

LAS MODIFICACIONES EN LA NORMATIVA QUE REGULA LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN/CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD MENTAL EN COLOMBIA

ROSA ELIZABETH GUÍO CAMARGO*

Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia

Recibido: 24 de enero del 2022 / Aceptado: 24 de abril del 2022

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2022.n055.6101>

RESUMEN. Teniendo en cuenta la transformación de las relaciones jurídicas de las personas en situación/condición de discapacidad mental en Colombia, y especialmente la importante reforma al aspecto del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental, a través de una investigación documental cualitativa, este capítulo expone los principales cambios que introduce la Ley 1996 del 2019 a la autonomía y capacidad jurídica de las personas en situación/condición de discapacidad en Colombia. Así, se presentan los principales aspectos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la interpretación del ejercicio de la capacidad jurídica realizada por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, los avances jurisprudenciales y las razones que llevaron a modificar el régimen para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, las principales características y alcances de la nueva regulación mediante la cual se reconoce que toda persona con discapacidad es sujeto activo titular de derechos y con capacidad legal.

PALABRAS CLAVE: derecho / discapacidad / legislación

* Abogada. Especialista en derecho administrativo. Magíster en Derecho. Candidata al doctorado en Derecho por la Universidad Nacional de Colombia. Profesora de Derecho Civil en la Universidad Católica de Colombia y en la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: elizabethguio@gmail.com.

MODIFICATIONS IN THE LEGISLATION REGULATING THE LEGAL CAPACITY OF PEOPLE IN A SITUATION / CONDITION OF MENTAL DISABILITY IN COLOMBIA

ABSTRACT. Considering the transformation of the legal relationships of people in a situation / condition of mental disability in Colombia, and especially the important reform to the aspect of the legal capacity of people with mental disabilities, through a qualitative documentary research, this chapter sets out the main changes introduced by the 1996 law of 2019 to the autonomy and legal capacity of people with disabilities in Colombia. Thus, the main aspects of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities are presented, and the interpretation of the legal capacity made by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, the jurisprudential advances and the reasons that led to modify the legal capacity regime, the main characteristics and scope of the new regime by which it is recognized that every person with a disability is an active subject with rights and with legal capacity.

KEYWORDS: law / disability / legislation

1. INTRODUCCIÓN

Desde 1887, año en el que se adoptó como legislación nacional el Código Civil de 1873, han existido en Colombia tres formas de regular la situación jurídica de las personas en situación/condición de discapacidad mental. La primera de ellas corresponde a la regulación original del Código Civil, que en el título XXII del libro primero, en 204 artículos (del 428 al 632), se ocupó de señalar las reglas de las tutelas y las curadurías, las cuales fueron definidas como “cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre o marido, que pueda darles la protección debida” (artículo 428). Es decir, a través de estas instituciones jurídicas —la tutela y la curaduría o curatela general— se determinó el régimen de administración patrimonial y cuidado personal de las personas a quienes la ley, en aquel momento, consideraba incapaces (artículo 430 del Código Civil).

A semejanza del modelo que estuvo vigente en el Imperio romano (Barnes, 1998), las tutelas estuvieron destinadas a la protección tanto personal como patrimonial del impúber (artículo 431 del Código Civil) y de los púberes que no estaban sometidos a la patria potestad (artículo 438 del Código Civil); mientras que las curatelas o curadurías generales, según lo previsto en el artículo 432 del Código Civil, correspondían al régimen de administración del patrimonio y cuidado personal de “los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad; los que por prodigalidad o demencia han sido puestos en entredicho de administrar sus bienes, y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito”.

Como puede verse, esta primera forma de regulación excluía del ejercicio de la capacidad jurídica a todas las personas que se consideraran incapaces y confiaba a la familia tanto su manejo personal como el correspondiente al patrimonio de la persona que era declarada por el juez y de manera indefinida como interdicta.

Así, sobre la evolución de las instituciones de la tutela y la curatela, Álvaro Ortiz Monsalve (2014) expresa lo siguiente:

En el más primitivo derecho romano, se organizó este régimen jurídico de la tutela para el cuidado y representación de los impúberes; más tarde se estableció la curatela como régimen de representación del patrimonio de los púberes enfermos mentales. Posteriormente se instituyó una curatela para los locos, viejos, sordos, ausentes, la herencia yacente, la del hijo póstumo, etc. De esta manera se contraponían la tutela como régimen del cuidado personal de los impúberes y la cura (o curatela) como régimen de administración del patrimonio; de donde se deducían que el tutor se nombraba en función de la persona y el curador actuaba en función de la administración, tutor datur personae, curator rei. Posteriormente se extendió la tutela a la defensa de la persona y el patrimonio del impúber; a la curatela se la trató de especializar

en la gestión de un patrimonio. Más adelante estas diferencias no son notorias; en época de Justiniano, prácticamente ambos institutos van asimilándose. La unidad de las dos instituciones se realizó en el derecho medieval francés, y en el Fuero Juzgo del derecho español, en cambio, en las Leyes de Partidas se mantuvieron separadas, pues se estableció la tutela para los menores impúberes y la curatela para los adultos. (p. 28)

Aunque posteriormente este régimen se morigeró, para considerar que las personas sordomudas que podían darse a entender por escrito no podían considerarse incapaces absolutamente para celebrar negocios y actos jurídicos¹, y se dispuso que los términos utilizados por el Código Civil para referirse a las personas en situación/condición de discapacidad mental, tales como “dementes”, “imbéciles”, “idiotas” o “furiosos locos”², fueran eliminados del ordenamiento jurídico colombiano por ser contrarios a la dignidad de la persona humana (Durán, 2004), base fundamental para reconocer a la persona con discapacidad como un sujeto de derechos efectivo. Adicionalmente, se consideró que dicha regulación resultaba insuficiente, puesto que se estructuraba bajo la concepción de que los asuntos de la familia y la administración de los bienes de las personas en situación/condición de discapacidad mental eran temas de naturaleza estrictamente privada, postulados que resultaban incompatibles con la protección estatal debida a la familia a partir de lo dispuesto en los artículos 5 y 42 de la Constitución Política y el reconocimiento de las personas en situación/condición de discapacidad mental y de los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos de especial protección constitucional, a tenor de lo dispuesto por los artículos 44, 45 y 47 del texto constitucional.

Se trata, así, de un primer cambio en el uso del lenguaje para referirse a la persona con discapacidad y, aunque reconocemos la importancia de ello como agente activo de creación y/o invisibilización de los diferentes aspectos sociales, no solo el cambio de palabras para referirse a la persona con discapacidad tiene el efecto de cambiar la dura realidad de quienes por causa de discapacidad fueron, durante mucho tiempo, excluidos y convalidados de piedra de los eventos de su vida.

De esta forma, en los años 2007 y 2008 en el Congreso colombiano se cursó una modificación a dicho régimen, que luego fue sancionada como la Ley 1306 del 2009, con la cual se buscó

1 Así lo dispuso la Corte Constitucional cuando declaró inexecutable la expresión “por escrito”, contenida en el artículo 432 del Código Civil (Sentencia C-983 del 2002).

2 En efecto, mediante la Sentencia C-478 del 2003, la Corte Constitucional resolvió lo siguiente: “Declarar INEXEQUIBLES las expresiones ‘de imbecilidad o idiotismo’ y ‘o de locura furiosa’ contenida en el artículo 545 del Código Civil. El resto de la disposición se declara EXEQUIBLE en el entendido de que debe existir interdicción judicial ... Declarar INEXEQUIBLE la expresión ‘de locos’ contenida en el artículo 554 del Código Civil”.

rebasar la concepción original del legislador civil, que partía de a base de entregar la administración de los bienes a un familiar, quien en ese entendido era considerado como aquella persona que con mayor confianza y capacidad podía proteger los derechos económicos³.

Así, el artículo 1 de la Ley 1306 del 2009 señaló como propósito “la protección e inclusión social de toda persona natural con discapacidad mental o que adopte conductas que la inhabiliten para su normal desempeño en la sociedad”, y consideró, en su artículo 2, lo siguiente:

Una persona natural 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.

La incapacidad jurídica de las personas con discapacidad mental será correlativa a su afectación, sin perjuicio de la seguridad negocial y el derecho de los terceros que obren de buena fe.

PARÁGRAFO. El término “demente” que aparece actualmente en las demás leyes, se entenderá sustituido por “persona con discapacidad mental” y en la valoración de sus actos se aplicará lo dispuesto por la presente ley en lo pertinente.

En el sistema de la Ley 1306 del 2009 se señalaron como medidas de protección de los incapaces absolutos —personas en situación de discapacidad mental absoluta— las siguientes: internamiento psiquiátrico de urgencia (artículo 21), internamiento psiquiátrico autorizado judicialmente (artículo 22), interdicción definitiva y provisoria (artículos 25 y 27, respectivamente) y para los adolescentes discapacitados mentales la patria potestad prorrogada (artículo 27), ello sin perjuicio de que se pudiera utilizar una o varias de las medidas de restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes previstas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 del 2006, “en cuanto sea pertinente y adecuado a la situación de estas” (parágrafo del artículo 18).

Entre tanto, para los inhábiles negociales, esto es, para quienes “padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio”, se definieron como medidas las de inhabilitación negocial (artículo 32) para celebrar ciertos actos jurídicos cuya naturaleza y cuantía eran señaladas por el juez, y la de inhabilitación accesoria (artículo 33), concebida como una sanción que se podía imponer al fallido en los procesos de liquidación patrimonial y en los de pago por cesión de bienes de personas naturales.

3 Así quedó señalado en el informe de ponencia para el primer debate en el Senado de la República al Proyecto de Ley 288 de Senado, 49 de 2007 Cámara (Congreso de la República de Colombia, 2008) [nota al pie de la autora].

No obstante lo anterior, y aunque se consideró por parte de diferentes tratadistas, como el citado Ortiz Monsalve (2014), que “el objeto del sistema o subsistema jurídico de protección de los discapacitados mentales es la obtención real, efectiva y eficaz de sus derechos mediante el ejercicio de acciones afirmativas” (p. 50)⁴, la normativa interna aún no acataba lo dispuesto por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por Colombia mediante la Ley 1346 del 2009, razón por la cual fue necesario tramitar en el Congreso de la República una nueva regulación jurídica con la cual internamente se cumplieran los compromisos internacionales adquiridos a favor del reconocimiento de la igualdad real y la inclusión efectiva de todas las personas en situación de discapacidad mental, que a la postre se convirtió en la Ley 1996 del 2019, objeto de estudio en el presente capítulo.

2. MATERIALES Y MÉTODOS

Así, y habida cuenta de la transformación de las relaciones jurídicas de las personas en situación/condición de discapacidad mental en Colombia, y especialmente de la importante reforma al aspecto del ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad mental, a través de una investigación documental y de corte cualitativo, se pretende resolver la pregunta de investigación acerca de cuáles son los principales cambios que introduce la Ley 1996 del 2019 a la autonomía y capacidad jurídica de las personas en situación/condición de discapacidad en Colombia.

Esta pregunta será resuelta en tres apartados: en el primero nos ocuparemos de presentar los principales aspectos de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como los aspectos más relevantes de las Recomendaciones del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, puesto que ellos forman parte, junto con otras normas de las cuales no nos ocuparemos en este capítulo, del bloque de constitucionalidad en sentido estricto —la convención— (Pérez de Ontiveros Baquero, 2009) y se constituyen en criterios relevantes de interpretación —los segundos⁵—; posteriormente, el segundo apartado se ocupará de presentar los avances jurisprudenciales y las razones que llevaron a modificar el régimen para el ejercicio de la

4 En el mismo sentido, Ortiz Monsalve (2021) indica que la Ley 1306 del 2009 tuvo importantes falencias, como las siguientes: vulneró los derechos fundamentales de libertad y dignidad; desconoció el derecho fundamental de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica y a los atributos de la personalidad; desarrolló y aplicó parcial y restrictivamente los principios de necesidad, subsidiaridad y proporcionalidad; le dio en la práctica aplicación al modelo rehabilitador; no modificó el núcleo central del Código Civil en la materia, que era la representación no voluntaria de la persona en poder de terceros, y patologizó la discapacidad.

5 Así lo ha reconocido la Corte Constitucional en las sentencias T-568 de 1999 y C-010 del 2000: reconoció a la doctrina general de las instancias internacionales el carácter de criterio relevante de interpretación e integrante del bloque de constitucionalidad. Una revisión minuciosa de este concepto puede verse en Uprimny Yepes (s. f.).

capacidad jurídica con el fin de incluir allí también a las personas en situación/condición de discapacidad mental; y, finalmente, el tercer apartado estará dedicado a presentar las principales modificaciones que la Ley 1996 del 2019 señala para el ejercicio de la capacidad jurídica (denominada en la Ley 1996 como capacidad legal) de las personas en situación/condición de discapacidad mental en Colombia.

3. RESULTADOS

3.1 La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y las Recomendaciones del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad

Con la intención de adoptar en el marco del sistema de Naciones Unidas un instrumento jurídico con el cual se protegieran los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (De Asís Roig, 2012), el 13 de diciembre del 2006 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el texto de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad para promover, proteger y garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad y garantizar que estas gocen de igualdad plena ante la ley (Bariffi, 2009), lo que significa que las personas con discapacidad no solo son titulares de sus derechos, sino que tienen capacidad para ejercerlos (Barranco et al., 2012) como lo hace cualquier otra persona.

De acuerdo con su propio texto, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad entró en vigor al ser ratificada por veinte países, hecho que ocurrió el 3 de mayo del 2008. Colombia firmó la convención el 30 de marzo del 2007 y la ratificó el 10 de mayo del 2011.

En el artículo 3 de este instrumento jurídico se señalan como principios los siguientes:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;
- 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 como parte de la diversidad y la condición humanas;
- e) La igualdad de oportunidades;
- f) La accesibilidad;
- g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
- h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

De gran importancia resulta el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, puesto que en él se establece la obligación para los Estados partes —como lo es Colombia— de adoptar medidas que efectivamente permitan la igualdad en el reconocimiento de la persona en situación/condición de discapacidad ante la ley, y lo hace en los siguientes términos:

IGUAL RECONOCIMIENTO COMO PERSONA ANTE LA LEY

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.
2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.
4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.
5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Por lo tanto, podemos señalar que la derogación parcial de la Ley 1306 del 2009 y la expedición de una nueva ley, la 1996 del 2019, viene a cumplir el compromiso internacional adquirido por el Estado colombiano y por otros Estados al firmar y ratificar la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, entendidas ya no como sujetos “que no pueden” o “personas incapaces”, para pasar a ser jurídicamente consideradas como sujetos de derecho (Quinn & Degener, 2002), titulares no solo de los derechos que asisten a todas las personas —como es la capacidad jurídica para ejercer

sus derechos— (Benavidez López, 2015), sino también destinatarios de una protección reforzada de estos derechos en virtud de los mandatos constitucionales consagrados en el artículo 43 de la carta política.

Se trata, sin duda, de un giro copernicano en el trato que el derecho dispensa a la persona en situación/condición de discapacidad, pues desaparecen en el sistema jurídico colombiano las incapacidades por razón de discapacidad mental, lo que viene a cambiar un poco más de un siglo de tradición jurídica civil en el país y varios siglos más de concepción jurídica en el mundo (Ramiro Avilés, 2012).

Pero no solo debemos tener en cuenta como marco internacional del ejercicio de la capacidad jurídica para las personas con discapacidad la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad; también es necesario tener en cuenta la interpretación que de la convención ha realizado el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este comité, creado en el artículo 34 de la convención, ha realizado interpretaciones de diversos artículos de dicha convención con el objeto de fijar el sentido, alcance y contenido de algunas de las obligaciones de los Estados partes de aquella.

Hasta el 2022, el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad ha proferido ocho observaciones generales sobre los siguientes temas:

- Observación general 1 (2014). Artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley.
- Observación general 2 (2014). Artículo 9: accesibilidad.
- Observación general 3 (2016). Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad.
- Observación general 4 (2016). Sobre el derecho a la educación inclusiva.
- Observación general 5 (2017). Sobre el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad.
- Observación general 6 (2018). Sobre la igualdad y la no discriminación.
- Observación general 7 (2018). Sobre la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas con discapacidad, a través de las organizaciones que los representan, en la aplicación y el seguimiento de la convención.
- Observación general 8 (2022). Sobre el derecho de las personas con discapacidad al trabajo y al empleo.

Por considerarla de especial importancia para el tema objeto de este capítulo, analizaremos de manera más detallada la observación general 1, que data del 2014, en la cual el comité se pronunció sobre el artículo 12 de la convención, el cual, como ya lo

vimos, se refiere al trato igualitario de la persona con discapacidad ante la ley. En esta observación el comité precisa que “el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas” (Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, 2014, p. 1).

Consideró también que la capacidad jurídica es no solo un atributo de la personalidad inherente a todos los seres humanos, sino que se constituye en el presupuesto para el ejercicio de otros derechos, tales como los civiles, los políticos, los económicos, los sociales y los culturales; y en cuanto a las personas con discapacidad cobra, además, especial importancia para que cada individuo tome decisiones sobre aspectos tan trascendentales como “el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad” (Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, 2014, p. 3).

En este sentido, el comité señala que

la capacidad jurídica es un derecho inherente reconocido a todas las personas, incluidas las personas con discapacidad. Como se señaló anteriormente, tiene dos facetas. La primera es la capacidad legal de ser titular de derechos y de ser reconocido como persona jurídica ante la ley. Ello puede incluir, por ejemplo, el hecho de tener una partida de nacimiento, de poder buscar asistencia médica, de estar inscrito en el registro electoral o de poder solicitar un pasaporte. La segunda es la legitimación para actuar con respecto a esos derechos y el reconocimiento de esas acciones por la ley. Este es el componente que frecuentemente se deniega o reduce en el caso de las personas con discapacidad. Por ejemplo, las leyes pueden permitir que las personas con discapacidad posean bienes, pero no siempre respetan las medidas que adopten para comprarlos o venderlos. La capacidad jurídica significa que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen la capacidad legal y la legitimación para actuar simplemente en virtud de su condición de ser humano. Por consiguiente, para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta; esas dos facetas no pueden separarse. (Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, 2014, p. 4)

Adicionalmente, el comité se ha pronunciado sobre el apoyo requerido por las personas con discapacidad para hacer uso de su capacidad jurídica. En este sentido, considera que el apoyo es “un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades” (Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, 2014, p. 5) y se relaciona no solo con la posibilidad de la persona para nombrar a otras personas que la asesoren en la toma de decisiones, sino también se refiere al apoyo entre pares, la defensa de sus intereses o la asistencia para comunicarse. Incluye también el comité como ejemplos de apoyo medidas relacionadas

con la accesibilidad (como lo serían documentos elaborados en un lenguaje sencillo y comprensible para todas las personas), el reconocimiento de métodos de comunicación distintos a los convencionales (por ejemplo, el uso de braille y del lenguaje de señas cabría en esta categoría) y la planeación anticipada de las decisiones, en el caso de que una persona llegue a encontrarse en la imposibilidad de manifestar cuál es su voluntad así como sus preferencias en la realización de un determinado acto o negocio jurídico.

Finalmente, en cuanto a los requisitos mínimos que de acuerdo con el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad deben ser cumplidos por los apoyos, cualquiera sea su forma y naturaleza, se señalan los siguientes (Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, 2014, pp. 8-9):

- a. Deben estar disponibles para todas las personas y no pueden convertirse en un obstáculo para la toma de decisiones.
- b. Deben basarse en la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, no en lo que se supone que es su interés superior objetivo.
- c. Debe considerar que el modo de comunicación de la persona con discapacidad, cualquiera que este sea, no debe ser obstáculo para obtener apoyo en la toma de decisiones.
- d. Quienes sean las personas designadas por la persona con discapacidad como sus apoyos para la toma de decisiones deben tener un reconocimiento jurídico accesible, que implica, en palabras del comité, que se

debe incluir un mecanismo para que los terceros comprueben la identidad de la persona encargada del apoyo, así como un mecanismo para que los terceros impugnen la decisión de la persona encargada del apoyo si creen que no está actuando en consonancia con la voluntad y las preferencias de la persona concernida. (Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, 2014, p. 8)
- e. La falta de recursos económicos no puede ser un obstáculo para la obtención de personas de apoyo en la toma de decisiones por parte de las personas en situación de discapacidad mental; en consecuencia, las personas con discapacidad deben obtener ese apoyo bien sea de forma gratuita o con un valor económico simbólico.
- g. El apoyo en la toma de decisiones no puede limitar el ejercicio de ningún derecho de la persona con discapacidad.
- h. Es necesario establecer salvaguardias en todos los asuntos relacionados con la capacidad legal y con el apoyo para el ejercicio de esta. La finalidad de estas salvaguardias es garantizar que se respeten la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

El apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental de la persona con discapacidad, por lo que será necesario trabajar con indicadores nuevos y no discriminatorios de las necesidades de apoyo.

Así, y como conclusión parcial de este apartado, podemos señalar que en el bloque de constitucionalidad colombiano la capacidad jurídica se erige con la doble connotación de atributo de la personalidad y presupuesto para el ejercicio de todos los demás derechos, por lo que, de acuerdo con este, era necesario que el Estado colombiano derogara el régimen anterior, por estar basado en un modelo médico, según el cual la discapacidad mental era causa para negar la capacidad de ejercicio de las personas.

Ahora cabe preguntarse si entre el 2009 y el 2019 el sistema jurídico colombiano propugnó por el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, para lo cual será útil la revisión de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, organismo encargado, por el artículo 241 de la Constitución Política, de la guarda y supremacía de la carta magna. A ello dedicaremos el siguiente apartado.

3.2 Avances jurisprudenciales y las razones que llevaron a modificar el régimen para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en situación/condición de discapacidad mental

La Ley 1346 del 2009, al ser aprobatoria de un tratado internacional, fue revisada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-293 del 2010. En esta sentencia se señala que los antecedentes de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad en el sistema de Naciones Unidas están constituidos por: (i) la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, que data de 1971; (ii) la Declaración de los Derechos de los Impedidos, realizada en 1975, y (iii) las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. A su turno, en el sistema regional, podemos mencionar la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999, incorporada al derecho interno colombiano por Ley 762 del 2002.

En palabras de la Corte,

los artículos 10 a 23 de la Convención contemplan aspectos particulares relacionados con el ejercicio de determinados derechos por parte de las personas con discapacidad, dentro de los cuales se encuentran la mayoría de los derechos fundamentales y de los sociales, económicos y culturales reconocidos por la Constitución Política de Colombia.

En esa línea se destaca el desarrollo relativo a los siguientes temas: la reiteración sobre el carácter universal del derecho a la vida (art. 10); la garantía sobre la seguridad y protección de las personas discapacitadas frente a situaciones de riesgo (art. 11); el reconocimiento de su capacidad jurídica (art. 12) y el acceso a la justicia en condiciones de igualdad (art. 13); la garantía de la

libertad personal (art. 14); la protección frente a su eventual explotación y contra la violencia o abuso de que pudieran ser objeto, incluso por parte de miembros de sus familias (art. 16); el derecho a la nacionalidad y la libertad de desplazamiento entre distintos países (art. 18); la libertad de escoger cómo y con quién vivir y la necesidad de que existan condiciones para garantizar su plena inclusión en la sociedad y evitar el aislamiento (art. 19); las condiciones necesarias para garantizar su movilidad personal (art. 20); la libertad de expresión y de opinión y el acceso a la información (art. 21); el respeto a la privacidad (art. 22); la posibilidad de establecer relaciones familiares, especialmente el matrimonio y la procreación, a partir del libre consentimiento de los interesados, la plena garantía de los derechos reproductivos y el reconocimiento sobre el interés superior del menor frente a situaciones derivadas de su propia discapacidad o de la de sus padres (art. 23).

Es importante resaltar que, una vez ratificada la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, acometió la importante tarea de hacer efectivos los derechos de las personas con discapacidad (Correa Montoya, 2009) y las reconoció como sujetos activos titulares de derechos, dándole así un significado a la protección y garantía de sus derechos acorde con los presupuestos del bloque de constitucionalidad, en donde se incorporan tanto tratados del sistema universal como del sistema interamericano de protección de derechos humanos (Courtis, 2004).

Es así como en la Sentencia T-740 del 2014 la Corte Constitucional recordó que “la discapacidad se debe interpretar como una manifestación de la diversidad humana y no como una limitante o un motivo para restringir el goce y ejercicio de ciertos derechos”. Es especialmente relevante este fallo porque, pese a encontrarnos internamente con normatividad que de manera expresa señalaba la incapacidad jurídica de ejercicio para las personas en condición de discapacidad mental, el fallo que en este momento presentamos señala pautas completamente diferentes sobre la capacidad de ejercicio de las personas en situación/condición de discapacidad, partiendo de la base establecida en el artículo 12 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, y de acuerdo con el cual todas las personas tienen capacidad jurídica para ejercer sus derechos, sin que pueda ser admisible una discriminación por causa de la discapacidad mental. En este sentido, la Corte afirma lo siguiente:

La normatividad internacional en la materia ha determinado que las personas con alguna condición de discapacidad deben contar con los apoyos necesarios para su desarrollo pleno e integral. Ello supone, partir de la presunción de capacidad para ejercer su autonomía, y la implementación progresiva de las medidas tendientes para que logren su participación efectiva en las decisiones que los afectan, incluidas aquellas relacionadas con su intimidad, sexualidad y posibilidad de formar una familia.

Luego, el mismo fallo agrega lo que sigue:

Los mandatos de la CDPD y las pautas hermenéuticas del Comité por ella creado, muestran que, en relación con los derechos de las personas en situación de discapacidad, existe un claro mandato que exige al Estado colombiano evitar la utilización y puesta en práctica de medidas que limiten o sustraigan la capacidad jurídica de este grupo poblacional. Más aún, exige que se adopten medidas tendientes a la implementación de apoyos en la toma de decisiones a través de los ajustes razonables necesarios para que dicha población pueda acceder en igualdad de condiciones a todas las oportunidades sociales y al goce efectivo de sus derechos.

En conclusión, con base en los estándares internacionales relacionados con el alcance de los derechos de las personas en situación de discapacidad y derechos de las mujeres para proscribir las diferentes formas de discriminación, se puede afirmar que:

(i) existe un mandato internacional según el cual se deben adoptar todas las medidas necesarias para reconocer la capacidad plena de las personas en condición de discapacidad para tomar sus propias decisiones, para lo cual se deben utilizar todas las herramientas de apoyo para emitir las (modelo de apoyo a la toma de decisiones), incluida la toma de decisiones en los procedimientos como el de esterilización quirúrgica;

(ii) la esterilización puede constituir un acto que vulnera los derechos de las mujeres y niñas en situación de discapacidad, cuandoquiera que, arguyendo razones de salud o consentimiento sustituto de terceras personas, no se consulte su consentimiento;

(iii) la esterilización quirúrgica que prescinde del consentimiento informado puede no resultar en mecanismo de protección, sino en un factor de vulnerabilidad frente a situaciones tales como el abuso sexual; y

(iv) el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para reconocer la capacidad plena de las personas en condición de discapacidad para tomar sus propias decisiones, así como otorgar todos los apoyos necesarios para poder emitir las.

Así, y como consecuencia de la incorporación al ordenamiento jurídico colombiano de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de las observaciones generales del Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, surge la necesidad legislativa de modificar la regulación existente para dar paso a una nueva concepción jurídica de la persona en situación/condición de discapacidad, a quien se le debe entender como un sujeto pleno y activo en relación con el ejercicio de todos sus derechos subjetivos, con base en lo que esta persona considere que responda a su voluntad y sus preferencias en cada caso concreto.

En consecuencia, en el 2017 comenzó a tramitarse en el Congreso de la República el proyecto de ley para reconocer, efectivamente, el ejercicio de la capacidad jurídica a las

personas en situación de discapacidad, pasando así de un modelo médico-rehabilitador, en el cual “se entiende la discapacidad como la presencia de un diagnóstico médico, equiparando discapacidad con enfermedad y generando una visión de las personas con discapacidad como enfermos, siendo la función de la sociedad y el Estado curar o normalizar a la persona con discapacidad” (Congreso de la República de Colombia, 2017), a un modelo social (Palacios, 2008), en el cual la discapacidad no se entiende como algo intrínseco a la persona, sino que se concibe como el resultado de una sociedad inaccesible (Victoria Maldonado, 2013), que excluye e invisibiliza en vez de incluir a las personas con discapacidad (Álvarez Lata & Seoane, 2010).

La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad es, pues, tributaria de este último modelo —el social (De Asís Roig, 2020)—, en el cual no se crean derechos nuevos, sino que, en la misma línea que hemos venido exponiendo en este capítulo, reconoce a las personas con discapacidad como sujetos activos titulares de todos los derechos en pie de igualdad con los demás individuos, lo que comporta importantes retos para diversas ramas del derecho, los cuales se pueden resumir en la necesidad de proporcionar los apoyos necesarios para que las personas con discapacidad mental puedan ejercer efectivamente su capacidad jurídica, apoyos que deben en todo momento respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de quien realiza los actos jurídicos (Vallejo Jiménez et al., 2017) y, en general, en todos los eventos de la vida de la persona, como lo sería, por ejemplo, el respeto al secreto profesional en las consultas médicas de los pacientes con discapacidad (Portilla Parra, 2019).

Así, y como conclusión parcial de este apartado, señalamos que luego de la incorporación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad al sistema jurídico colombiano, y en aplicación de lo dispuesto por ella, la Corte Constitucional utilizó el modelo social de la discapacidad para reconocer a este grupo poblacional el ejercicio de la capacidad jurídica en ciertos eventos, pese a que la normativa interna aún trabajaba con base en el modelo médico-rehabilitador, y consideraba que la discapacidad mental tenía como consecuencia jurídica en aquel momento la incapacidad jurídica de ejercicio.

Por lo tanto, en el siguiente numeral nos ocuparemos de presentar las principales características de la Ley 1996 del 2019, en cuanto norma que desarrolla en el ordenamiento jurídico interno colombiano el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

3.3 Principales características de la Ley 1996 del 2019: del modelo médico rehabilitador al modelo social de la discapacidad

El proyecto de ley que culminó con la expedición de la Ley 1996 del 2019 fue el fruto de varios años de trabajo adelantados por la mesa técnica conformada por el Consejo

Nacional de Discapacidad, el Plan Presidencial para la Inclusión Social de las Personas con Discapacidad, el Ministerio de Justicia y del Derecho, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, la Unidad Administrativa para la Reparación y Atención Integral a las Víctimas, el Ministerio del Interior, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Asociación Colombiana de Síndrome de Down (Asdown), el Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social de la Universidad de los Andes (Paiis), la Universidad Externado de Colombia y algunos activistas independientes por los derechos de las personas con discapacidad, entre otros. Por ello, puede afirmarse que, al igual que con lo ocurrido con la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, se trató de una norma en cuya elaboración se contó con la participación de los sujetos destinatarios de ella, aspecto que es importante resaltar, pues se trata no de un ejercicio caprichoso del legislador, sino del cumplimiento de los mandatos internacionales anteriormente adquiridos por el Estado colombiano, lo cual es clave para lograr una efectiva implementación de la norma.

Dentro de sus rasgos distintivos, resaltan los siguientes (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2020):

- a. El reconocimiento para que todas las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica. En efecto, el artículo 6 indica lo siguiente: "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".
- b. Señala la autonomía progresiva de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad, pues aunque el epígrafe de la norma indica expresamente que en la Ley 1996 del 2019 se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, también es importante señalar que no se excluye del ejercicio de la capacidad jurídica a las personas menores de edad con discapacidad, pues el artículo 7 de esta norma dispone que

las personas con discapacidad que no hayan alcanzado la mayoría de edad tendrán derecho a los mismos apoyos consagrados en la presente ley para aquellos actos jurídicos que la ley les permita realizar de manera autónoma y de conformidad con el principio de autonomía progresiva, o en aquellos casos en los que debe tenerse en cuenta la voluntad y preferencias del menor para el ejercicio digno de la patria potestad.
- c. Elimina las instituciones jurídicas de la interdicción, la interdicción provisoria, el internamiento psiquiátrico de urgencia, el internamiento decretado judicialmente, la prórroga de la patria potestad y la inhabilitación negocial, las cuales

se reemplazan por un sistema de toma de decisiones con apoyo, fundado en la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad.

- d. Incluye la denominación de salvaguardias, para definir las como las “medidas adecuadas y efectivas relativas al ejercicio de la capacidad legal, usadas para impedir abusos y garantizar la primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos” (Ley 1996 del 2019, artículo 5). Estas salvaguardias se rigen por los principios de: (i) necesidad, que significa que ellas solo operan cuando la persona las requiere o si, luego de hechos los ajustes razonables, no se puede determinar la voluntad de la persona en situación de discapacidad; (ii) correspondencia con la necesidad de la persona que requiere la salvaguardia; (iii) duración definida, por periodos máximos de cinco años, luego de los cuales deberá acudir de nuevo al mecanismo que la persona considere idóneo para manifestar su voluntad y sus preferencias, o al que la ley establece cuando la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para manifestarlas, y (iv) imparcialidad, según la cual las personas de apoyo están obligadas a respetar voluntad y las preferencias del titular del acto jurídico.
- e. Desjudicializa las medidas para garantizar la capacidad progresiva de las personas en situación/condición de discapacidad mental. Así, las personas con discapacidad pueden acudir a celebrar un acuerdo de apoyos ante un notario o ante un conciliador extrajudicial en derecho. Igualmente, tienen la facultad de realizar directivas anticipadas, también ante notario o conciliador extrajudicial. Solo cuando es imposible hacer el acuerdo de apoyos, bien sea porque la persona con discapacidad carece de personas de confianza para otorgarles este mandato o porque esta persona con discapacidad se encuentra en imposibilidad absoluta para manifestar su voluntad y sus preferencias por cualquier medio, se acude a la adjudicación judicial de apoyos ante el juez de familia.

La Ley 1996 del 2019 establece como principios los siguientes, definidos por el artículo 4 en estos términos:

- a. Dignidad. En todas las actuaciones se observará el respeto por la dignidad inherente a la persona con discapacidad como ser humano.
- b. Autonomía. En todas las actuaciones se respetará el derecho de las personas a autodeterminarse, a tomar sus propias decisiones, a equivocarse, a su independencia y al libre desarrollo de la personalidad conforme a la voluntad, deseos y preferencias propias, siempre y cuando estos, no sean contrarios a la Constitución, a la ley, y a los reglamentos internos que rigen las entidades públicas y privadas.

- c. Primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico. Los apoyos utilizados para celebrar un acto jurídico deberán siempre responder a la voluntad y preferencias de la persona titular del mismo. En los casos en los que, aun después de haber agotado todos los ajustes razonables disponibles, no sea posible establecer la voluntad y preferencias de la persona de forma inequívoca, se usará el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, el cual se establecerá con base en la trayectoria de vida de la persona, previas manifestaciones de la voluntad y preferencias en otros contextos, información con la que cuenten personas de confianza, la consideración de sus preferencias, gustos e historia conocida, nuevas tecnologías disponibles en el tiempo, y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.
- d. No discriminación. En todas las actuaciones se observará un trato igualitario a todas las personas sin discriminación por ningún motivo, incluyendo raza, etnia, religión, credo, orientación sexual, género e identidad de género o discapacidad.
- e. Accesibilidad. En todas las actuaciones, se identificarán y eliminarán aquellos obstáculos y barreras que imposibiliten o dificulten el acceso a uno o varios de los servicios y derechos consagrados en la presente ley.
- f. Igualdad de oportunidades. En todas las actuaciones se deberá buscar la remoción de obstáculos o barreras que generen desigualdades de hecho que se opongan al pleno disfrute de los derechos de las personas con discapacidad.
- g. Celeridad. Las personas que solicitan apoyos formales para tomar decisiones jurídicamente vinculantes tienen derecho a acceder a estos sin dilaciones injustificadas, por lo que los trámites previstos en la presente ley deberán tener una duración razonable y se observarán los términos procesales con diligencia.

La Ley 1996 del 2019 señala, igualmente, diversos mecanismos a través de los cuales la persona con discapacidad puede designar a quienes le servirán de apoyo en la toma de decisiones en los actos jurídicos que quiera o deba celebrar. Podemos clasificar estos mecanismos en dos categorías: extrajudiciales y judiciales.

Como mecanismos extrajudiciales encontramos los acuerdos de apoyo, definidos por el artículo 15 como “un mecanismo de apoyo formal por medio del cual una persona, mayor de edad, formaliza la designación de la o las personas, naturales o jurídicas, que le asistirán en la toma de decisiones respecto a uno o más actos jurídicos determinados”. Estos acuerdos de apoyo se pueden otorgar: (i) ante el notario del círculo del domicilio de la persona con discapacidad y por medio de una escritura pública (artículo 16), o (ii) también es posible que la persona con discapacidad los celebre ante un conciliador extrajudicial en derecho que se encuentre inscrito en un centro de conciliación, caso en el cual el acuerdo constará en un acta de conciliación (artículo 17).

Estos acuerdos de apoyo deben tener una duración máxima de cinco años, sin perjuicio de que la persona titular del acto jurídico (es decir, la persona con discapacidad) decida otorgarlos por un tiempo menor o decida revocarlos total o parcialmente por el incumplimiento del mandato de apoyo.

En cuanto a los mecanismos judiciales, encontramos los procesos de adjudicación judicial de apoyos, que pueden ser: (i) promovidos por la propia persona con discapacidad cuando carece de una persona de confianza a quien pueda otorgarle el mandato de apoyo, caso en el cual el juez de familia, a través del proceso de adjudicación judicial de apoyos tramitado por el procedimiento de jurisdicción voluntaria (artículos 32 y 37), le designará un defensor personal de la Defensoría del Pueblo, para que sea este funcionario quien le preste los apoyos requeridos para la realización de los actos jurídicos que designe el titular (artículo 14), y (ii) promovidos por persona distinta al titular de los actos jurídicos, caso en el cual el asunto, que es de competencia del juez de familia, se tramitará por medio de un proceso verbal sumario (artículos 32 y 38). En este evento, quien inicie el proceso deberá demostrar: (a) que la persona titular del acto jurídico se encuentra absolutamente imposibilitada para manifestar su voluntad y sus preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible, y (b) que la persona con discapacidad se encuentra imposibilitada de ejercer su capacidad jurídica y que esto conlleve la vulneración o amenaza de sus derechos por parte de un tercero.

Adicionalmente a estos mecanismos para la designación de apoyos por parte de la persona con discapacidad, la Ley 1996 del 2019 regula también las directivas anticipadas, las cuales definió en su artículo 21 como

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. Estas decisiones pueden versar sobre asuntos de salud, financieros o personales, entre otros actos encaminados a tener efectos jurídicos.

De la misma forma que los acuerdos de apoyo, las directivas anticipadas tienen como requisito de validez el hecho de que deben ser suscritas ante notario, por escritura pública o ante conciliador extrajudicial en derecho, mediante acta de conciliación (artículo 22). Las directivas anticipadas se pueden realizar con ajustes razonables o con personas de apoyo (Artículos 24 y 25) y pueden tener o no una cláusula de voluntad perenne “por medio de la cual invalida de manera anticipada las declaraciones de voluntad y preferencias que exprese con posterioridad a la suscripción de la directiva anticipada, siempre que contradigan las decisiones establecidas en esta” (artículo 28).

Es importante señalar que la Ley 1996 del 2019 establece unos plazos de implementación, los cuales se encuentran señalados en la siguiente tabla:

Tabla 1

Implementación de la Ley 1996 del 2019

Actividad	Plazo	Entidad responsable
Reglamentación del derecho al trabajo (emisión de decretos reglamentarios)	Cuatro meses contados a partir de la vigencia de la presente ley	Gobierno Nacional
Reglamentos expidiendo lineamientos y protocolo nacional para la realización de la valoración de apoyos	No superior a un año	Gobierno Nacional
Plan de formación a notarías y conciliadores extrajudiciales en derecho sobre el contenido de la Ley 1996 del 2019	En un plazo no superior a un año contado a partir de la promulgación de la ley	Ministerio de Justicia y del Derecho
Reglamentación de la prestación del servicio de valoración de apoyos que realicen las entidades públicas y privadas	En un plazo no superior a dieciocho meses contados a partir de la promulgación de la ley	Ente rector del Sistema Nacional de Discapacidad
Entrada en vigencia y aplicación del proceso de adjudicación judicial de apoyos (artículos contenidos en el capítulo V)	Veinticuatro meses después de la promulgación de la ley	Rama Judicial
Proceso de revisión de interdicción o inhabilitación	No superior a treinta y seis meses contados a partir de la entrada en vigencia del capítulo V.	Los jueces de familia que hayan adelantado procesos de interdicción o inhabilitación deberán citar de oficio
Plan de formación a jueces y juezas de familia	En un plazo no superior a un año contado a partir de la expedición de los lineamientos de valoración señalados en el artículo 12	Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla
Plan de formación al personal dispuesto para conformar el equipo interdisciplinario de los juzgados de familia	En un plazo no superior a un año a partir de la expedición de los lineamientos de valoración señalados en el artículo 12	Consejo Superior de la Judicatura

Nota. Adaptado de “Elementos fundamentales de la ley sobre capacidad legal plena de ciudadanos con discapacidad”, por Ministerio de Justicia y del Derecho, 2019 (<https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/elementos-fundamentales-de-la-ley-sobre-capacidad-legal-plena-de>).

Así, al momento de la presentación de este documento, aún no se han cumplido todos los plazos para la implementación de la Ley 1996, los cuales, sin duda, comportan un reto enorme no solo en términos del diseño institucional requerido para dar cabal cumplimiento a lo dispuesto por la norma, sino en términos de formación, comprensión y sensibilización de todas las personas con independencia del rol que cumplen en la sociedad. No es sencillo —pero tampoco imposible— salir de siglos en los que se concibió a la persona con discapacidad como alguien que “no puede” y debe estar por ello permanentemente silenciada aún frente a los acontecimientos de su propia existencia, para pasar al reconocimiento de que las personas con discapacidad son sujetos plenos de derecho, con capacidad jurídica para tomar todas las decisiones que les competen, que son —como todas las personas— arquitectos de su destino y dueños de su vida, y para ejercer su capacidad requieren —si así lo consideran— apoyos que los aconsejen de forma franca, clara, sencilla y desinteresada sobre los asuntos en que cada persona considere que requiere una orientación adicional a la que puede proporcionarse.

4. DISCUSIÓN

Pese a que la Ley 1996 es, en esencia, el cumplimiento de un compromiso del Estado colombiano con las personas en situación/condición de discapacidad, y les reconoce su plena capacidad de ejercicio o legal, para un sector de la sociedad estas disposiciones, muy lejos de garantizar la inclusión de las personas con discapacidad, las ponen en una difícil situación de vulnerabilidad, e incluso para algunos teóricos la comprensión de la discapacidad es también una forma de opresión de las personas con discapacidad (Ferrante & Dukuen, 2017). Por ello, se han presentado ante la Corte Constitucional de Colombia varias demandas que buscan que se declare inconstitucional toda la ley y/o algunos artículos de esta.

Muchas de estas demandas han sido rechazadas y sobre las demás, que continúan en trámite, se han enviado intervenciones por parte de la ciudadanía y de algunas entidades del Estado que, en esencia, defienden su constitucionalidad. La siguiente tabla resume el estado de las demandas presentadas ante la Corte Constitucional en contra de un parte o de toda la Ley 1996 del 2019.

Tabla 2

Demandas de inexecutableidad contra la Ley 1996 del 2019

Expediente	Normas demandadas	Estado
D-0013525	Toda la norma	Rechazada
D-0013575 D-0013585	Artículos 6 y 53 (parciales)	Declaradas exequibles mediante la Sentencia C-025 del 2021
D-0013658	Artículo 4-2, 5-4, 6 y 61	Rechazada

(continúa)

(continuación)

Expediente	Normas demandadas	Estado
D-0013738	Artículo 16 (parcial)	Declarada exequible mediante la Sentencia C-052 del 2021
D-0013743	Demandó toda la ley, por no ser tramitada como estatutaria	Declarada exequible mediante la Sentencia C-022 del 2021.
D-0013830	Artículo 56	Rechazada
D-0013917	Artículos 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19-1, 20, 21 y 22	En la Sentencia C-118 del 2021, la Corte consideró que las normas demandadas y la <i>causa petendi</i> de esta demanda quedaron contenidas en la decisión adoptada en otro fallo. Por ello, decidió estarse a lo resuelto en la Sentencia C-022 del 2021
D-0014076	Artículos 6 y 8	Rechazada
D-0014077	Artículo 61 (parcial)	
D-0014133	Artículo 38 (parcial)	
D-0014256	Artículo 61 (parcial)	Demanda presentada

Tal y como puede deducirse de la tabla presentada, hasta este momento las demandas que buscaron declarar como contrarios a la Constitución algunos apartes o toda la Ley 1996 del 2019 no han tenido éxito. Ello se explica por la concordancia de la norma de rango legal con el bloque de constitucionalidad.

Una de las primeras sentencias que se han producido con respecto a la exequibilidad de esta norma se refirió a si esta, por tratar de un derecho fundamental, debió tramitarse como una ley estatutaria. Sin embargo, la Corte consideró que el hecho de haberse tramitado la Ley 1996 del 2019 como una ley ordinaria no incide en su concordancia constitucional.

Así, en la Sentencia C-022 del 20021, sostuvo lo siguiente:

En esta oportunidad, la Sala Plena encontró que la Ley 1996 de 2019 a pesar de que regula una de las aristas del derecho fundamental a la personalidad jurídica, como lo es la capacidad de goce y ejercicio, incorpora medidas y mecanismos dirigidos a favor de las personas con discapacidad para el ejercicio de aquel derecho. Para lograrlo, elimina barreras legales como la interdicción y las reemplaza por un sistema de apoyos que permite a las personas con discapacidad tomar decisiones bajo su voluntad y preferencias. Con lo anterior, la Corte concluyó que en la regulación de la Ley 1996 de 2019 no se afecta el núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica, y por tanto, el legislador no desconoció el mandato constitucional de los artículos 152 y 153 de la Constitución.

Posteriormente, la Corte recordó la importancia del modelo social de la discapacidad como un nuevo enfoque para mantener una relación en condiciones de igualdad con las

personas en situación/condición de discapacidad. Por lo tanto, en la Sentencia C-025 del 2021 la Corte concluyó que

el modelo social de discapacidad, incorporado al ordenamiento constitucional interno a través de la Ley 1346 de 2009 la cual aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, exige derogar todos aquellos mecanismos legales que sustituyen la capacidad legal de las personas en condiciones de discapacidad. En cumplimiento de este mandato, el Congreso de la República expidió la Ley 1996 de 2019, la cual regula un sistema de toma de decisiones con apoyos y salvaguardias a favor de las personas con discapacidad. Entre otros, deroga la discapacidad mental o intelectual como una incapacidad absoluta del Código Civil. Ahora, a través de un sistema de apoyos y asistencia independiente e interdependiente, las personas con discapacidad pueden ejercer su capacidad legal en igualdad de condiciones. Dado que para la existencia y validez de un acto jurídico se requiere de la capacidad legal y la voluntad de la persona titular, aquellas personas que se encuentren absolutamente imposibilitadas para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio, modo y formato de comunicación posible, tendrán que actuar bajo una sentencia de adjudicación judicial de apoyos, con las asistencias y respaldos que allí se especifiquen (acorde con los artículos 38 y 39 de la Ley 1996 de 2019), incluso la representación de una tercera persona asignada por el juez (conforme el artículo 48 de la Ley 1996).

Posteriormente, en la Sentencia C-052 del 2021, la Corte Constitucional declaró que se ajusta a la Constitución la facultad conferida a los notarios para tramitar los apoyos requeridos por las personas en situación de discapacidad mayores de edad para celebrar los actos jurídicos que estimen pertinentes. En este fallo la Corte dijo lo siguiente:

Las funciones en mención no son incompatibles con el servicio público que el artículo 131 de la Constitución asigna a los notarios y de manera específica con la función fedante, esto es, la de dar fe pública sobre los actos jurídicos, declaraciones y documentos que se otorguen. Para tal efecto, la verificación de la congruencia del texto del acuerdo de apoyo con la voluntad y preferencias de quien lo suscribe y del cumplimiento de la ley, como también, la realización de ajustes razonables para que se dé una comunicación efectiva que atienda las necesidades particulares de la persona y garanticen su accesibilidad, son un desarrollo de esa función fedante, indispensables para que pueda dar fe de la voluntad de quienes suscriben el acuerdo de apoyo, que contribuyen al ejercicio efectivo de la capacidad legal por parte de las personas en situación de capacidad mayores de edad.

5. CONCLUSIONES

En el sistema jurídico colombiano, la persona con discapacidad fue considerada como incapaz para actuar en derecho, razón por la cual, y con base en el sistema romano-germánico, inicialmente se buscó su protección a través de instituciones como la tutela

y la curatela, que dejaban al ámbito privado de la familia la protección de la persona y la administración del patrimonio de la persona con discapacidad, a quien se le denominó en el Código Civil como “demente”, “loco furioso”, “idiota”, “imbécil”, “mentecato”, entre otras expresiones de similar categoría.

Pero, poco a poco, esta regulación jurídica de la persona con discapacidad fue cambiando debido a dos situaciones: la primera fue la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, en la que se estableció a la persona con discapacidad como uno de los sujetos de especial protección constitucional; la otra fue la adopción de la Convención de las Personas con Discapacidad mediante la Ley 1346 del 2009, situaciones estas que gravaron al Estado colombiano con diversas obligaciones a favor de la población con discapacidad, y entre ellas la muy importante señalada en la convención de reconocerlos como sujetos activos titulares de derecho y con plena capacidad jurídica o de ejercicio.

No obstante estas obligaciones estatales, Colombia continuó tratando a las personas con discapacidad mental como jurídicamente incapaces para ejercer sus derechos, y en la Ley 1306 del 2009 las consideró como destinatarios de medidas como la interdicción, la prórroga de la patria potestad y la inhabilitación negocial, con la cuales se anulaba —o por lo menos se afectaba gravemente, en el caso de la inhabilitación— su capacidad negocial. Aún con este panorama, la Corte Constitucional aplicó directamente la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y consideró la necesidad de otorgar apoyos en orden a que las personas con discapacidad manifestaran su voluntad y sus preferencias respecto a actos jurídicos relacionados específicamente con el ejercicio de derechos sexuales y reproductivos.

Ya en el 2019 se expidió una nueva ley —la 1996—, que derogó por completo el sistema anterior, basado en un paradigma médico-rehabilitador, y lo reemplazó por la moderna concepción social de la discapacidad, que propugna por el reconocimiento y la aceptación de la diferencia en la forma de manifestación de la voluntad de las personas para la celebración de actos y negocios jurídicos. De esta suerte, la interdicción, la inhabilitación y la prórroga de la patria potestad se reemplazan por la celebración de acuerdos de apoyo, el otorgamiento de directivas anticipadas y la adjudicación judicial de apoyos que puede ser promovida por la propia persona con discapacidad o por un tercero cuando esta se encuentre absolutamente imposibilitada para manifestar su voluntad y sus preferencias por cualquier medio.

Es importante resaltar que la persona o las personas que ejecutan el mandato en cumplimiento de los acuerdos, las directivas o la sentencia judicial que las designe como personas de apoyo no sustituyen la voluntad de la persona con discapacidad, sino que apoyan a esta última en la toma de decisiones que respeten siempre su voluntad y sus preferencias, de suerte que el incumplimiento de esta obligación permite terminar el acuerdo o relevar a la persona de apoyo de tal función. La Ley 1996 del 2019, aun

cuando ya se encuentra vigente, tiene varios plazos que están por cumplirse para su implementación.

Finalmente, y no obstante tratarse del cumplimiento de obligaciones internacionales y del respeto y trato en igualdad de condiciones para las personas con discapacidad, contra la Ley 1996 del 2019 se tramitan ante la Corte Constitucional diversas demandas que buscan que sea declarada inexecutable total o parcialmente; algunas de ellas han sido rechazadas, otras fueron inadmitidas y sobre otras más ya hay conceptos ciudadanos y de varias instituciones estatales que le piden a la Corte que declare que tal norma se ajusta por completo a la Constitución, puesto que reconoce a las personas con discapacidad como titulares del atributo de la personalidad y el presupuesto para el ejercicio de los derechos, como es la capacidad jurídica.

REFERENCIAS

- Álvarez Lata, N., & Seoane, J. A. (2010). El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Derecho Privado y Constitución*, (24), 11-66. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=7&IDN=1264&IDA=35625>
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1971). *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1975). *Declaración de los Derechos de los Impedidos*.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1993). *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*.
- Asís Roig, R. de. (2012). Sobre capacidad y derechos. En M. del C. Barranco Avilés, Ó. Celador Angón & F. Vacas Fernández (Coords.), *Perspectivas actuales de los sujetos de derecho* (pp. 37-56). Dickinson.
- Asís Roig, R. de. (2020). De nuevo sobre Constitución y discapacidad. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, (31), 52-64. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/5137/3594>
- Barnes, C. (1998). Las teorías de la discapacidad y los orígenes de la opresión de las personas discapacitadas en la sociedad occidental. En L. Barton (Coord.), *Discapacidad y sociedad* (pp. 59-76). Morata.
- Bariffi, F. J. (2009). Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU. En L. C. Pérez Bueno (Dir.) & A.

- Sastre Campo (Ed.), *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo* (pp. 353-390). Aranzadi.
- Barranco, M. del C., Cuenca, P., & Ramiro, M. Á. (2012). Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos e las Personas con Discapacidad. *Anuario Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá V*, 53-80. <https://sid.usal.es/idocs/F8/ART21552/barranco.pdf>
- Benavides López, Á. (2015). Capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Anuario de Derechos Humanos*, (11), 39-56. <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/37487/39165>
- Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas. (2014). *Observación general 1. Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*. <http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (2008, 19 de septiembre). *Gaceta del Congreso*, XVII(647), 1-36.
- Congreso de la República de Colombia. (2017, 31 de julio). *Gaceta del Congreso*, XXVII(613), 1-31.
- Constitución Política. 1991 (Colombia).
- Correa Montoya, L. (2009). Panorama de la protección jurisprudencial a los derechos humanos de las personas con discapacidad en Colombia. *Vniversitas*, 58(118), 115-139. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14511>
- Courtis, C. (2004). Los derechos de las personas con discapacidad en el sistema interamericano de derechos humanos. En I. Campoy Cervera (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas* (pp. 127-166). Dickinson.
- Durán, A. (2004). Los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad una cuestión de derechos humanos. En I. Campoy Cervera (Coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas* (pp. 29-34). Dickinson.
- Ferrante, C., & Dukuen, J. (2017). "Discapacidad" y opresión una crítica desde la teoría de la dominación de Bordieu. *Revista de Ciencias Sociales, DS-FCS*, 30(40), 151-168. <http://www.scielo.edu.uy/pdf/racs/v30n40/v30n40a08.pdf>
- Ley 1098 del 2006, Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. (2006, 8 de noviembre). https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_la_infancia_y_la_adolescencia_colombia.pdf

- Ley 1306 del 2009, Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados. (2009, 5 de junio). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=36400>
- Ley 1346 del 2009, Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre del 2006. (2009, 31 de julio). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=37150#:~:text=El%20prop%C3%B3sito%20de%20la%20presente,respeto%20de%20su%20dignidad%20inherente.>
- Ley 1996 del 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. (2019, 26 de agosto). <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=99712#:~:text=Objeto,el%20ejercicio%20de%20la%20misma.>
- Ley 57, Código Civil. (1887). https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_colombia.pdf
- Ley 762 del 2002, Por medio de la cual se aprueba la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999). (2002, 31 de julio). [https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=8797#:~:text=%22Por%20medio%20de%20la%20cual,y%20nueve%20\(1999\)%22.](https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=8797#:~:text=%22Por%20medio%20de%20la%20cual,y%20nueve%20(1999)%22.)
- Ministerio de Justicia y del Derecho. (2019, 28 de noviembre). *Elementos fundamentales de la ley sobre capacidad legal plena de ciudadanos con discapacidad*. Ámbito Jurídico. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/civil/civil-y-familia/elementos-fundamentales-de-la-ley-sobre-capacidad-legal-plena-de>
- Ortiz Monsalve, Á. (2014). De las guardas y curatelas (nuevo sistema de protección de los discapacitados mentales). En J. A. Bonivento Fernández & P. Lafont Pianetta (Dirs.), *Jurista y maestro: Arturo Valencia Zea* (t. II, pp. 27-64). Universidad Nacional de Colombia.
- Ortiz Monsalve, Á. (2021). *Capacidad plena de los mayores en situación de discapacidad mental y guardas de menores emancipados. Leyes 1306 de 2009 y 1996 de 2019*. Temis.
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. CERMI.

- Pérez de Ontiveros Baquero, C. (2009). La capacidad jurídica y la capacidad de obrar. El artículo 12 de la convención, sus implicaciones en el derecho privado español. En J. J. Soto Ruiz (Dir.), *Capacidad jurídica y discapacidad (Un estudio de derecho privado comparado a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad)* (t. I, pp. 31-50). Observatorio Estatal de la Discapacidad.
- Portilla Parra, S. (2019). El secreto profesional médico y las personas con discapacidad, en el ordenamiento jurídico colombiano. *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 21(2), 357-386. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73360074017>
- Quinn, G., & Degener, T. (2002). *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra. https://www.saldarriagaconcha.org/wp-content/uploads/2019/01/10_Derechos_humanos_y_discapacidad.pdf
- Ramiro Avilés, M. Á. (2012). Investigación clínica y discapacidad. Una aproximación desde la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. *Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, (11), 40-57.
- Sentencia C-010 del 2000. (2000). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-022 del 2021.(2021). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-025 del 2021. (2021). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-052 del 2021. (2021). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-118 del 2021. (2021). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-293 del 2010. (2010). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-478 del 2003. (2003). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia C-983 del 2002. (2002). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia T-568 de 1999. (1999). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia T-740 del 2014. (2014). Corte Constitucional de Colombia.
- Uprimny Yepes, R. (s. f.). *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_46.pdf
- Valencia Zea, A., & Ortiz Monsalve, Á. (2020). *Derecho civil* (19.ª ed., t. I). 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. *Revista CES Derecho*, 8(1), 3-21. <http://www.scielo.org.co/pdf/cesd/v8n1/v8n1a02.pdf>

Victoria Maldonado, J. (2013). El modelo social de la discapacidad: una cuestión de derechos humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(138), 1093-1109. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000300008