de apoyo, con el fin de modificarlo o extinguirlo. Los acuerdos de apoyo suscritos a través de notaría y mediante acta de conciliación se pueden

<sup>14</sup> Mecanismos para establecer acuerdos de apoyos descritos en los capítulos 2 y 3 de la Ley 1996 de 2019.

revisar en cualquier momento y se extinguen después de cinco años o antes por decisión de la persona discapacitada.

Además, la Ley 1996 de 2019 contempla como modalidad de apoyo (otra salvaguardia) la directiva anticipada, que es una herramienta mediante la cual las personas pueden expresar su voluntad y preferencias sobre algún tema, para que sean escuchadas y tomadas en cuenta en la eventualidad de que la persona no pueda expresarlas por sí misma (Universidad de los Andes, 2019).

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

#### ***1.3.4 Marco jurídico procesal de la capacidad legal de las personas mayores de edad en situación de discapacidad***

La Ley 1996 de 2019 establece un nuevo régimen para determinar la capacidad legal de las personas mayores de 18 años en situación de discapacidad. En el artículo 61 deroga la Ley 1306 de 2009, la cual regulaba lo concier-

te al proceso de interdicción o inhabilitación<sup>15</sup>, que era el trámite mediante el cual se determinaba, a través de providencia judicial, que en efecto el sujeto de derechos carecía de capacidad legal y, en consecuencia, había lugar a nombrarle un guardador. De acuerdo con su función se determinaban como modalidades del régimen de guardas la curaduría, la administración y la consejería (Montoya, 2011).

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

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

---

<sup>15</sup> El proceso de inhabilitación y habitación de persona con discapacidad mental relativa se tramitaba como proceso verbal sumario, descrito en el art. 396 del Código General del Proceso; La interdicción y rehabilitación de la persona con discapacidad.

otorgándoles el beneficio de considerarlos persona con sentido y consentimiento de sus decisiones y manifestaciones voluntarias.

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

Durante el periodo de implementación de esta ley, a los jueces de familia como competentes de los extintos procesos de declaración de interdicción a persona con discapacidad mental absoluta e inhabilitación y rehabilitación de persona con discapacidad mental relativa, se les ordena que en caso de que en sus despachos se encuentre en trámite o después del fallo algún procedimiento de esta índole, deben citar de oficio a las personas declaradas en tal situación con el fin de hacer tránsito al enfoque garantista que pretende establecer el nuevo régimen, esto es, legalizar los “apoyos formales”, lo cual debe suceder dentro de los 36 meses siguientes a su entrada en vigencia.

Según establece el instructivo “Abecé de la Ley 1996 de 2019” del Ministerio de Justicia (2019), en este mismo plazo las personas bajo medida de interdicción o inhabilitación pueden solicitar la revisión de su situación ju-

ridica directamente ante el juez de familia que adelantó el proceso, quien debe citar a la persona bajo esta medida y a las designadas como curadores o consejeros para que comparezcan ante el juzgado y determinar si requieren les sean adjudicados apoyos de manera judicial.

Todos los procesos que venían siendo tramitados para que el juez decretara la interdicción se suspenden de manera inmediata. El juez podrá decretar de manera excepcional el levantamiento de la suspensión y aplicar medidas cautelares, nominadas o innominadas, cuando lo considere pertinente para garantizar la protección y disfrute de los derechos patrimoniales de la persona con discapacidad<sup>16</sup>.

Además del trámite judicial descrito en el art. 32, se abre la posibilidad para que a través de notarías y centros de conciliación se adjudiquen los apoyos formales. Los apoyos que nazcan a partir de la celebración de los acuerdos no podrán extenderse por un periodo superior a cinco años, pasados los cuales se debe agotar de nuevo alguno de los procedimientos previstos en la ley para establecer nuevos. La naturaleza de los apoyos que la persona desee utilizar se puede establecer mediante la declaración de voluntad o a través de una valoración. Es decir, las personas en situación de discapacidad deben suscribir acuerdos de apoyo ante notarios y centros de conciliación, los cuales tendrán una duración máxima de cinco años. Pasado este periodo

16 Resumen de lo dispuesto en los artículos 54, 55 y 56 de la Ley 1996 de 2019.

debe realizar nuevamente el procedimiento conforme a la ley para acogerse a nuevos apoyos. Se pasa de representación legal al apoyo en la toma de decisiones.

Adicionalmente, la ley modifica el procedimiento de jurisdicción voluntaria en cinco asuntos: la licencia de padres o guardadores para enajenar o gravar bienes de sus representados y la realización de actos jurídicos de acuerdo con el Código Civil; la licencia de emancipación; la designación de guardadores, consejeros y administradores; la declaración de ausencia, y la declaración por muerte presuntiva por desaparición (Ley 1996 de 2019, art 36).

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

Cabe resaltar que una de las potestades que otorga la ley es que los apoyos adjudicados mediante una solicitud al juez se pueden modificar o dar por terminados en cualquier momento. Esto lo puede gestionar la persona titular del acto jurídico, una persona distinta

que haya promovido el proceso de adjudicación judicial y que demuestre interés legítimo, una persona designada como apoyo cuando medie justa causa o un juez de oficio. Esta solicitud queda en firme cuando pasados diez días de traslado no se manifieste objeción alguna (Ley 1996 de 2019, art. 42).

## CONCLUSIONES

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

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

Se compararon las leyes sustantiva y procesal, y su aplicación teórica en los casos que van más allá de la presunción de capacidad en el caso en que la persona mayor de edad en situación de discapacidad requiera salvaguardias. Se describió la forma como se pueden reconocer apoyos formales, apoyos transitorios y directivas anticipadas. Se cumple, entonces, con un aporte didáctico dentro del modelo social, eliminando las barreras que generan discriminación y marginalización hacia las personas en situación de discapacidad.

## REFERENCIAS

- Angarita Gómez, J. (2005). *Lecciones de Derecho Civil. Tomo I - Personas y representación de incapaces*. 4ª. ed., Editorial Temis.
- Azula Camacho, J. (2016). *Manual de derecho procesal. Tomo II - Procesos de conocimiento*. 6ª. ed., Editorial Temis.
- Bejarano Guzmán, R. (2019). *Procesos declarativos arbitrales y ejecutivos*. 9ª. ed., Editorial Temis.
- Canosa Torrado, F. (2009). *Las nulidades en el derecho civil*. 2ª. ed., Bogotá: Ediciones Doctrina y ley.
- Domínguez Giraldo, L. (2014). *El juicio oral en la Jurisdicción de Familia*. 1ª. ed., Editorial Sánchez Ltda.
- Escudero Alzate, M. (2017). *Procedimiento de familia y del menor*. 24ª. ed., Editorial Leyer.
- Fernández de Buján, A. (2016). *La jurisprudencia voluntaria una prueba por la eficacia*. 1ª. ed., Editorial Castilla la Mancha Editores.
- Giraldo Castaño, J. A. (s.f.). Algunos aspectos procesales y sustanciales de la Ley 1996 de 2019, por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas mayores de edad con discapacidad. En *Derecho Procesal #NuevasTendencias, memorias del XLI Congreso Colombiano de derecho procesal*.
- González Ramón, A. (2010). *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. 1ª. ed., México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Gutiérrez Sarmiento, C. (2016). *Manual de procesos de familia*. 4ª. ed., Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Jurado Ferer, C. (2015). *Manual de derecho civil general y derecho civil personas*. 1ª. ed., Editorial Leyer.
- Lafont Pianetta, P. (2010). *Derecho de familia, derecho marital, filial, addenda reforma de la Ley 1306 de 2009*. Editorial del Profesional.
- López Blanco, H. (2018). *Código general del proceso, parte especial*. 2ª. ed., Dupre Editores Ltda.
- López Medina, D. (2004). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Editorial Universidad

- de los Andes y Universidad Nacional de Colombia.
- Martínez Pinedo, G. (2012). *Práctica forense en la familia, jurisdicción voluntaria*. 1ª. ed., Editorial Doctrina y Ley Ltda.
- Martínez, Uribe y otro (2015). La discapacidad y su estado actual en la legislación colombiana. *Revista Duazary*, 12 (1).
- Medina Pabón, J. (2014). *Derecho civil: aproximación al derecho de personas*. 4ª. ed., Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Medina, Rueda y otros (2009). *Nuevo régimen de protección legal a las personas con discapacidad mental: antecedentes, análisis y trámite legislativo de la Ley 1306 de 2009*. 1ª. ed., Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Monroy Cabra, M. (2014). *Derecho de familia, infancia y adolescencia*. 15ª. ed., Editorial ABC.
- Montoya Osorio, M. (2012). *Las personas en el derecho civil*. 3ª. ed., Bogotá: Editorial Leyer.
- Parra Benítez, J. (2016). *Actos jurídicos de los incapaces*. 1ª. ed., Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Parra Benítez, J. (2019). *Derecho Civil General y de las personas*. 3ª. ed., Bogotá: Editorial Leyer.
- Quiroz Monsalvo, A. (2015). *Manual Civil General*. Tomo 1, 3ª. ed., Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Restrepo Aramburo, J. (2017). *Derecho de familia*. 1ª. ed., Bogotá: Editorial Leyer.
- Reyes Casas, L. (2014). *Procedimientos en familia: actualizado con las reformas de las Leyes 1395 de 2010 y 1564 de 2012*. 1ª. ed., Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Rivera Martínez, A. (2020). *Derecho Procesal Civil. Parte especial*. 22ª. ed., Bogotá: Editorial Leyer.
- Rojas Gómez, M. (2017) Lecciones de Derecho Procesal, tomo IV, 2ª. ed. Editorial Escuela de Actualización Jurídica, ESAJU.
- Sanabria D'Luque, T. (2007). *Procesos en el Derecho de familia*. 1ª. ed., Editorial Grafi-impacto.
- Serrano Gómez, R. (2010). Modificaciones al régimen de capacidad humana en la Ley 1306 de 2009. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 40(113).
- Serrano Gómez, R. (2011). *Derecho civil de las personas*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.
- Sierra Rincón, N. (1991). *Procesos ante los jueces de familia*. 1ª. ed., Editorial del Profesional.



Suárez Franco, R. (2014). *Derecho de familia*. Tomo 2, 4ª. ed., Bogotá: Editorial Temis.

Tirado Pertuz & García Granados (2018). Aspectos procesales de la declaratoria de interdicción por discapacidad mental absoluta, *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, X(20), 173-186. Cartagena.

Valencia Zea, A. & Ortiz Monsalve, A. (2011). *Derecho Civil, tomo 1, parte general y personas*. 17ª. ed. Bogotá: Editorial Temis.

Vallejo Jiménez, G.A., Hernández Ríos, M.I. & Posso Ramírez, A.E. (2017). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos. *Rev. CES Derecho*, 8(1), 3-21.