



**DE LA CAPACIDAD CIVIL EN LA LEY 1996 DE 2019**

**Estudiante**

**Manuel Mauricio Pérez Ramírez**

**Director**

**Luis Felipe Vivares Porras**

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial para optar al título de abogado**

**Pregrado en Derecho**

**Escuela de Derecho y Ciencias Políticas**

**Universidad Pontificia Bolivariana**

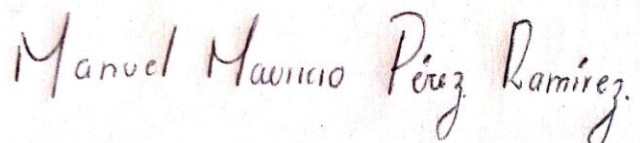
**Medellín**

**2020**

## Declaración de originalidad

Declaro que este trabajo de grado no ha sido presentado con anterioridad para optar a un título, ya sea en igual forma o con variaciones, en esta o en cualquiera otra universidad.

Declaro, asimismo, que he respetado los derechos de autor y he hecho uso correcto de las normas de citación de fuentes, con base en lo dispuesto en las normas de publicación previstas en los reglamentos de la Universidad.

A handwritten signature in dark ink on a light-colored background. The signature reads "Manuel Mauricio Pérez Ramírez" in a cursive script.

---

Firma del estudiante

Nombre del estudiante. Manuel Mauricio Pérez Ramírez

## DE LA CAPACIDAD CIVIL EN LA LEY 1996 DE 2019

### Resumen

El concepto jurídico fundamental que la capacidad es, tiene dos connotaciones: capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Con la ley 1996 de 2019 tendrán ambas quienes alcancen los 18 años de edad. Este trabajo pretende debelar las incidencias de carácter jurídico civil en la restricción del entendimiento del concepto de capacidad, a través del análisis del articulado del texto normativo se pretende contrastar su contenido con el de los conceptos propios de la teoría general del derecho y la normativa jurídico civil. Se tiene la expectativa de visualizar si el legislador colombiano, en aras de incorporar una serie de prerrogativas tendientes a garantizar la igualdad y los derechos de las personas discapacitadas, erra ontológicamente en el entendimiento del concepto de igualdad.

**Conceptos clave:** Régimen de capacidad, capacidad, ley 1996, discapacitado, inhabilitado, interdicto, apoyos, juez de familia, representación legal, modelos de discapacidad, Convención de derechos de personas con discapacidad.

### Introducción

Se refiere la presente investigación al estudio teórico de las consecuencias de la modificación del régimen de capacidad civil en Colombia. La Capacidad es un concepto jurídico fundamental, esto es una idea que está presente en todos los derechos. Las modificaciones que el legislador realice amplían o estrechan este concepto en su aplicabilidad.

La entrada en vigor de la ley 1996 de 2019 modifica el código civil y deroga en casi la totalidad la ley 1306 aquella que regulaba la protección patrimonial de los discapacitados, para afirmar que todas las personas con discapacidad mental, al cumplir los 18 años, son igualmente capaces que aquellos que no tienen tal condición. El desconocimiento de las particulares circunstancias y realidades que rodean a los individuos discapacitados se torna en un tratamiento de igualdad aritmética, desconociendo la particular realidad en la que cada uno de estos se circunscribe, generando inquietudes por la presencia en el texto de lagunas de referencia y la desprotección que, a primera vista, salta ante la lectura del cuerpo normativo. Es por tal razón que se desea estudiar el tema desde una perspectiva teórica.

A través de la lectura del articulado se quiere realizar un análisis jurídico civil desde la teoría general del derecho y negocio jurídico, de las diferentes figuras y planteamientos que a simple vista suscitan más inquietudes e inconformidades, figuras tales como las directrices anticipadas, la competencia exclusiva del juez de familia, desprotecciones patrimoniales, dificultades en la competencia de la figura de los apoyos, entre otras.

Se quiere a su vez descubrir si dichas figuras son y representan verdaderos problemas de desprotección a los discapacitados, o por otra parte si verdaderamente son el punto de partida para un efectivo instrumento legal que garantice el libre desarrollo de la personalidad de los discapacitados y la tutela de sus derechos. Todo ello desde la adecuación conceptual de las figuras del derecho civil del negocio jurídico, contrastado con las lecturas de la teoría general del derecho.

En el apartado primero se estudiará el concepto de capacidad antes y después de la modificación introducida desde la teoría del negocio jurídico y la teoría general del derecho.

En el apartado segundo se estudiará el reconocimiento de la capacidad civil en el ordenamiento jurídico, y algunas figuras incorporadas en la nueva legislación

En el apartado tercero se analizarán las realidades jurídicas a las que se enfrenta nuestro ordenamiento en relación el concepto de discapacidad, las críticas y posturas de un nuevo modelo para su entendimiento.

## CAPITULO I

### EL CONCEPTO DE CAPACIDAD

La voz “capacidad” es equívoca<sup>1</sup>, ambigua en tanto y en cuanto puede ser entendida mínimamente en cuatro sentidos.

En primer lugar, como una cualidad que goza una persona o un objeto, por ejemplo, cuando afirmamos que una persona es capaz intelectualmente de realizar una labor o bien un automotor es capaz de trasportar semejante cargamento.

En segundo sentido se asocia a fenómenos propios de la física, esto es la *ciencia que estudia las propiedades de la materia y la energía*<sup>2</sup>, en la medida que por él se entiende una magnitud como el volumen, así la capacidad de un recipiente está proporcionada por su volumen.

En un tercer lugar el concepto capacidad es confundido con el concepto de normalidad, en tanto y en cuanto se entiende que alguien es capaz en razón de si socialmente se es normal.

En un cuarto sentido será entonces la capacidad, en su connotación jurídica, entendida como un concepto jurídico fundamental que determina “*la medida de la personalidad jurídica reconocida a cada hombre*”<sup>3</sup>. Ello quiere decir una aptitud jurídica otorgada por el ordenamiento jurídico a todos los hombres en mayor o menor medida.

Es la cuarta definición, la delimitación conceptual acertada para entender la capacidad como un fenómeno jurídico. Ahora bien dicha definición proporcionada por la teoría general del derecho debe entenderse desde todos los derechos que puedan llegar o existir o a ser posibles. Quiere expresarse entonces que no podrá existir un ordenamiento jurídico que pueda prescindir de la utilización de este concepto en ninguna de las ramas del derecho que se quieran regular.

También es cierto que cada una de las parcelas de un ordenamiento jurídico podrá, en mayor o en menor medida, limitar la aplicabilidad de la capacidad a un hombre, o extenderla a otros, mírese por ejemplo la capacidad para ser responsable civilmente en materia extracontractual no es la misma que la capacidad que se fija en materia contractual para celebrar un contrato de trabajo.

---

<sup>1</sup> Solano Vélez Henry. *Introducción al estudio del derecho*. Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2017 p.56

<sup>2</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed. 2020

<sup>3</sup> Carnelutti Francesco. *Teoría general del derecho*.

Sin entrar en consideraciones sobre las demás regulaciones de los otros sectores del derecho, sorprende comprobar que el código civil no define la capacidad, señala por su parte dos tipos, grados o connotaciones de la capacidad en materia civil; capacidad de ejercicio y capacidad de goce, el artículo 1502 establece como primer requisito para obligarse; ser legalmente capaz, surgiendo el concepto de capacidad de ejercicio y el artículo 90 delimita el principio de la existencia legal dando origen a la capacidad de goce.

De estas circunstancias nace el hecho de que se entienda a la capacidad como un atributo de la personalidad, si se mira a todos los hombres con el mismo racero, todos los hombres son igualmente capaces por tanto la capacidad es un atributo de la personalidad. La anterior afirmación es solo correcta en cuanto se entiende a la capacidad de goce mas no a la de ejercicio como atributo, pues bien se ha entendido por capacidad de goce la aptitud jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, mientras la de ejercicio requiere la posibilidad de adquirir derechos y obligaciones por sí mismo. En definitiva se es persona desde que se nace, y solo por eso se tendrá capacidad de goce como atributo de la personalidad que no admitirá graduación alguna, es la personalidad jurídica reconocida por el Estado a todos los seres humanos y personas en consideración a razones como la dignidad humana y la evolución del Estado moderno.

En cambio la capacidad de ejercicio no es un atributo de la personalidad, esta no se predica de todas las personas, es por tanto la capacidad de ejercicio aquella connotación o grado de la capacidad civil que añade elementos a la definición de capacidad jurídica, y es que esta personalidad otorgada a los hombres admite a diferencia de la de goce, una graduación, una modulación de esa aptitud para contraer derechos y obligaciones por sí mismo, ello en consideración a la persona.

Que una connotación admita graduación y la otra no, denota la completa delimitación conceptual del término de capacidad, mirándolo así y para tales efectos repitiéndolo; *la capacidad es el concepto jurídico fundamental que determina la medida de la personalidad jurídica reconocida a cada hombre*, mírese entonces cómo una y otra connotación estructuran la definición, toda persona por el hecho de serlo tiene capacidad de goce, ello quiere decir no hay hombre o persona que no sea sujeto de relaciones jurídicas, todas las personas tienen la misma personalidad jurídica (Carnelutti p.158) esto es la manifestación sin graduación de la capacidad de goce, cosa diferente

es entonces que la medida del reconocimiento de la personalidad jurídica varía en consideración a la persona, esto es, capacidad de ejercicio.

Ahora la capacidad jurídica desde la teoría del derecho podrá ser entendida como activa o pasiva, la capacidad jurídica activa se corresponde con aquello que entendemos por capacidad de ejercicio, esto es la aptitud de contraer derechos y obligaciones por sí mismo, quien está limitado en la capacidad de ejercicio tendrá protección al obrar pero no al mandar, así será sujeto de posiciones jurídicas de ventaja como privilegio e inmunidad, pero no será sujeto de posiciones jurídicas de ventaja como la potestad o Derecho<sup>4</sup>. (entendido este último como el adquirido por sí mismo). Así Carnelutti plantea; el niño que puede coger frutos en huerto ajeno autorizado por el dueño, pero no puede autorizar a alguien a recoger en huerto propio (Protección al Obrar pero no al mandar, ausencia de potestad).

La capacidad jurídica pasiva se comparece entonces con el reconocimiento que hace una determinada parcela del ordenamiento jurídico de la personalidad jurídica de una persona para uno o más actos, se ilustra aquí como el que es civilmente responsable por un hecho, podrá no serlo por ese mismo hecho en materia penal, esto se traduce no en la limitación de ser un centro de consecuencias jurídicas sino en la restricción a ser parte en determinadas relaciones jurídicas.

En consideración a qué el legislador reconoce, en mayor o menor medida, personalidad jurídica a los hombres, según Carnelutti son demasiadas las razones que puede aducir un legislador buenas o malas, serán buenas aquellas que atienden a condiciones físicas, mentales o morales, de estas se tienen por lógico no tratar a todos los hombres del mismo modo. Serán malas aquellas razones que construyen desniveles entre los hombres en relación a la raza, la nacionalidad, la religión o las creencias políticas, estas últimas las tacha como aquellas que son razones del retroceso histórico y una desviación del camino de la humanidad.

Por esto puede decirse que, la variación que sufre el concepto jurídico fundamental de la capacidad en Colombia, se da solo respecto del rubro que admite variación, esto es la capacidad de ejercicio, en el reconocimiento de personalidad jurídica para la celebración uno o más actos jurídicos. Todas las personas naturales por hecho de serlo tendremos capacidad (de goce) y el reconocimiento de

---

<sup>4</sup> Hohfeld, W N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. México DF 2001 Fontamara.

nuestra personalidad jurídica variará de conformidad con las consideraciones de orden político o jurídico que el legislador admita.



## CAPITULO II

### EL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURIDICO CIVIL

Es significativo que del primer capítulo entendamos que una de las razones por las cuales el legislador civil ha limitado el reconocimiento de la personalidad jurídica de determinados individuos, ha sido la discapacidad.

Por lo que sigue, hace falta en esta instancia analizar, aunque con extrema brevedad, cada uno de los modelos de la discapacidad<sup>5</sup> existentes, para mejor entender cuáles han sido las consideraciones del legislador en la aplicación de medidas limitativas de la personalidad jurídica. Resaltamos de las existentes al menos las siguientes:

- *Modelo de la prescindencia:* en razón del cual los fenómenos de la discapacidad son atribuidos a visiones antiguas o místicas, castigos de los dioses o brujería.
- *Modelo Médico-Rehabilitador:* entiende la discapacidad como enfermedad, cuyo fin último será entonces la normalización del discapacitado. Según este modelo se crearon a nivel mundial tratamientos de carácter jurídico como la interdicción.
- *Modelo social:* aquí la discapacidad es el resultado de dos componentes; la primera son las barreas del medio, es decir circunstancias de carácter social y la segunda, las características diversas de las personas. Según esta concepción no existiría discapacidad cuando falte al menos uno de los dos elementos.

Pudiera creerse que el legislador del 2009 en la creación de la ley 1306 tuvo en cuenta el modelo médico-rehabilitador, desde luego en manejo de dinámicas de interdicción y sentencias de inhabilitación, de otro lado el legislador del 2019 en consideración al Convenio de personas con discapacidad acoge el modelo social, por lo tanto, pretende eliminar las figuras jurídicas limitativas de la personalidad jurídica de los discapacitados.

---

<sup>5</sup> Ministerio de Justicia. *Curso de capacidad en ley 1996 de 2019*. Para conciliadores. 2020

Parece perfectamente claro que la erradicación de las limitaciones al ejercicio de la personalidad jurídica son instituciones que progresivamente entran en desuso en los ordenamientos jurídicos. En resumidas cuentas, el proceso que hoy por hoy se vive en el orden jurídico de la capacidad, es una elevación de la capacidad de ejercicio de las personas diagnosticadas con discapacidad, de forma tal que los únicos incapaces sean los menores.

Exaltación de los derechos de las personas con discapacidad, acceso a la justicia, libre desarrollo de la personalidad, derecho a la igualdad, adecuado uso del lenguaje, implementación de diseño universal, accesibilidad y ajustes razonables entre muchos otros son las ideas y argumentos que cientos de personas con discapacidad llevaron a las naciones unidas para exigir cambios en la legislación de cada uno de los países miembros, motivados por el ideal de poder tomar por sí mismos sus propias decisiones “Nada sobre nosotros sin nosotros”<sup>6</sup>. Analicemos de manera sucinta la respuesta legislativa de nuestro ordenamiento jurídico en algunas de las figuras jurídicas implementadas en el muy expedito proceso de creación de la ley 1996, veamos:

### *LOS APOYOS*

son una institución jurídica creada por la ley 1996 de 2019 para el reconocimiento de la capacidad legal, (capacidad de ejercicio) facilitando la toma de decisiones de las personas con discapacidad, mediante las cuales no se pretende sustituir la voluntad del apoyado sino aconsejar y facilitar la toma de decisiones, se sugiere para las mismas, personas que conozcan y respeten la historia, gustos y preferencias de la persona con discapacidad.

Estos serán formales o informales, los primeros atienden aquellos que son constituidos vía acto jurídico, dicha solemnidad sugiere que estos se utilizan para aquellos negocios en los cuales ateniendo a su magnitud o importancia la persona con discapacidad requerirá del consejo del apoyo, para la correcta toma de la decisión manteniendo el elemento volitivo del discapacitado. El segundo tipo de apoyo será aquel que no requiere acto jurídico, se concibe entonces para el normal ejercicio de la vida del apoyado, toma de decisiones simples como comprar ropa o tomar el bus.

---

<sup>6</sup> Convención de personas con discapacidad. *CDPD*. Organización de las naciones unidas.

De igual forma las doctrinas defensoras<sup>7</sup> del modelo social han establecido cuatro categorías en relación a la constitución de apoyos:

La primera es la forma independiente o autónoma, por virtud de la cual pueden existir apoyos simples, para facilitar tareas como comprensión o interpretación de textos, esta categoría solo admite para la persona con discapacidad apoyos de carácter informal.

La segunda se refiere a la toma de decisiones con apoyo básica, está es la forma estándar de apoyos, aquí sobre el apoyo recae el deber de lealtad, es una relación que se da en razón de la confianza, el apoyado en la toma de la decisión tiene al apoyo como guía que le aconseja y respetará su decisión.

En último lugar está el estado de codecisión siendo este un sistema de reconocimiento de la capacidad de ejercicio, cuando el apoyado requiere de una forma significativa, pero no existe un apoyo con relación de confianza, como aquellas personas que han estado aisladas por mucho tiempo, para estos casos la pretensión es la constitución de un equipo de codecisiones que nombrado por un tribunal tendrán el deber de conocer la historia y las preferencias de las personas para de esta forma ayudar al proceso de inclusión en la comunidad.

Lo curioso es que dentro de un mismo rubro de la vida de un individuo puede existir la necesidad de apoyos formales e informales, tómesese por ejemplo el aspecto económico de la persona donde decisiones simples como elaboración de presupuestos y gastos de baja cuantía pueden llevarse con apoyos informales, pero la creación de una cuenta bancaria, otorgar testamento, sucesiones o créditos requiere la presencia del apoyo en sentido formal.

Sin lugar a dudas a este punto la constitución de apoyos dentro del sentido negocial resulta cuestionable, y bien las críticas que se han propuesto por parte de la doctrina, es que dichas distinciones y categorías de apoyos son irrelevantes, se plantea a la figura del apoyo como una institución inocua, pues de la lectura que se hace del texto normativo se entiende que sin importar la presencia o no del apoyo, prima la decisión del apoyado incluso en aquellos casos en los cuales su decisión sea contraria a lo aconsejado. Pareciera ser que la consecuencia jurídica que se sigue de evadir el requisito de la presencia del apoyo en actos que requieren al apoyo en sentido formal es la nulidad relativa, lo que es desafortunado a tal punto que no tendrá el apoyo un mecanismo

---

<sup>7</sup> Romero Acevedo Tatiana. *Modelos de conceptualización de la discapacidad*. Ministerio de justicia, Bogotá 2019.

para evitar la formación del negocio, pues, como es sabido la nulidad relativa se constituye para ser pedida por aquel a favor de quien fue establecida.

### *LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS*

Las directivas anticipadas hallaron regulación en el ámbito jurídico negocial con la entrada en vigor de la ley 1996 de 2019, con sano criterio, de la lectura del articulado de la ley referida se entiende que estas son mecanismos en virtud de los cuales, el individuo con discapacidad por sí mismo o con ayuda de terceros da cuenta de una manifestación fidedigna de su voluntad, para que esta sea tenida en cuenta respecto de la celebración de actos jurídicos posteriores.

Corresponde preguntarse ¿cómo es posible, que terceros ayuden en la construcción de la voluntad, que en principio debería ser exclusiva del discapacitado? Conviene distinguir que el legislador del 2019 concibió como posible que los apoyos o personas cercanas al discapacitado, que por sus circunstancias no es capaz de manifestar de forma clara su voluntad, esta pueda ser reconstruida con base en los elementos de su vida personal, gustos, preferencias y decisiones pasadas. Habría que decir también que esta figura no fue incorporada como una estructura de regulación del derecho de los negocios jurídicos, sino que su origen y desarrollo en nuestro ordenamiento tiene un marcado componente en la regulación médica.

La ley Consuelo Devis Saavedra consagra en su artículo quinto numeral cuarto lo siguiente:

*ARTÍCULO 5o. DERECHOS DE LOS PACIENTES CON ENFERMEDADES TERMINALES, CRÓNICAS, DEGENERATIVAS E IRREVERSIBLES DE ALTO IMPACTO EN LA CALIDAD DE VIDA. Derechos: El paciente que padezca de una enfermedad terminal, crónica irreversible y degenerativa de alto impacto en la calidad de vida tendrá los siguientes derechos, además de los consagrados para todos los pacientes:*

*4. Derecho a suscribir el documento de Voluntad Anticipada: Toda persona capaz, sana o en estado de enfermedad, en pleno uso de sus facultades legales y mentales, con total conocimiento de las implicaciones que acarrea el presente derecho podrá suscribir el documento de Voluntad Anticipada. En este, quien lo suscriba indicará sus decisiones, en el caso de estar atravesando una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de*

*vida de no someterse a tratamientos médicos innecesarios que eviten prolongar una vida digna en el paciente y en el caso de muerte su disposición o no de donar órganos.*<sup>8</sup>

Como se observa, esta figura de “documento de voluntad anticipada” es la fuente de la que surge el desarrollo del concepto de directiva anticipada para el régimen civil, estas figuras que pretenden encuadrar la voluntad en un documento para filtrar las consecuencias jurídicas deseadas de los actos posteriores a la suscripción del mismo, tienen un amplio desarrollo en materia médica, obsérvese cómo el ministerio de salud en resolución 1216 del 2015 en su artículo 15; da a entender que los médicos están obligados a respetar las voluntades anticipadas de los pacientes. Más tarde en efecto llega motivada entonces por la CDPD las directivas anticipadas de la ley 1996, con la misma crítica que la doctrina concedora formuló, otrora, a los defensores de la fórmula de documentos de voluntad anticipada y es ¿Cómo el médico de turno, va a saber en casos de urgencias que una persona cuenta con un documento de voluntad anticipada? Cuestión que ubicándola en nuestro objeto de estudio sería ¿Cómo una persona que está próxima a celebrar negocios con un discapacitado va a conocer que este cuenta con una directiva anticipada? Interrogantes que son de gran magnitud en atención a las consecuencias jurídicas desfavorables que se siguen de la desatención de estas directivas, incluso para aquellos que actúan de buena fe.

Las soluciones que se suscitan no parecieran del todo satisfactorias, en tanto se sugiere que sea el discapacitado quien tenga el deber de informar con quien va a celebrar acuerdos que cuenta con una o más directivas anticipadas, o bien que se haga una suerte de registro donde se dé cuenta qué personas cuentan con directivas anticipadas.

Entender el origen de la institución permite vislumbrar cómo una figura, que en principio estuvo consagrada para el área médica se torna una institución del derecho civil, con las consecuencias lógicas que de ello se sigue, pues no resulta coherente pensar que una mutación de una figura pensada para el área de la salud ahora tenga implicaciones tan directas en el patrimonio de terceros, y es esa razón la que hace pensar que quizás esta figura en particular debió repensarse con otras tonalidades. Recordemos que esta institución se fundamenta en pilares como la dignidad humana

---

<sup>8</sup> Ley N°1733 DE 2014 Consuelo Devis Saavedra. Diario oficial de la república de Colombia N°49268, 30 de junio de 2014.

y el principio de pluralismo y resulta adecuado que cuando el legislador va a legislar esferas privadas en un intento de constitucionalización del derecho, es requerida la diligencia adecuada en la sustentación de los instrumentos jurídicos, de forma tal que se logre un equilibrio entre lo deseado y las posibles afectaciones a derechos subjetivos.

## CAPITULO III

### LA REALIDAD JURIDICA

#### *LA VOZ DISCAPACIDAD*

Como se advertía, la voz discapacidad puede ser entendida desde al menos tres modelos, como es natural sugerir, el modelo adoptado hasta 2019 por el ordenamiento jurídico Colombiano fue el modelo médico-rehabilitador, por lo tanto las circunstancias de discapacidad solían ser evaluadas por peritos con conocimientos de medicina, para así, a través de los conocimientos médicos, solicitarle al operador jurídico judicial la consecuencia jurídica del caso, sea la sentencia de interdicción o de inhabilitación.

El nuevo régimen de capacidad civil hace un llamado, para que los operadores jurídicos entiendan de la lectura de la ley, la voz discapacidad no desde el concepto medico tradicional, sino desde el modelo social, esto es un entendimiento que ya no se relaciona con lo patológico sino con un concepto de carácter social que está llamado a desaparecer, en tanto es el Estado el encargado de eliminar las barreras del medio, es decir aquellas circunstancias que ante su ausencia no existirá discapacidad.

Como es natural, el legislador intenta a través del cuerpo normativo implementar mecanismos en virtud de los cuales se eliminen las barreras del medio, los mandatos de optimización reflejados en el artículo cuarto de la ley tienden a la búsqueda del reconocimiento de una capacidad plena en defensa de la dignidad humana mediante la propuesta de un principio básico de accesibilidad, entendido este como el punto de partida para la materialización de la igualdad, al respecto se agrega que los medios para el desarrollo de este principio consisten en adopción de medidas para accesibilidad, tales como:

*Ajustes razonables: “modificaciones necesarias para que una persona ejerza sus derechos y libertad en igualdad<sup>9</sup>”* consagrada como un deber de las entidades públicas y privadas, quienes desde su estructura se verán obligados a brindar toda serie de mecanismos tendientes a facilitar la inclusión de las personas con discapacidad, por ejemplo mediante la implementación de folletos

---

<sup>9</sup> Romero Acevedo Tatiana. *Modelos de conceptualización de la discapacidad*. Ministerio de justicia, Bogotá 2019

contentivos de los procedimientos que sean de fácil entendimiento, contar con interpretes para facilitar la exteriorización de la voluntad, entre otras.

*Diseño universal:* esta medida consiste en la adopción de una política en razón de la cual la arquitectura de las cosas no esté diseñada para un tipo promedio de hombres, esta debe ser de tal forma que no repare en género, edad, estatura o condiciones de movilidad reducida y que frente a la ausencia de alguno de estos se presenten ajustes razonables para subsanar la situación.

En pocas palabras cuando exista un diseño universal y los ajustes razonables coherentes con cada caso no existirán discapacitados, es por ello que el concepto de discapacidad no deberá ser leído al menos legalmente como una situación médica sino como un concepto tendiente a la desaparición, un concepto que adolece además de carga emotiva<sup>10</sup> negativa en tanto tiende a asociarse con fenómenos de discriminación.

La convención de los derechos de las personas con discapacidad del 2006 fue acogida por Colombia mediante la ley 1346 de 2009 y la convención fue ratificada hasta mayo de 2011, esto nos indica que la regulación entra por bloque de constitucionalidad, por lo que se visualiza su especial importancia en el ordenamiento jurídico.

De la lectura de la convención atestiguamos que los cambios son tendientes a identificar a la discapacidad no como una condición anormal sino como una condición del individuo calificada por las barreras sociales, echemos una mirada en rededor, la doctrina defensora de la convención argumenta la importancia de no confundir el hecho de ser titular de acto con el de comprender el acto, destacando la importancia de que el discapacitado comprenda el acto respecto del cual es el titular, que el criterio para diferenciar la capacidad jurídica no debe ser medida o confundida con la capacidad mental, con base en eso argumentan que los motivos para limitar la capacidad de ejercicio no son coherentes, veamos:

- a. *Criterio de condición:* En consideración a un dictamen médico.
- b. *Criterio de resultado:* se piensa que lo que hará lo hará mal.

---

<sup>10</sup> Solano Vélez Henry. *Introducción al estudio del derecho*. Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2017 p.56



- c. *Criterio funcional*: se piensa que no tiene la capacidad mental para tomar sus propias decisiones.

Estos criterios son erróneos porque se aplican solo respecto de las personas con discapacidad y en un segundo momento, porque cuando los no discapacitados toman una decisión estas no suelen estar acompañadas de argumentos racionales que justifiquen su actuar, por el contrario, estas se fundan, las más de las veces, en gustos y sentimientos, por ejemplo, comer comida poco saludable, deportes extremos, el juego, entre otros. El tema que aquí nos interesa es que a partir de la anterior argumentación surge un concepto o teoría que si no es el pilar más importante del modelo social si uno de los más importantes:

*Dignidad del riesgo*: consiste en entender que la autonomía y la dignidad desde su estructura axiológica implican que se puedan tomar decisiones erróneas, en consideración que las circunstancias del mundo nos exponen a todos los seres humanos a relacionarnos en situaciones peligrosas, la dignidad es respetada en cuanto se permite al hombre vivir el riesgo. Todos los seres humanos aprenden a través de la prueba y del error.

#### *CRITICAS DEL MODELO SOCIAL AL PENSAMIENTO JURIDICO CIVIL TRADICIONAL*

La lógica de la tradición civilista ha sido en palabras de los defensores de la CDPD el reconocimiento que consiste en que, solo aquellos que se comuniquen y comprendan las consecuencias de sus actos les será reconocida la capacidad de ejercicio, quienes no, serán incapaces con el agravante de que lo serán no solo respecto del ámbito civil de los negocios jurídicos, que sería lo coherente, sino que serán incapaces en todos los aspectos de su vida, afectando el libre desarrollo de la personalidad. Se tiene como verdad que los discapacitados no son competentes de comprender el mundo que los rodea, por eso el curador ejercerá una capacidad sustraída.

Al respecto la universidad de los Andes ha elaborado en defensa de la CDPD una cartilla denominada “El ejercicio de la capacidad jurídica” que contiene en un apartado en particular contentivo de una serie de mecanismos jurídicos que serían tendientes a la protección de la voluntad y autonomía de los discapacitados, sin la sustracción de su voluntad, entre los mecanismos descritos y desarrollados se encuentran:

- a. *Respecto de la protección patrimonial*: conformación de una fiducia mercantil, constitución de un usufructo, constitución de patrimonio de familia inembargable, partición del patrimonio en vida, mandato con rendición de cuentas especial y la conformación de una S.A.S
- b. *Respecto de medidas alternativas*: Las directivas anticipadas
- c. *Herramientas financieras*: certificados de depósito a término, fondos de inversión colectiva, cuenta débito con tarjeta amparada y cuenta de ahorros.

Todos estos son tendientes a regular aspectos que en esencia son patrimoniales, lo anterior como medida para evitar que las instituciones jurídicas versen sobre elementos volitivos del fuero interno del discapacitado, temas como la castración, el matrimonio, la decisión de tener hijos o de someterse a procedimientos médicos para el tratamiento de enfermedades. Es en este punto donde se retoma la idea del apartado anterior donde se argumenta que no por el hecho de que un negocio o decisión de vida sea tomada por una persona sin discapacidad quiere decir que dicho acto se fundamente en consideraciones racionales, explicaba el Ministerio de justicia y del derecho en la capacitación de conciliadores en temas de discapacidad, que cuando una persona sin discapacidad decide no tomar un tratamiento para curar su cáncer, esta decisión es respetada, pero aquellos casos en los cuales esa misma decisión es manifestada por una persona con discapacidad su opinión se toma por carente de sentido y acto siguiente su representante lo obliga a tomar el tratamiento.

El conocimiento y la experticia para el ejercicio de los negocios, o actos jurídicos debe ser adquirida por las personas con discapacidad en la medida de sus circunstancias, mediando la aplicación de los apoyos y ajustes razonables para que este pueda ejercer libremente su voluntad.

En este orden, si bien lo que se desea es la protección patrimonial, como se manifiesta, existen medidas menos lesivas de la libertad, y de llegar a ser estas necesarias por las específicas condiciones del discapacitado, que se garantice en todo caso que la extensión de las medidas de protección no agrave las decisiones vitales, propias de las circunstancias corporales y decisiones a futuro en ejercicio legítimo de derechos fundamentales.

#### *CRITICAS AL MODELO SOCIAL EN ATENCION AL REGIMEN CIVIL*

Ahora bien, resulta sintomático de la lectura de la ley que en Colombia aborda el nuevo régimen de capacidad, examinar figuras jurídicas, que pretendiendo atender los principios de la CDPD, son

desarrollados de forma escueta, por tanto es posible, desde la lógica jurídica formular determinadas críticas, piénsese en personas en situación de discapacidad que por sus circunstancias se encuentren en la imposibilidad de comprender aquello que los rodea, tal sea el caso de una persona que cae en coma, cómo va a manifestar su voluntad, la explicación respecto del procedimiento de suplir la voluntad del discapacitado es tomado como pernicioso por la convención, no es bien regulado, lo que ciertamente deja un sin sabor pues ello dificulta en la practica la protección patrimonial de las personas que por sus condiciones se ven más afectadas que protegidas por la ley. En efecto, respecto de las críticas e incoherencias que se pueden formular a la nueva ley de capacidad, podemos preguntarnos respecto del tratamiento que se sigue partiendo de la premisa de que se proscriben las sentencias inhabilitarías en tratándose de personas ludópatas o con afectaciones psicosociales que les impiden adecuar su comportamiento, de allí se verifica que por querer proteger y otorgar libertad y garantías a los discapacitados, se elimina una medida que a pesar de restringir un poco el ámbito de libertad, logra mayor beneficio en la protección patrimonial, protección patrimonial que por serlo no choca con el libre ejercicio de la libertad, de los gustos o preferencias, es una restricción que se limita de manera exclusiva a los términos expuestos por el juez en la sentencia, restricción mínima pero en todo caso necesaria, que por el contrario se fundamenta en razones de orden público.

Por todo esto, es posible encontrar que, por el afán legislativo, esta ley que debía ser pensada con especial diligencia, encuentra varios artículos que dejan sinsabores, mírese por ejemplo el artículo 43 que versa de la siguiente manera:

*“Unidad de actuaciones y expedientes. Cualquier actuación judicial relacionada con personas a quienes se les haya adjudicado apoyos será de competencia del Juez que haya conocido del proceso de adjudicación de apoyos.*

*Cada despacho contará con un archivo de expedientes inactivos sobre las personas a quienes se les haya adjudicado apoyos en la toma de decisiones del cual se pueden retomar las diligencias, cuando estas se requieran. En el evento de requerirse el envío al archivo general, estos expedientes se conservarán en una sección especial que permita su desarchivo a requerimiento del juzgado.”*

Este artículo da a entender que el juez de familia conocerá de relaciones laborales de los discapacitados entre muchísimas otras que en principio por competencia no debería, tendrá ahora

una competencia múltiple, de allí que se piensa en el exceso de carga que tendrían los jueces de familia. Es en razón de este tipo de figuras que de la lectura de la ley el buen jurista no queda satisfecho, pues además de este tipo de normas, hay ausencia de normas de procedimiento, ni los notarios ni los conciliadores pueden encontrar sustento en esta ley para conocer el proceder respecto del cual, la misma les exige actuar.

En concreto la ley 1996 toma de fuente al artículo 12 de la CDPD, es en razón de ese artículo que surgió el proyecto de ley en Colombia, para incorporar la regulación colombiana los nuevos temas capacidad, según los argumentos ya expuestos en los estándares internacionales en consideración de:

1. Reconocer la capacidad legal de todas las personas con discapacidad
2. Reemplazar las figuras del remplazo de la voluntad.
3. Incorporación de un sistema de apoyos
4. Reforma procesal y notarial.

Como es posible observar al menos tres de los cuatro componentes fueron aplicados con la entrada en vigencia de la ley. Ciertamente resulta reprochable que esta fue incorporada toda vez las Naciones Unidas sancionaría al Estado por el incumplimiento de la aplicación posterior a la ratificación del tratado, esta es una ley cuyas instituciones jurídicas debieron haber sido pensadas en relación a las particularidades circunstancias del medio. Reconocer la capacidad jurídica a todos los discapacitados es desconocer las condiciones de muchos de los discapacitados, cierto es que el principio de accesibilidad, es decir aquel que se predica como el punto de inicio para garantizar derechos y del desarrollo de los mismos en aplicación de los ajustes razonables, es decir incorporación de todos los cambios necesarios para una arquitectura inclusiva en consideración de la aplicación de un diseño universal, son medidas que son deber del Estado incorporar. No significa que todos los discapacitados, incluso con todas las ayudas y apoyos existentes no se puedan dan a entender, resulta perjudicial para estos, pues, los procesos de construcción de voluntad fidedigna para muchas personas constituyen un gasto más gravoso que no reportaría beneficio en razón de sus condiciones.

Confundir limitaciones de carácter patrimonial que atienden a la protección de intereses supraindividuales, como el derecho de familia y otros, no se deben confundir con la privación de derechos fundamentales como la dignidad humana, el legislador colombiano sí debe diferenciar

que los discapacitados puedan tomar sus decisiones en atención al desarrollo de su personalidad, que las limitaciones que el legislador civil impone no deben tener repercusiones en materia de derechos fundamentales. Es prudente advertir que en todo caso no es coherente exigir una igualdad cuando las relaciones jurídicas que se desarrollen en el común ejercicio, aun con las garantías incorporadas para equilibrar la igualdad de la relación, no son suficientes en consideración del caso en concreto, lo que hace en últimas la ley es confundir el concepto de igualdad aritmética con la igualdad cualitativa, *hay casos en los cuales hay que diferenciar para proteger*<sup>11</sup> y lo es verdaderamente importante consiste en que de esa protección no se vulneren garantías fundamentales. Se confunde además la capacidad entendida como atributo de la personalidad con la capacidad del ejercicio, pues la primera se refiere a la capacidad de goce que todas las personas tenemos y la segunda como ya se advirtió varía en consideraciones que el Estado estime correctas para la protección de sus asociados.

Al respecto el profesor Julián García Ramírez docente de la Universidad de Medellín formula algunas críticas o interrogantes respecto del nuevo sistema, dentro de las cuales me gustaría resaltar:

- a. Qué tratamiento se sigue en aquellos casos en los cuales un mayor de edad sin discapacidad sufre una afectación mental temporal y celebra un negocio que le perjudica.
- b. En tratándose del derecho a equivocarse, qué incidencias se encuentran en relación al tratamiento del error hecho por el código civil.
- c. La conciencia del legislador del 2019 respecto del derecho a equivocarse en consideración al correlativo deber de reparar.

El profesor al respecto de las crítica a la protección de las personas en situación en discapacidad en tres excelentes párrafos señala:

*“Ahora, si bien la ley pretende eliminar la “discriminación” que jurídicamente se les ha dado a aquellos sujetos, mayores de edad, que presentan limitaciones físicas o mentales, toda vez que no pueden celebrar por si solos determinados actos jurídicos, es un yerro considerar que la segregación a la que a diario se enfrentan es un asunto de normativa jurídica, pues la desigualdad*

---

<sup>11</sup> Vélez Vélez Hernán, (20 de noviembre de 2020). *Consideraciones sobre el nuevo régimen de capacidad de personas naturales en Colombia*. Universidad Pontificia Bolivariana

*entre una persona sin limitaciones con aquella que si las posee es un asunto de educación. No significa esto que la ley sea completamente inútil, pues claramente al darle capacidad a las personas con discapacidad se les está permitiendo participar en el tráfico jurídico, lo cual es un gran avance en materia de discapacidad, pero se equivoca el legislador al pretender solucionar una problemática social, como es la discriminación hacia estas personas, con medidas legislativas que lo único que hacen es dotar de capacidad legal a las personas con discapacidad, pero que de ninguna manera tendrán incidencia en la forma como la sociedad percibe y actúa frente a estas personas.*

*Esto demuestra la deficiencia que tiene la ley en relación con uno de los aspectos más importantes que se busca lograr, pues el cambio que se proyecta no solo consiste simplemente en otorgar capacidad, sino también en buscar un cambio social en la manera como la sociedad actúa frente a estas personas.*

*Sostiene el ICBF que la obligación de armonizar la legislación con la CDPD “implica un cambio respecto a cómo la sociedad entiende y actúa frente a las personas con discapacidad”, sin embargo, el aislamiento y la discriminación que sufren las personas con discapacidad no es un asunto que encuentre solución en una norma jurídica, por el contrario, este **es un tema de educación y cultura** que se puede solucionar con una formación y concientización adecuada de la ciudadanía acerca de esta problemática, pero pretender solucionar un asunto netamente social por medio de terminologías legales es absurdo, pues independientemente del tratamiento legal que se les dé, sin educación a la ciudadanía la sociedad los seguirá viendo con los mismos ojos.”<sup>12</sup>*

---

<sup>12</sup> García Ramírez Julián. *aspectos esenciales de la l. 1996 de 2019*. Universidad de Medellín 2020 p. 17

## CONCLUSIONES

El concepto de la capacidad es entonces *la medida de la personalidad jurídica reconocida a cada hombre*, este concepto en el ordenamiento jurídico Colombiano tiene dos connotaciones, capacidad del goce y de ejercicio, con la implementación de la ley 1996 de 2020, el legislador igualó la capacidad de ejercicio de las personas con discapacidad con la de los discapacitados.

La alteración de la capacidad de ejercicio varía desde la teoría del derecho por razones buenas o malas, buenas son aquellas que limitan el ejercicio de la capacidad legal en asuntos de afectaciones mentales, físicas o morales y serán malas aquellas que limitan la capacidad en atención a religión, creencias políticas o la raza.

Todo pareciera apuntar que al menos la limitación del ejercicio de la capacidad legal en la disposición del patrimonio, es consecuente no solo en discapacitados pues también ha sido la ley que en derecho de sucesiones, de familia de derecho laboral restringe el abanico de posibilidades en la disposición del patrimonio de todas las personas sino que es consecuente y adecuado en tanto apunta a la protección del patrimonio de la persona con discapacidad.

Ahora bien que la limitación del reconocimiento de la capacidad jurídica de ejercicio, en atención a la discapacidad, se hace en un primer momento en razón de un cambio de paradigma del entendimiento del concepto de discapacidad de los modelos de la prescindencia y médicos-rehabilitadores a un modelo social, donde se entienda la discapacidad como un concepto tendiente a la desaparición, por comportar elementos discriminatorios de personas con afecciones mentales o físicas.

Que la convención de los derechos de las personas con discapacidad, tiene como principios rectores, la autonomía, la libertad de los individuos con discapacidad y la dignidad del riesgo como desarrollo del principio de la dignidad humana, que la regulación que obliga al Estado a reconocer la capacidad de ejercicio en igual medida a todos los discapacitados, es solo uno de los componentes de la aplicación de una medida de accesibilidad a las garantías para la integración del individuo con discapacidad, en una sociedad asimétrica hecha para un hombre promedio y no para todas las personas sin distinción alguna.

El Afán legislativo, a la hora de implementar la ley 1996 de 2019, para el desarrollo de la plena capacidad de los discapacitados, incorpora de forma escueta instituciones jurídicas como los

apoyos y las directivas anticipadas, figuras que tienen diversos orígenes y desarrollos teóricos, sin embargo, no son llevadas a buen término por el legislador en tanto de ellas quedan ciertas interrogantes sobre su aplicación práctica y su eficacia.

Las críticas que del modelo tradicional civil son coherentes en la medida que llaman la atención sobre el alcance de las limitaciones de la voluntad del discapacitado. Las medidas deberían tender en principio de manera exclusiva a la protección patrimonial de los individuos con discapacidad, y a pesar de ello existen mecanismos menos lesivos de la libertad con los que se puede alcanzar dicha protección y en ningún evento deberían estas medidas tener alcances respecto de las decisiones de vida de las personas con discapacidad, sus deseos, sueños, esperanzas, gustos o preferencias, pues de hacerlo se puede verificar una vulneración a garantías fundamentales.

Es igualmente válido el llamado que hace la CDPD al respeto de las personas con discapacidad, al exigirle a las entidades públicas que cuenten con los medios para garantizar un diseño universal, que de faltar este sean tomadas todas las medidas en ajustes razonables para subsanar la situación.

Entender que la diferencia es un elemento necesario para proteger a las personas, que poner a los discapacitados en un plano de igualdad frente a los no discapacitados, puede ser más lesivo que beneficioso, en tanto no se tiene en cuenta las particulares circunstancias en las que se encuentran los discapacitados, ahora bien, respecto de las limitaciones patrimoniales son coherentes en tanto se desarrollan como medidas de protección.

Finalmente, la inserción al tráfico jurídico de las personas con discapacidad, no es una solución razonable frente al problema de la discriminación de los individuos con deficiencias mentales o físicas. El ejercicio legislativo no es la manera de concientizar, ni mucho menos de educar a la sociedad, equiparar al discapacitado frente al individuo sin discapacidad con la regulación actual y las condiciones sociales del entorno, trae consecuencias tales como prescindir de contratar con las personas con discapacidad, en atención al temor de sanciones jurídicas que existen en principio para protegerlos y que terminan por desmejorar su situación.



## BIBLIOGRAFÍA

Convención de personas con discapacidad. *CDPD*. Organización de las naciones unidas.

García Ramírez Julián. *aspectos esenciales de la l. 1996 de 2019*. Universidad de Medellín 2020 p. 17

Hohfeld, W N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. México DF 2001 Fontamara.

*Ley N°1733 DE 2014 Consuelo Devis Saavedra*. Diario oficial de la república de Colombia N°49268, 30 de junio de 2014.

Ministerio de Justicia. *Curso de capacidad en ley 1996 de 2019*. Para conciliadores. 2020

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed. 2020  
Carnelutti Francesco. *Teoría general del derecho*.

Romero Acevedo Tatiana. *Modelos de conceptualización de la discapacidad*. Ministerio de justicia, Bogotá 2019.

Solano Vélez Henry. *Introducción al estudio del derecho*. Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, 2017 p.56

Vélez Vélez Hernán, (20 de noviembre de 2020). *Consideraciones sobre el nuevo régimen de capacidad de personas naturales en Colombia*. Universidad Pontificia Bolivariana