

La interpretación del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

Juan David Pimiento Osorio

Septiembre 2018

Universidad Pontificia Bolivariana

Facultad de Derecho

Programa Maestría en Derecho

Dedicatoria

Para Mery, especialmente para ella, para Victoria, Adela, Jaime Andrés, Jaime Alexander y para la memoria de Juan de Jesús, a quien no sé si encontraré aquí o en el mas allá.

Agradecimientos

A todos y cada uno de mis directores, quienes de alguna forma participaron en la confección del presente documento, especialmente al Doctor Pedro Osma, quien, desde su conocimiento y aliento, permitió dar la estocada final a esta quimera. A mi mamá quien es y será siempre el motor de mi vida, a la Universidad Pontificia Bolivariana que me ha acogido durante todo este proceso, a todos quienes me concedieron apoyo emocional en esta travesía, especialmente mis hermanos Jaime, Juan y Victoria, mis amigos Willi, Luis Alejandro; Sara Patricia, Milena y Carolina.

Tabla de Contenido

Dedicatoria	2
Agradecimientos	3
Introducción	8
¿Cuál es el valor de las personas?	11
Capítulo 1: La capacidad jurídica.	20
1. Origen y evolución del fenómeno de la capacidad jurídica.	20
1.1. En el Derecho Romano.	20
1.2. En el Código Civil Francés histórico	21
1.3. La capacidad jurídica en la contemporaneidad	24
2. La capacidad jurídica en el ordenamiento jurídico colombiano.	30
2.1. Perspectiva constitucional. Análisis de los artículos 13 y 16 de la CP	30
2.2. Perspectiva del Código Civil.....	33
2.3. Perspectiva de la Ley 1306 de 2009.....	35
2.4. Normas que integraron al ordenamiento jurídico colombiano la Convención.....	36
Capítulo 2: El régimen obligacional vigente en Colombia.	38
1. El derecho de las obligaciones en el ordenamiento jurídico colombiano.	38
1.1. El régimen de las obligaciones en el derecho civil.	38
1.2. El régimen de las obligaciones en el derecho comercial.....	41
Análisis comparativo entre el régimen obligacional civil y comercial.	43
2. Repercusión de la capacidad jurídica en el régimen obligacional vigente en Colombia. .	45
2.1. Cambios en la teoría general de las obligaciones y del negocio jurídico.	45
2.2. Cambios frente a contratos mercantiles en particular.....	46
Capítulo 3: Interpretación del instituto de la capacidad jurídica en Colombia.	53
1. El presupuesto de validez obligacional de la capacidad en el sistema jurídico colombiano.	53
1.1. Discusiones sobre la interpretación del art. 12 de la Convención.	53
1.2. La interpretación del artículo 12 de la Convención para Colombia (Corte Const.).	55
Los ajustes razonables en materia de capacidad jurídica.	59
Proyecto de ley 027 de 2017.	64

2.2. Propuesta para una debida interpretación de la capacidad jurídica.	69
Conclusiones	76
Referencias bibliográficas.....	79

RESUMEN GENERAL DE TRABAJO DE GRADO

TITULO: La interpretación del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

AUTOR(ES): JUAN DAVID PIMIENTO OSORIO

PROGRAMA: Maestría En Derecho

DIRECTOR(A): PEDRO MARIA OSMA GOMEZ

RESUMEN

La investigación aquí desarrollada, gira en torno a la aparente tensión existente, entre el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y las normas de derecho privado vigentes en Colombia, que desarrollan dicha figura jurídica, en cuanto cada una de ellas, responde a finalidades distintas, claramente antagónicas. El problema presentado, se abordó desde el punto de vista normativo, en primera medida desde los antecedentes históricos de la capacidad jurídica, hasta una profunda valoración del instituto en el ordenamiento jurídico colombiano, incluyendo, las iniciativas legislativas al respecto, que podrían significar cambios profundos al sistema de las obligaciones civiles, como también, desde los presupuestos axiológicos del tratado internacional en mención, para con ello, presentar una propuesta de interpretación del artículo 12 del instrumento internacional mentado, que suponga un adecuado sincretismo entre los intereses de la Convención y la naturaleza jurídica propia en Colombia.

PALABRAS CLAVE:

Capacidad jurídica; obligaciones civiles; personas; Discapacidad;
Ajustes razonables

V° B° DIRECTOR DE TRABAJO DE GRADO

GENERAL SUMMARY OF WORK OF GRADE

TITLE: The interpretation of article 12 of the United Nations Convention on the rights of persons with disabilities in the Colombian legal system

AUTHOR(S): JUAN DAVID PIMIENTO OSORIO

FACULTY: Maestría En Derecho

DIRECTOR: PEDRO MARIA OSMA GOMEZ

ABSTRACT

The research developed here revolves around the apparent tension between Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the rules of private law in force in Colombia, which develop this legal concept, in how much each of them, responds to different purposes, clearly antagonistic. The problem presented was approached from the normative point of view, firstly from the historical background of the legal capacity, to a deep appreciation of the institute in the Colombian legal system, including legislative initiatives in this regard, which could mean profound changes to the system of civil obligations, as well as, from the axiological assumptions of the international treaty in question, in order to present a proposal for the interpretation of article 12 of the international instrument mentioned, which implies an adequate syncretism between the interests of the Convention and the own legal nature in Colombia.

KEYWORDS:

Legal capacity; civil obligations; persons; Disability; Reasonable accommodation

Vº Bº DIRECTOR OF GRADUATE WORK

Introducción

La presente investigación se realizó en procura de identificar las condiciones en las que opera el instituto de la capacidad jurídica, bajo la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, para así, ofrecer una interpretación armónica que no desmedre el régimen obligacional privado vigente, ni tampoco los derechos reconocidos al grupo poblacional señalado, obtenidos a través de dicho instrumento internacional.

Surge la necesidad de trasladar la discusión a las lides del derecho privado, para valorar desde su dinámica, las verdaderas consecuencias del nuevo paradigma de interpretación de la capacidad jurídica, siendo allí donde radica la importancia de la presente investigación, pues aborda el problema desde una arista del derecho, que no ha sido desarrollada a lo largo del examen de los derechos de las personas con discapacidad.

Los resultados del estudio presentado, especialmente desde las conclusiones a las que se arriben con ello, son de provecho de los operadores jurídicos en Colombia, pues tendrían un insumo adicional para resolver los casos prácticos, en los cuales la determinación de la capacidad jurídica suponga uno de los problemas consustanciales a la solución por impartir, así mismo la academia se ve altamente beneficiada, pues podrá construir nuevas discusiones alrededor de esa interpretación armónica que se espera alcanzar.

En procura de otorgar una estructura de pensamiento que oriente todo el proceso investigativo, se caracterizó el trabajo bajo un enfoque investigativo de corte cualitativo, en

cuanto su objeto de conocimiento será el instituto de la capacidad jurídica dentro del sistema jurídico, desde su tratamiento en el derecho doméstico como también en el plano internacional, el cual fue abordado desde el método hermenéutico. La investigación respondió a un tipo descriptivo y analítico, pues con ella se especificaron las propiedades fenómeno jurídico tratado, para luego analizar sus implicaciones prácticas de conformidad con la normatividad vigente.

Así mismo se planteó como objetivo general de la investigación: *interpretar el instituto de la capacidad jurídica en el ordenamiento jurídico colombiano a partir del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, el cual fue desarrollado mediante el cumplimiento de los ulteriores objetivos específicos, a saber: i) Describir la evolución histórica del concepto de capacidad jurídica en el sistema jurídico colombiano; ii) Conceptualizar los presupuestos axiológicos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con Discapacidad y iii) Explicar el presupuesto de validez obligacional de la capacidad en el sistema jurídico colombiano.

A partir de tal planteamiento, se evidenció la necesidad de acudir directamente a la norma positiva, como fuente primaria de conocimiento, tanto en el plano nacional como en el internacional, siendo la interpretación y análisis de dichas disposiciones, el insumo básico para esta actividad investigativa, por consiguiente, se hará revisión del Código Civil, las leyes 1306 y 1346 de 2009, la 1618 de 2013 y la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Es también necesario, examinar y valorar, las disquisiciones que sobre la capacidad jurídica, se hayan gestado dentro de la doctrina y la jurisprudencia, en cuanto ambas fuentes secundarias, serían esclarecedoras, sobre la

verdadera interpretación del instituto jurídico, objeto material de la investigación planteada; en menor medida que las anteriores, el derecho comparado será también herramienta para nutrir la postura que se esgrima desde la propuesta, en cuanto permitirá, valorar aristas distintas, a las estrictamente planteadas desde los instrumentos jurídicos, ley nacional y disposiciones internacionales, que rigen en el plexo normativo colombiano. Se tuvo por técnica el análisis de cada uno de los textos contentivos de las fuentes señaladas, la información que se obtuvo se registró en fichas bibliográficas de creación propia, las cuales efectivamente facilitaron la valoración constante de dicho insumo.

¿Cuál es el valor de las personas?

En el dialogo platónico denominado como “*de la naturaleza del hombre*”, Alcibiades junto con Sócrates, llegan a la conclusión de que el ser humano es su alma, y que los demás elementos que le circundan son objetos suyos, a su entera disposición para su desarrollo personal, entre los cuales se incluye su cuerpo. Luego de sentenciar lo enunciado, Sócrates concluye que un hombre virtuoso es aquel que se conoce a si mismo, que conoce su alma, como también las cosas que le comprenden, que como se menciono anteriormente incluyen el cuerpo mismo, y los cuida como acto de preservación propia. Siendo los hombres virtuosos, aquellas personas que tienen la posibilidad de conocer luego a los demás y que en ultimas, podrán llevar las riendas de altas dignidades en la vida en comunidad (PLATÓN, trad. En 1871).

La reflexión llevada por Sócrates junto a Alcibiades es útil para determinar que nos hace seres humanos, pues aunque se trata de algo de enorme valor, las sociedades contemporáneas no suelen tener criterios uniformes al respecto de ello, sirviendo de ejemplo el derecho mismo, en cuanto no es equivalente lo que es una persona del género humano, desde los Derechos Humanos (DDHH) la persona en materia de derecho civil, propia de los ordenamientos jurídicos pertenecientes al sistema de derecho continental y el sujeto de derechos que puede establecer un marco constitucional, tal y como sucede en Colombia, pudiéndose ofrecer confusiones a la hora de tratar elementos propios de cada una de estas categorías, sin establecer previamente un marco general.

En vista que no existe universalmente consenso para determinar lo que es un ser humano, se generaran también discusiones en dicho sentido, sobre los elementos, que desde la conclusión platónica se denominan como pertenecientes al hombre, tal y como sucede frente a la capacidad, refiriendo la misma desde un plano que supera los linderos jurídicos, sino que involucre todas las esferas del desarrollo humano, al respecto, es oportuno realizar una breve descripción histórica del tratamiento dado a la capacidad humana, desde el reconocimiento de la discapacidad como fenómeno social.

En la historia de la humanidad se pueden identificar principalmente tres grandes modelos de abordaje social de la discapacidad, que dan cuenta de los cambios en la sociedad frente a circunstancias de diversidad.

El primer modelo, denominado de *prescindencia*, considera a las personas en situación de discapacidad inútiles para la sociedad, por consiguiente, deben hacerse a un lado, incluso pudiendo ser sacrificados como sucedía en la ciudad estado de Esparta de la Grecia Clásica. Las razones que fundaban dicha posición eran de carácter religioso, pues se consideraba que la discapacidad era un castigo divino. No obstante tal forma de valoración de la discapacidad no es exclusiva de periodos antiguos de la humanidad, se puede tener por referencia lo acaecido en la Alemania Nacionalsocialista, en donde algunas de estas personas eran dirigidas a los Campos de Concentración en vista de su considerable diferencia del modelo ideal de persona que se sustentaba desde su programa ideológico.

Entrada la modernidad, como consecuencia de la germinación de idearios liberales en las principales urbes del planeta, así mismo, frente al creciente interés de rehabilitación

de los heridos de las distintas guerras vividas entre los estados de mayor influencia global, fue afianzándose un modelo distinto para la apreciación de la discapacidad, denominado este como *medico* o incluso rehabilitador, en el cual, no se percibía a la persona con discapacidad como un inútil, sino como alguien fuera de lo considerado como normal, siendo necesaria la intervención médica en procura de otorgarle una curación frente a lo que consideraban un padecimiento. El modelo médico, se desarrolla hacia la normalización de las personas, a través del reconocimiento de la discapacidad como una enfermedad, una circunstancia indeseable que debía ser corregida.

Seria a partir de la reflexión sobre los derechos humanos vivida en los convulsos años setenta, en donde las propias personas con discapacidad reclamarían abiertamente sus derechos, sustentando su gesta en un modelo social por el cual valorar la discapacidad. Tal modelo establece que no existen limitaciones por parte de las personas con discapacidad, sino que es el entorno comunitario, el que no cuenta con las características adecuadas para que todas las personas puedan acceder a los bienes y servicios que le componen, entendiéndose, que es un deber de la sociedad, el procurar medidas positivas para la realización de las necesidades del sector poblacional marginado.

El denominado modelo social, tendría por principal fundamento los derechos humanos, razón por la cual también suele ser considerado como modelo de derechos, siendo en todo caso, la chispa que encendería las voluntades de los estados, para confeccionar la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, instrumento internacional que es objeto de estudio de la presente disertación.

Se reconoce fácilmente, que la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, no desarrolla exclusivamente preceptos de carácter normativo, sino que responde en cierta medida el cuestionamiento previamente entablado, ¿Qué es un ser humano? En cuanto la discapacidad, no podría ser un criterio que impida a una persona serlo, y consecuentemente, un factor que lo lleve a disfrutar un menor número de derechos. Pues se estiman, que los derechos, si bien no son el ser humano en sí, son cosas que le pertenecen y ayudan a desarrollarse.

Pero, la valoración dada a la capacidad desde la Convención valdría para reflexionar sobre esta, refiriéndose a la capacidad, especialmente la jurídica y los seres humanos, en el siguiente sentido: ¿es tan solo una cosa a disposición de los hombres, o efectivamente es un elemento ligado al alma? y en cualquiera de los dos sentidos si existe una única capacidad, o por el contrario múltiples de ellas.

Los cuestionamientos precedentes, dan cuenta de las significativas implicaciones de carácter supra jurídico, que se dan alrededor de la capacidad de las personas, así por ejemplo la ética y la política, resultan implicadas en el examen jurídico que se hace sobre la prerrogativa de la capacidad jurídica; bajo la égida de la diversidad, que es la causa que existiera distinción legal entre unos y otros sujetos de derecho.

Será entonces la forma en que se decida afrontar la diversidad, la que cimiente el concepto de capacidad jurídica que se quiera utilizar como sustento de una teoría u otra, pues se tiene que ante la concepción civilista clásica sobre la capacidad jurídica, la

diversidad no es más que una situación anómala, que en procura de la preservación de un orden de cosas, deberá suplir hasta tal punto, que se entienda que el individuo diverso, no tiene las mismas condiciones para vivir en sociedad; en contraposición, la legislación internacional, ya vigente en Colombia, ve a la diversidad como una situación natural al ser humano, que de ninguna manera es suficiente para distinguir jurídicamente a los individuos, en cuanto si acaso el diverso se halla en dificultad de pertenecer a la sociedad, es responsabilidad de esta garantizar los medios para que este, pueda vivir en comunidad, sin suprimirlo de ninguna manera.

El derecho no es suficiente para determinar cuál de las dos posiciones es correcta, pues él solo reduce contingencias, no una medida absoluta sobre lo que es bueno, siendo entonces necesario, abordar otros mecanismos de búsqueda de la verdad, para asumir entonces una posición crítica que acerque a quien interpreta a una más completa solución. De acuerdo con lo anterior, tanto la ética como la política resultarían idóneas para determinar cuál es la postura que ha de ganar ante la tensión propuesta. En cuanto a la ética, esta conduciría a señalar cual es la correcta forma de asumir la diversidad, por su parte la política, garantizaría encontrar la manera eficiente en que la sociedad conciba la sociedad.

Una vez se haya efectuado un análisis ético y político sobre el valor de la diversidad, podría consecuentemente hallarse cuál es, desde esos dos puntos de vista claro está, cual interpretación legal primaría sobre la otra, obteniendo así elementos de juicio más robustos, que permitan una vez se finalice la labor investigativa, ofrecer una respuesta correcta ante la valoración de la capacidad jurídica en el derecho doméstico.

Por otra parte, el someter la cuestión investigada bajo los baremos de la ética y la política significaría también, que surgieran preguntas que dudaran sobre lo correctas que puedan ser ambas posiciones, existiendo un alto grado de probabilidad, que se teorice sobre la inequidad de ambos instrumentos legales, pues en razón a la postura ética y política que se asuma, la ley misma resultaría insuficiente para abordar los compromisos sociales ante la diversidad. De igual manera, la utilización seria de las medidas señaladas, daría la necesidad de reflexionar sobre la vida, la dignidad, la solidaridad y la responsabilidad, puesto que la situación por afrontar alcanza magnitudes mucho más altas. Identificadas las implicaciones que tendrían estudios éticos y políticos sobre el problema planteado, se ofrecerá a modo de ejemplo, una construcción ética que destensaría un poco la discusión, ello sin pretender dar solución definitiva al problema, sino en búsqueda de enunciar con un mayor grado de certeza, que existe una posibilidad real de gestar disertaciones con los tintes ya identificados, ante el tema de debate propuesto.

Sean pertinentes las reflexiones alcanzadas por el filósofo Giorgio Agamben, a través de los múltiples tomos de su obra HOMO SACER, toda vez que en ellos ofrece dos estadios de vida distintos, producto de la categorización humana a través de la ley. Particularmente nos ofrece los conceptos de vida calificada y de nuda vida, los cuales resultan plenamente adecuables a la discusión que sobre la diversidad suscita, el reconocimiento de la plena capacidad jurídica a partir del derecho internacional.

Para (AGAMBEN, 1998) la vida calificada, es aquella reconocida por el ordenamiento jurídico, la que supera la mera esfera biológica de los individuos y que trae consigo, el reconocimiento de derechos en relación a la condición de ser humana; en cambio, la nuda vida, es aquella que bajo las mismas condiciones jurídicas que la anterior, se ve disminuida en todo o en parte, de las prerrogativas jurídicas que le hicieron una vez calificada y que le reducen, de cierta manera, al valor meramente biológico del individuo, este como un ente a merced absoluta del estado. En su texto, la nuda vida es la que le merece a las personas sometidas a los campos de concentración y exterminio nacionalsocialistas, vigentes en el desarrollo de la segunda guerra mundial, en donde a través de la figura del estado de excepción, el estado, representado en ese caso como la voluntad de un solo individuo, el Fürher, conseguía despojar a las personas de su condición humana, llevando a estos, a ser no más que meros entes a su merced.

Si bien el ejemplo servido por Agamben lleva al extremo las consecuencias de la biopolítica que pueda darse en un estado, es útil para comprender la diferencia entre concebir a un individuo en un pleno de derechos, a hacerlo en una versión reducida del mismo. Lo anterior es palpable en la primera concepción de las personas con discapacidad mental absoluta frente a su derecho a la capacidad jurídica, en el plano del derecho nacional, ello en cuanto, en el sistema civilista tradicional de la capacidad, se asume que la condición biológica del individuo es tan compleja, que suprime la capacidad de estos a tomar sus propias decisiones, es decir que se dispensan estos como seres útiles para la construcción de la sociedad, seres apolíticos desde el concepto del zoon politikon aristotélico, toda vez que ellos, jamás podrán vivir como miembros activos de la

comunidad, siendo relegados en el caso concreto, a expresarse tan solo a través de otros, quienes no necesariamente manifiestan su voluntad, solo la complementan, al considerarse que ella no está del todo presente en ellos. En cambio, el concepto jurídico internacional, asume que estas personas merecen los mismos derechos, materialmente hablando, que los demás, en cuanto la diversidad como condición natural al hombre, obliga a la sociedad a asumir su existencia, ofreciéndoles ayudas de consejería, pero jamás suprimiendo su voluntad, a través de lo que se ha denominado como el derecho a errar, es decir que las personas con discapacidad también tienen la posibilidad de cometer sus propios errores, afrontar sus consecuencias y por ende, trazar un plan de vida acorde a sus deseos e intereses.

La previa disertación, ofrece un canon sobre lo que es correcto, asumiendo que la preservación de la vida calificada es el ideal de cualquier nación y que su desconocimiento en todo o en parte, da lugar a una nuda vida y por tanto, a una categorización de los seres humanos, que en últimas, lleva que a las personas de inferior categoría, se les de puestos en condiciones reducidas que a los demás, haciendo este último escenario como indeseable, esta postura ética llevaría a proscribir la condición civilista tradicional y a recibir con los brazos abiertos, la que desarrollan los instrumentos internacionales; el enfoque ético entonces, conseguiría una mayor profundidad en el abordaje que se dé a la cuestión de la capacidad jurídica, porque en últimas conseguiría, una más amplia concepción de lo que se debería proteger a través de la ley.

De acuerdo con la posición enunciada, una persona en sentido natural no dejaría de serlo en el evento que tenga una representación jurídica distinta, pero ello no significa que una diversidad en dicho sentido no cause degeneración en el individuo y por consiguiente, lo despoje de la dignidad que realmente merecería, reduciéndolo tan solo una existencia biológica, impedida para actuar en sociedad.

Si bien se manifestó que el derecho es insuficiente para dar respuesta a un interrogante filosófico, si es una herramienta adecuada para mejorar las condiciones de vida de las personas, brindándoles mayor valor, que el que merecerían desde su propia condición biológica, permitiéndoles en ultimas un mayor desarrollo personal. Sea este el valor de la discusión alrededor de la capacidad jurídica de las personas.

Capítulo 1: La capacidad jurídica.

1. Origen y evolución del fenómeno de la capacidad jurídica.

1.1. En el Derecho Romano.

La capacidad jurídica en el Derecho Romano, no respondía a los mismos criterios configuradores que en la actualidad, encontrándose altamente ligada a conceptos de libertad y posición social, que hacen que su tratamiento merezca una atención especial.

Frente a la libertad, la capacidad jurídica de una persona puede variar si esta era esclava o no, así por ejemplo, los esclavos no tenían la facultad de ser propietarios de bienes, siendo estos de propiedad de su amo, entendiéndose entonces que los esclavos no contaban con plena capacidad de gozar derechos, tampoco les era dable obligarse por medio de contratos ante terceros, no contaban entonces con capacidad de ejercicio, pudiéndose obligar exclusivamente a prestaciones naturales carentes de ejecución judicial, no eran realmente personas desde el derecho civil, sino meras cosas a favor de quien detentaban la facultad de administrarlos que era su amo. Sin embargo, si tenían la posibilidad de representar ante terceros a su dueño, siempre y cuando mediara autorización del último, siendo claro que la figura de la capacidad respondía a criterios prácticos en cuanto a la regulación del tránsito jurídico (PETIT, trad. En 1910).

Si la persona no era esclava, es decir si contaba con libertad, su capacidad en todo caso podría variar de acuerdo a diferentes condiciones, siendo la categoría personal con mayor número de prerrogativas a su favor, la condición de ciudadano, quien era la persona

que contaba con todas las atribuciones que el derecho privado y el de orden público le concedieran, no así sucedía con quienes no fueran ciudadanos, sea porque se tratara de extranjeros, o libertinos (personas a quienes se les concedió la libertad de acuerdo a las leyes formales) que carecían de ciudadanía.

La capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, también se restringía en Roma de acuerdo con la posición de la persona en su familia, en primer nivel se hallaban las personas denominadas como *sui juris*, quienes efectivamente contaban con plenas capacidades en el escenario negocial, siendo su contrapartida, las personas en situación de *alieni juris*, que significaba que sus capacidades estaban sometidas a la voluntad de terceros.

Eran personas *alieni juris*, los hijos no emancipados frente al paterfamilias, la esposa frente al jefe de familia cuando se dieran justas nupcias con manus y aquellas personas libres bajo la autoridad de un tercero libre, bajo la figura del *mancipium*.

1.2. En el Código Civil Francés histórico

En marco del bicentenario de la expedición del Código Civil Francés, denominado como Código Napoleónico, al haber surgido formalmente bajo la orden del emperador francés en el año 1804, (FERNANDEZ, 2005) señalo, al respecto de las nociones fundamentales de dicha norma, especialmente en lo que corresponde al tratamiento dado a la capacidad que:

El libro primero dedicado a las personas contiene básicamente la regulación de la capacidad y goce de los derechos civiles para cualquier ciudadano francés, aun cuando restringe el mínimo el derecho de las mujeres; en efecto, al padre de familia y al esposo se le atribuye un lugar preponderante para garantizar el orden en el seno de la familia. Solo el padre tiene el Derecho de Potestad pudiendo impedir el matrimonio hasta los 25 años de los hijos varones y hasta los 21 en las mujeres, aun cuando tuvieran autorización de la madre. El marido tiene el deber de mantener a la mujer que se ocupa del hogar, no pudiendo esta última contratar ni disponer de los bienes sin consentimiento del cónyuge, ni presentarse a juicio como demandante sin su autorización.

El mismo libro primero desarrolla un sistema de guardas para los menores de edad, desarrollado a partir de las figuras jurídicas del poder paternal, la emancipación y la tutela, como sistema sustitutivo de la capacidad para aquellas personas que se encontraban legalmente impedidos a ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismos.

En lo que respecta a personas mayores de edad, que por circunstancias naturales, se percibía que no contaban con la suficiencia para ejercer por sí mismos sus derechos, según (MUÑOZ, 2008) el Código Civil Frances, determinaba que:

...la interdicción de los mayores “en un estado habitual de imbecilidad, demencia o furor”. La interdicción del imbécil o del demente—cuya suerte (siempre vinculada a la conservación de sus bienes) interesaba solamente a su familia- sólo podía

producirse a instancias de un pariente. El ministerio público debía actuar en caso de “furor” y de inacción de los parientes. El tribunal civil decidía la interdicción (o la asistencia obligatoria de un consejo para ciertos actos), previo dictamen de un consejo de familia y del interrogatorio de la persona concernida. Al interdicto se le designaba un tutor y se le asimilaba a un menor. La mujer podía ser tutora de su marido, sujeta al control del consejo de familia, “resguardo contra la inexperiencia de las personas de ese sexo” según Bertrand de Greuille. Para evitar una “economía sórdida” por parte de una familia indigna, los ingresos del interdicto debían destinarse esencialmente en “aliviar su suerte y acelerar su recuperación” (art. 510).

Las circunstancias de incapacitación precedentes generaban efectos frente a la forma y consecuencias de la celebración de negocios jurídicos con incapaces, encontrándose a la capacidad como un criterio de validez para obligarse, en el mismo sentido del expresado en las codificaciones americanas surgidas del Código Civil Frances, el cual se abrió paso a través del trabajo del jurista Andrés Bello. Debe resaltarse en cuanto a las consecuencias señaladas, la correspondiente a la posibilidad de anulación de los actos jurídicos realizados por incapaces, que le fueran lesivos a estos, celebrados sin la observación de las formalidades legales existentes. Al respecto (FERNANDEZ, 2005) apunta que:

Por descontado, en América Latina el Code civil de Napoleón apareció como el símbolo de la Revolución, el producto del siglo de las luces. La adopción de un Código Civil a la imagen del modelo francés sirvió para afirmar la independencia de los nuevos Estados. Como se ha indicado, bajo la influencia de Andrés Bello varios códigos de América Latina adoptaron una posición ecléctica como el modelo

francés: de una parte, el respeto a las normas del Derecho español en materia de familia y, de otra, una fuerte influencia individualista en materia patrimonial. Así, el Código Civil chileno, redactado por el propio Andrés Bello, se inspiró en materia patrimonial intensamente en el Código francés. Mas la influencia del Code no se redujo a este importante instrumento legislativo. La doctrina y jurisprudencia de la Corte de casación francesa tendrán también un impacto importante durante el siglo XX.

Para el caso colombiano, la influencia es notable, incluso (FERNANDEZ, 2005) considera que el legislador colombiano tan solo se limitó a reproducir a pies juntillas, en su Código Civil, aun vigente el día de hoy, la obra de Andrés Bello, siendo por consiguiente necesario valorar el Código Civil Francés histórico, al momento de buscar una omnicomprensión de la capacidad jurídica.

1.3. La capacidad jurídica en la contemporaneidad

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, reivindica las garantías que merece dicho grupo poblacional específico, a través de un conjunto de obligaciones a cargo de los Estados parte, para que estos, en procura de dicho cometido, establezcan adecuadas condiciones fácticas y jurídicas que realicen sus derechos, entre ellas, se tiene la proscripción absoluta de cualquier medio de discriminación referida a criterios de discapacidad, incluyendo, cualquier mecanismo sustitutivo de capacidad de persona en la condición referida.

Colombia al asumir la Convención a través de la ley 1346 de 2009, asumió como principio lo anterior, sin embargo, todo su sistema de derecho obligacional se sustenta en el reconocimiento de la capacidad como criterio de validez de los negocios jurídicos, estableciendo además, una serie de sanciones y mecanismos paliativos de la falta de esta, que no son otra cosa, que todo un esquema sustitutivo de la capacidad para aquellas personas de condiciones diversas de lo que se denomina normalidad en materia de capacidad de obligarse.

El anterior condicionamiento llevaría a pensar de manera preliminar, que las normas jurídicas que contemplan la posibilidad de sustitución de capacidad se encontrarían tácitamente derogadas, inaplicables para un caso concreto, en virtud de la categoría constitucional que merecen las normas contenidas en el bloque de constitucionalidad, sin embargo, tal razonamiento llevaría a mutilar el sistema tradicional obligacional contenido en la norma sustancial civil por excelencia, puesto que la convención, no ofrece una salida real a la sustitución de la capacidad, ofreciéndose entonces, un abultado vacío jurídico en materia de obligaciones, que en definitiva, pondría en riesgo todo el flujo jurídico nacional. En todo caso, dicha solución tampoco resulta del todo correcta, toda vez que el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, concebido desde la misma convención, ha considerado como insuficientes, modificaciones que no proscriban totalmente, medidas sustitutivas de la capacidad de las personas objeto del instrumento internacional, tal y como lo establece (BALBOA, 2014) al afirmar que:

Esta no puede consistir en una adecuación formal y terminológica, sino en una profunda revisión que haga efectiva la capacidad igual que el resto de los ciudadanos, que el texto de

la Convención proclama, y que posibilite, frente al modelo de guarda, un sistema de provisión de apoyos, dúctil, individualizado, temporal, y adecuado cada decisión a cada situación específica. Es relevante como en este documento de observaciones, el Comité se empeña en subrayar que determinadas adaptaciones no podrán ser admitidas como coherentes con el texto del artículo 12, y, especialmente, determina que no será acorde, es decir, que no cumplirá lo dispuesto en este precepto, un texto legal, o una modificación del vigente, que mantenga instituciones en las que opere un régimen de sustitución de la voluntad (p. 26).

La especulación señalada en el párrafo anterior, referida a una posible crisis legal frente a un tema de alta envergadura como lo es la discapacidad, se sustenta en la existencia del sistema de validez de los actos obligacionales ejecutados por las personas, contenido en la norma sustancial civil, específicamente en los artículos 1502 a 1504 del Código Civil, en conjunto con la ley 1306 de 2009, en la cual se aborda la discapacidad mental, situación que comprende el espectro de la discapacidad, como un desperfecto de capacidad jurídica y por tanto una medida reductora de los derechos de las personas con discapacidad.

Existe claramente, una tensión entre el régimen obligacional tradicional y uno que contenga los lineamientos de la Convención de Nueva York, pues definitivamente ambos responderían a principios excluyentes el uno del otro, siendo a partir de allí, la necesidad de establecer una interpretación adecuada del régimen de las obligaciones ante estas nuevas circunstancias.

El inciso segundo del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, establece que los estados parte garantizaran el reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones entre quienes tengan discapacidad como quienes no, tal mandato generó un número significativo de discusiones a lo largo del desarrollo de la Convención, en cuanto para algunos de los estados que participaron en dicho proceso, no podía concebirse la equiparación de la capacidad jurídica, en cuanto se desprotegería en dicho escenario, al sector poblacional objetivo del eventual instrumento internacional, contrario a ello, quienes defendieron la permanencia del artículo en cuestión, expresaban que las personas con discapacidad deben ser verdaderos partícipes de las decisiones más importantes que se tomen en sus vidas y que por ello, su voluntad no puede ser sustituida de plano, sino que lo que requieren en verdad es apoyo en la asunción de una circunstancia cualquiera, sea cual fuere la magnitud de esta, así como lo manifiesta (GONZALEZ, 2010) al expresar que: “Las personas necesitan asistencia en la toma de decisiones, incluso algunas personas requieren un alto nivel de asistencia, pero eso no significa que una persona pueda ser excluida” (p. 59).

Sorteada la disputa previa, se concluye que el artículo referido, propende por la igualdad de la capacidad de ejercicio entre todas las personas, especialmente para aquellas quienes tengan discapacidad, procurándose por la implantación de un sistema de apoyos en la toma de decisiones, que proscriba cualquier mecanismo de sustitución de la capacidad, como sucede con la interdicción en nuestro ordenamiento jurídico. Posición aceptada por una mayoría significativa de los estudios previos revisados, en cuanto se entiende tal escenario jurídico, es la consecuencia directa de la adopción de la Convención dentro de cualquier ordenamiento jurídico, circunstancia que prevalecería, por su contenido de derechos

humanos y por su eventual equiparación al grado constitucional mismo. Así mismo una de las posiciones claras en el trabajo investigativo alrededor del tema de investigación, es la incompatibilidad del tratamiento dado históricamente a la capacidad jurídica, frente al postulado del artículo 12 de la Convención, el cual es piedra angular de la misma, volcando de esta manera, los sistemas obligaciones que establezcan como criterio de validez negocial, una categoría especial de capacidad jurídica en relación con las condiciones psicológicas de la persona contratante.

De acuerdo a lo anterior se asume que no solo se modificaría la sanción de nulidad absoluta por incapacidad absoluta y el régimen de interdicción, sino todo un cumulo de circunstancias que en conjunto, ofrecen la plataforma contractual de índole privado, de manera similar, se ha afrontado por la doctrina española dicha situación, particularmente (ZORRILLA, 2014) expresa que: “Este cambio de mentalidad o fenómeno al que asistimos: la autonomía de la persona con discapacidad, está destinado a producir cambios sustanciales en nuestro ordenamiento jurídico privado”

Bajo las dos premisas anteriores, se desarrolló la presente investigación, así mismo, se adoptó como teoría de aproximación científica del derecho, el positivismo jurídico, especialmente desde la visión del derecho que expone el jurista H.L.A. Hart, en su obra *El concepto del Derecho*, en conjunto con su *postscriptum*, en el que responde en parte, a las críticas planteadas por el también jurista, Ronald Dworkin, a su teoría del derecho. El marco de referencia previo, permite establecer que el derecho es un complejo de reglas, que por su naturaleza pueden diferenciarse en tres grandes tipos, las primarias, las secundarias y de adjudicación, siendo las primeras aquellos mandatos prescriptivos de acciones u

omisiones a cargo de las personas, por su parte las secundarias permitirían modular las reglas primarias, sea a través de la voluntad particular, como sucede constantemente en el derecho privado, o mediante la intervención de una figura estatal que para un caso concreto crea derecho para la comprensión de un fenómeno social específico, por último se tiene que las reglas de adjudicación serán aquellas facultades estatales tendientes a garantizar el respeto por el orden jurídico imperante, es decir la norma sancionatoria. Las anteriores serán identificadas como derecho solo en el escenario que se adecuen a la norma de reconocimiento que impere en un sistema jurídico concreto, la cual existe para procurar dar mayor certeza sobre lo que deba entenderse como derecho, advirtiendo en todo caso que no es absoluta, sino menos incierta que otros modelos de determinación de derecho.

Del *positivismo suave* planteado de H.L.A. Hart en los dos escenarios dogmáticos mentados, se tiene también por regla general, es decir que en la mayoría de los casos, el operador judicial conseguirá efectuar un ejercicio de subsunción simple de las normas jurídicas vigentes para conseguir la solución de la situación concreta que le fuere planteado, pero que sin embargo, existen eventos denominados *caso difíciles*, que lo son por no haber sido originalmente advertidos por el derecho, en donde el juez de manera discrecional, mas no arbitraria, decidirá de acuerdo al conocimiento de su ciencia, partiendo del precedente judicial y dará una solución exclusiva al caso denominado como difícil, sucediendo esto por la propia textura abierta del derecho, pues este no puede abarcarlo todo, correspondiendo la decisión de lo que se escape de él, al operador judicial, sin embargo tal decisión se tomaría siempre bajo un consenso inmerso en el sistema jurídico del que se hable, circunstancia vital para el teórico señalado, en cuanto que: “tal consenso es de vital importancia si se tiene que evitar la incoherencia de las decisiones de los jueces consideradas en su totalidad,

y si se considera al Derecho como una guía coherente para los ciudadanos que les capacitará para coordinar sus actividades y comportamiento” (PARAMO, 1988).

Por su parte el (COMITÉ DPD, 2016) la define como: “La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin”

2. La capacidad jurídica en el ordenamiento jurídico colombiano.

Como fue establecido previamente, la figura de la Capacidad Jurídica goza de un amplio desarrollo histórico desde el sistema del derecho continental, al tratarse de uno de los pilares sobre los que se sustenta el régimen de las obligaciones, esto es, la forma en que las personas establecen relaciones jurídicas entre sí, tendientes a crear, modificar y extinguir derechos a través de obligaciones entre sí. Consecuencialmente a ello, el ordenamiento jurídico colombiano, ofrece diferentes perspectivas sobre las cuales valorar el fenómeno jurídico en comento, siendo necesario su distinción para efectivamente establecer una acertada interpretación del mismo.

2.1. Perspectiva constitucional. Análisis de los artículos 13 y 16 de la CP

Los artículos 93 y 94 de la Constitución Política de Colombia, señalan la gran extensión de la constitución misma, en cuanto indican claramente, que la norma superior en Colombia, no se limita exclusivamente a su articulado, sino que esta trasciende a través de

los tratados internacionales y las prerrogativas que por su naturaleza, complementan los derechos estipulados desde la Constitución.

Sera desde la premisa previa, sintetizada en el apotegma que la Constitución desarrolla situaciones jurídicas desde su conjunto, a pesar de no contar con declaraciones textuales de tales situaciones, que se concibe que la carta magna, efectivamente apuntala criterios sobre los que se debe interpretar la capacidad jurídica, especialmente en cuanto, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en efecto es un elemento integrante de ella.

El artículo 13 constitucional, que contiene el derecho de igualdad, es claro al mencionar que desde la ley, todas las personas gozaran de los mismos derechos, libertades y oportunidades, impidiéndose cualquier clase de discriminación, que pueda significar una desventaja de algún grupo poblacional especial, como consecuencia de una disposición legal. Así mismo, el inciso tercero de la norma bajo examen presenta el principio de discriminación positiva, que permita al Estado asumir actos materiales, tendientes a mejorar las condiciones de personas vulnerables, en búsqueda que los mismos gocen de un mayor grado de realización de sus derechos. La prerrogativa fundamental será entonces la medida que permita determinar que el derecho a la capacidad jurídica deberá ser igualitario para todas las personas, incluso a pesar de la situación de discapacidad en la que se encuentren. A pesar de ello, en el ordenamiento jurídico colombiano, existe un tratamiento distinto de dicho derecho para las personas con discapacidad mental, en cuanto el enfoque en que se trata la capacidad jurídica se sustenta principalmente en las obligaciones y no, en los derechos humanos de quienes se congregan en ellas. Sera necesario establecer si los

mecanismos sustitutivos de la capacidad, propios del sistema civilista de la capacidad, son respetuosos del derecho constitucional de la capacidad jurídica, al ser una medida de discriminación positiva, o si, por el contrario, lesionan el núcleo esencial del derecho en concreto.

Como ya se mencionó en el aparte dedicado a describir la forma de comprender la capacidad jurídica en el Derecho Internacional, dicha figura jurídica, se entiende como un derecho humano, que no puede desarrollarse de manera distinta, entre las personas con y sin discapacidad. Lo anterior, si bien responde a múltiples razones de carácter jurídico, sobresale para efectos del presente estudio constitucional, aquella sustentada en respetar la diversidad de los seres humanos, condición, que se refleja, de acuerdo con los antecedentes que dieron origen a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en la esfera de la capacidad, la cual incluye claramente la capacidad jurídica de ejercicio.

El sentido de la convención es que todas las personas desarrollan su capacidad jurídica de obrar, la posibilidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, de forma particular, atendiendo a sus condiciones especiales de vida, pero que ello no significa que no puedan hacerlo por sí mismos, aunque excepcionalmente requieran del apoyo de terceras personas, en cuanto lo anterior redundaría en la posibilidad que deben tener las personas con discapacidad de tomar sus propias decisiones. Se resalta que más allá de referirse a las personas con discapacidad, lo que realmente reivindica la Convención, es el respeto por la diferencia, incentivando a que desde la última, todos consigan su desarrollo personal. Tal constructo haya cabida en Colombia, desde el artículo 16 de la Constitución, que contiene

el derecho al libre desarrollo de la personalidad, puesto que constituye el valor especial que se da a la diversidad individual, la cual permite a las personas, autodeterminarse de acuerdo con sus propias resoluciones, como lo sería también, la forma especialísima en que consigán los individuos ejercer sus derechos y contraer obligaciones.

Los elementos previamente descritos, se correlacionan con la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con Discapacidad y demás instrumentos internacionales que le complementan, que efectivamente hagan parte del ordenamiento jurídico y nacional y pertenezcan de alguna forma el bloque de constitucionalidad, consolidándose así como la perspectiva constitucional desde la cual se valora la capacidad jurídica.

2.2. Perspectiva del Código Civil

El sistema negocial vigente en los ordenamientos jurídicos de tradición continental, o provenientes del denominado derecho continental, guardando las debidas proporciones, fundamentan la capacidad negocial de las personas, bajo el atributo de la personalidad denominado como capacidad jurídica.

Se entiende por capacidad, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2017) como “la cualidad de capaz, capacidad intelectual” así mismo, la RAE despacha una serie de definiciones correspondientes a la ciencia del derecho, encontrándose que se entiende por capacidad de obrar la “aptitud para ejercer

personalmente un derecho y el cumplimiento de una obligación” y para la acepción de la capacidad jurídica, propiamente dicha, se establece que es la “aptitud legal para ser sujeto de derechos y obligaciones”.

Del barrido conceptual previamente enunciado, puede aseverarse, que de acuerdo con la RAE, la capacidad es una facultad inherente a la persona humana de carácter intelectual, que le permite al individuo quien la detenta realizar una actividad específica, se es entonces capaz de hacer algo, por su parte, desde una aproximación genérica del derecho, se establece que la capacidad, deriva en ser capaz de ejercer un derecho o contraer una obligación.

Al respecto de la capacidad jurídica, su expresión más simple es desarrollada por el Código Civil, en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, que si bien no la define de forma explícita, genera una norma jurídica mediante sus artículos 1502 y subsiguientes, que permitirían definir exactamente la naturaleza del fenómeno jurídico en comento y especialmente, la forma en que el mismo opera en el tránsito jurídico.

El artículo 1502 del Código Civil, señala los requisitos que deben concurrir en una manifestación de voluntad de una persona, para que la misma genere efectos obligaciones, es decir, para que pueda crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas. El artículo enunciado señala específicamente, que para que una persona se obligue, deberá ser legalmente capaz.

El artículo inmediatamente siguiente al referido, es decir el 1503 de la norma sustancial civil por antonomasia, señala una presunción de hecho, consistente en que se reputara capaz toda persona, salvo la misma se encuentre en una excepción establecida previamente por la ley. Y es frente a dichas excepciones de carácter legal, que efectivamente surge la discusión alrededor del alcance de los derechos de las personas con discapacidad, especialmente aquellas que se encuentren en situación de discapacidad mental o semejante.

2.3. Perspectiva de la Ley 1306 de 2009.

Si bien es el Código Civil, la norma que diferenció primigeniamente a las personas con discapacidad mental, de las que no se encuentran en dicha situación, tal acto de discriminación permaneció en el ordenamiento jurídico colombiano, a través de la ley 1306 de 2009. Debido a que si bien se incluyó un lenguaje incluyente en tal disposición, no se efectuó una valoración del alcance del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con Discapacidad, sino que simplemente se instituyó como complemento del sistema de incapacidad existente en la norma civil, el cual se responde a mecanismos sustitutos de la capacidad de aquellos denominados como incapaces absolutos.

El sistema de incapacidad enunciado, establece tres estadios de capacidad jurídica, en primera medida se reconoce la presunción de capacidad ya enunciada, es decir un

espacio de plena capacidad para las personas que pertenecen a tal conjunto, fuera de este, se observa un grado de incapacidad relativa, correspondiendo a personas que cuentan con capacidad jurídica para ejecutar ciertos actos obligaciones, pero a los cuales se les restringen otros tanto, como sucede con los púberes, hoy adolescentes de acuerdo a la ley 1098 de 2006, y también con los declarados judicialmente como interdictos; por último, el tercer estadio de capacidad jurídica, es aquel referido a la incapacidad absoluta, que comprende aquellas personas que son absolutamente incapaces, cuyos actos son valorados por el legislador como ineficaces, carentes de vocación obligacional, incluso indicándose que ellos siquiera generan obligaciones naturales y no admiten caución, serán incapaces absolutos los niños y niñas, antes impúberes, los sordomudos que no puedan darse a entender y las personas con discapacidad mental.

2.4. Normas que integraron al ordenamiento jurídico colombiano la Convención.

Colombia ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad el día 31 de julio de 2009 a través de la ley 1346 de dicho año, consiguiendo así que el texto del tratado internacional en comento se viera adherido directamente al ordenamiento jurídico nacional, adicionalmente a ello, la Corte Constitucional en ejercicio su función establecida en el numeral 10 del artículo 241 superior, por medio de la sentencia de constitucionalidad 293 de 21 de abril de 2010, declaró la exequibilidad tanto de la convención como de la ley 1346 de 2009.

En procura de garantizar la adecuada materialización de los derechos contenidos en la Convención, el legislador colombiano profirió la ley estatutaria 1618 de 2013, no obstante en dicha disposición, salvo por lo dispuesto en el artículo 21 en donde se ordena la realización de modificaciones al sistema de interdicción judicial, pretendiendo su adecuación a la Convención, no se efectúa un desarrollo profundo al fenómeno de la capacidad jurídica en la misma.

En adición a la ley estatutaria enunciada, se observan distintas leyes y normas jurídicas que desde un punto específico, tributan a conceder un entramado jurídico mas amable para las personas con discapacidad, que son verdaderos elementos que le desarrollan, como por ejemplo la ley 1448 de 2011, correspondiente a la atención, asistencia y reparación integral de las victimas del conflicto armado interno, la ley 1752 de 2015, que determina que la discriminación basada en la discapacidad es un delito y la política nacional de discapacidad e inclusión social, CONPES social de discapacidad.

Capítulo 2: El régimen obligacional vigente en Colombia.

1. El derecho de las obligaciones en el ordenamiento jurídico colombiano.

1.1.El régimen de las obligaciones en el derecho civil.

Para JUSTINIANO, la obligación se definía como un *vínculo jurídico que nos impone la necesidad de satisfacer o pagar a otro una cosa según el derecho de nuestra ciudad (Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei, secundum nostrae civitatis jura)* Partiendo de dicho axioma romano, (CASTRO & CALONJE, 2015) definen por obligación al:

Vínculo jurídico que existe entre un sujeto activo llamado acreedor y un sujeto pasivo llamado deudor; en virtud del cual este último se encuentra en la necesidad de cumplir con una prestación o conducta positiva de dar o hacer, o una conducta negativa o abstención que consiste en no hacer, mientras que el acreedor puede exigir, incluso judicialmente, su cumplimiento forzoso o su equivalente en dinero, el así llamado subrogado pecuniario, es decir, el acreedor puede hacer valer su crédito ante el deudor acudiendo al derecho objetivo por medio de las acciones que este le otorga.

El artículo 1494 del Código Civil, por su parte, señala las fuentes que dan origen a obligaciones entre personas, encontrándose así: la voluntad conjunta de dos o mas personas, desarrollada a partir de contratos y convenciones, por actos jurídicos unilaterales, señalando por ejemplo de estos el género de los cuasicontratos, sin que el legislador efectúe una

descripción clara de los supuestos que comprende dicha figura, también se señala como fuente de obligaciones el mandato legal, que puede darse por una relación de derecho entre las personas, como sucede entre el padre que debe alimentos a su hijo o frente al gestor de un daño a otro, quien bajo el imperio de la ley se encuentra obligado a indemnizar los perjuicios consecuencia de dicho daño. No obstante, la identificación de los hechos generadores de obligaciones no ofrece por si misma, una descripción clara de lo que sería una obligación, elemento ausente en el Código Civil, siendo necesario acudir a la doctrina especializada, en procura de poder establecer un marco conceptual básico, del que eventualmente se describa todo el desarrollo legal correspondiente.

En los dos primeros escenarios de gestación de obligaciones dados por el legislador, se evidencia un acto humano determinado, capaz de generar efectos jurídicos que comprenden el surgimiento de una obligación, de forma particular (BOHORQUEZ, 2004) los define como: “aquellos supuestos de hecho previstos por el derecho como comportamientos humanos con consecuencias jurídicas” Para (BOHORQUEZ, 2004) el acto jurídico previamente determinado, aunque existente en el surgimiento de las obligaciones, suele presentar una característica adicional que lo lleva a efectivamente trascender, consistente en la pretensión de disposición de intereses, de connotación jurídica, por parte del ejecutor del acto, forma especial de los actos jurídicos denominada como negocio jurídico, específicamente lo denomina como instrumento jurídico al alcance de las personas para la disposición de sus intereses.

Sera entonces el negocio jurídico la forma básica que observarse en el iter obligacional establecido en el ordenamiento jurídico colombiano, su carácter vinculante y

su posibilidad de disponer de derechos, le configuran como la verdadera piedra angular sobre la que sustentan, las obligaciones surgidas desde la voluntad de las personas. Tal declaración de voluntad, en todo caso, y como fuere presentado previamente en la disertación, debe someterse al cumplimiento de una serie de requisitos de carácter legal, específicamente, el artículo 1502 del Código Civil, señala una lista taxativa de requisitos que deben concurrir en dicho acto, para que efectivamente genere el efecto jurídico de obligar a su manifestante, es decir, que guarde vocación obligacional, adicionalmente, el artículo 1741 de la norma en comento, concibe un presupuesto adicional y enuncia las consecuencias del desconocimiento de los criterios de validez ordenados por la ley.

La norma sustancial referida, establece por criterios de validez para obligarse, la capacidad, el consentimiento libre de vicios, el cumplimiento de las formalidades propias del negocio, la causa y el objeto lícito, un defecto sobre lo mismos, si bien, no hace cesar los efectos jurídicos del negocio per se, podría eventualmente, llevarlo a su aniquilación a través de un pronunciamiento judicial. El juez que valore la ausencia de valor de un negocio jurídico por falla en cualquiera de los presupuestos de validez tendrá la obligación de declarar nulidad del negocio mismo, pudiéndose ser esta relativa o absoluta, de conformidad con el criterio legal vigente y que supondrá, frente a la concurrencia de los anteriores, sanciones diferentes sobre la suerte del negocio jurídico. (BOHORQUEZ, 2004) clasifica el grado de nulidad de los posibles defectos sobre los presupuestos de validez, de la siguiente manera:

- Hay nulidad absoluta cuando existe ilicitud en la causa u objeto del negocio, ante los actos jurídicos efectuados por una persona absolutamente incapaz y cuando se omiten formalidades propias de la naturaleza del contrato.

- Hay nulidad relativa, cuando se trate de actos de personas relativamente incapaces, ante ausencia de formalidades establecidas para indicar el estado o la calidad de los intervinientes, en el evento que se observe falta o vicios en el consentimiento y en cualquier otro vicio que se pudiese presentar.

Por regla general, una vez declarada la nulidad, la consecuencia material de ello, es retrotraer las cosas a su estado original, es decir, las devoluciones de las prestaciones brindadas, o en su defecto, la cesación de la obligación de realizar estas, sin embargo, eventualmente existe la posibilidad que se presentaren situaciones diversas, como en lo dispuesto en el artículo 105 del Código de Comercio, al respecto de la nulidad del contrato de sociedad por existencia de ilicitud en su causa u objeto.

1.2. El régimen de las obligaciones en el derecho comercial.

La formación y extinción de los negocios jurídicos de naturaleza mercantil, como también su interpretación, especialmente en su anulación y rescisión, están sometidas a las normas de derecho civil, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 822 del Código de Comercio. Dicha norma jurídica, establece como excepción a lo por ella ordenado, en el evento que llegare a existir una norma particular de índole comercial, que regule alguno de los aspectos advertidos desde su texto, entendiéndose entonces, que las normas de derecho mercantil se pregonan especiales, específicas, frente a cualquier disposición de derecho civil, que reglamente un asunto cualquiera.

El artículo 822 del Código de Comercio, al someter la formación de los negocios jurídicos mercantiles, a lo dispuesto desde el Código Civil, hace que los mismos respondan al esquema de validez genérico existente en el derecho privado, esto es, que una obligación requiere para ser válida ante la ley, que la misma surja del consentimiento libre de vicios, proveniente de persona capaz, quien lo concedió por una causa lícita y cuya prestación, reside en un objeto de carácter lícito. El apotegma mencionado, responde, como ya fuere mencionado previamente, a un sistema en donde la capacidad jurídica se distingue entre las personas, constituyéndose en una afrenta a los principios establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, especialmente a lo establecido en el artículo 12 de la misma.

En la misma vía de la norma en comento, el artículo 899 de tal norma sustancial, señala que todo negocio jurídico que fuere celebrado con una persona absolutamente incapaz, entendiéndose desde la ley 1306 de 2009 como persona con discapacidad mental absoluta, se reputara como absolutamente nulo, esto es, que no genera efectos jurídicos entre los intervinientes.

Establecido que los negocios mercantiles responden a los mismos principios planteados desde el Código Civil, en cuanto a su formación, interpretación y extinción, es necesario puntualizar sobre aquellas normas de carácter especial, contenidas desde el Código de Comercio y normas afines, que configuran lo que se denomina, como el régimen obligacional en materia comercial.

La primera regla aplicable a los negocios mercantiles, desde su formación, es el principio de consensualidad, constituido desde el artículo 824 del Código de Comercio, que menciona que los comerciantes podrán manifestar su voluntad por cualquier medio inequívoco, siendo necesaria una formalidad, en el evento que el propio legislador así lo haya determinado, siendo entonces la palabra oral, uno de los mecanismos adecuados para perfeccionar un negocio jurídico de carácter mercantil. El artículo subsiguiente al enunciado, esto es el 825, presenta otra condición general de las obligaciones de orden comercial, sobre la cual en todo caso puede existir pacto en contra, consistente en la presunción de solidaridad entre obligados del mismo rango, circunstancia que previene a los contratantes, a procurar siempre la ejecución de las obligaciones a su cargo.

Análisis comparativo entre el régimen obligacional civil y comercial.

Como se presentó en las líneas precedentes, la obligación en materia comercial guarda una gran similitud que lo establecido en el Código Civil, para las obligaciones de carácter estrictamente civil, ello en cuanto no se estableció un régimen exclusivo para los asuntos mercantiles, sino que se determinaron como base las normas civiles, adicionando disposiciones particularidades para aquellos asuntos cuya naturaleza, requiera su disgregación del molde civilista.

De lo anterior se puede colegir que, lo que podría denominarse como un régimen obligacional en materia de derecho comercial, correría la misma suerte de lo que suceda con su semejante en el derecho civil, en lo que corresponde a su forma fundamental, que

como fue establecido previamente, es el negocio jurídico y los componentes del mismo. No obstante, la diferencia existente en cuanto al tratamiento de la consensualidad, al ser la regla general en materia comercial, conduce, a una mayor facilidad practica al momento de la celebración de negocios jurídicos de contenido mercantil, siendo factible por consiguiente, que en tales actos convencionales, se establezcan disposiciones contractuales de carácter vinculante, que tan solo permanezcan en la cabeza de los contratantes y por ello, se generen disputas judiciales en cuanto a su alcance y contenido.

Existe también similitud en materia civil y comercial, alrededor del régimen de la culpa, el cual se encuentra establecido en el artículo 63 del Código Civil. Su importancia radica en cuanto es la forma en que se debe evaluar la ejecución contractual de una parte dentro de un contrato, en procura de determinar la existencia de incumplimiento y por consiguiente, condenar sobre las condiciones del mismo.

El análisis previo si bien es superficial, en cuanto la mera comparación entre las formas de obligarse en materia civil y comercial podría bastar para una disertación de la magnitud de la presente que le desarrollase de manera exclusiva, se estima suficiente para comprender la conexión de los dos sistemas, en cuanto en forma esencial, son equivalentes, de igual manera, para identificar preliminarmente las consecuencias de tal conexión en cuanto a la ejecución contractual, pues en ese punto, radica una de las principales inquietudes que motivo la investigación, en cuanto a reconocer el papel del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, en las obligaciones iusprivatistas.

2. Repercusión de la capacidad jurídica en el régimen obligacional vigente en Colombia.

2.1. Cambios en la teoría general de las obligaciones y del negocio jurídico.

El principal cambio surgido a partir de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, especialmente bajo el mandato de su artículo 12, es la supresión de cualquier mecanismos sustitutivo de la capacidad jurídica, en cuanto esta, inclusive la denominada como de ejercicio, es igualitaria para todas las personas, tengan o no discapacidad, significando entonces, que cualquier persona mayor de edad, cuenta con la capacidad para celebrar un negocio jurídico lícito, cualquiera sea su naturaleza.

Ya fue establecido previamente, que la capacidad jurídica desde el sistema tradicional, es un criterio de validez del negocio jurídico, siendo necesario que confluyera sin ninguna clase de error, en procura de la preservación del negocio celebrado, de lo contrario este podría adolecer de nulidad y ser incluso, eventualmente declarado como ineficaz por un juez de la república, partiendo de lo anterior, sería plausible determinar prima facie, que bajo la vigencia de la Convención, la capacidad jurídica dejaría de ser un criterio de validez a la hora de medir negocios jurídico encontrándose en un segundo plano, puesto que cualquier contratante la tendría.

La excepción existente a la premisa previa, serían los negocios jurídicos que celebraren menores de edad, en cuanto para ellos, el sistema de guardas, que deviene en mecanismos sustitutivos de la capacidad jurídica, seguiría vigente, pero resultaría mas en una excepción a la norma general, que en un criterio global que acompañe un examen judicial de la eficacia de un negocio jurídico cualquiera.

2.2. Cambios frente a contratos mercantiles en particular.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad no contiene disposiciones que modifiquen de manera directa, las características de los contratos tipo del derecho mercantil, vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano, tampoco condiciona directamente las consecuencias jurídicas de dichos negocios. Es decir, que una mera comparación legal entre las normas en mención, el instrumento internacional y la norma sustancial propia de los contratos mercantiles, no sería suficiente para comprender la significancia de la Convención en materia de derecho comercial.

Como se señaló en lo correspondiente a la repercusión general que tuvo la Convención en materia del criterio de la capacidad, entendida como elemento de validez para obligarse, es decir del negocio jurídico, hubo una modificación significativa a tal presupuesto, por lo tanto, necesariamente tal repercusión afectara también los contratos mercantiles, pues estos someten su validez a la capacidad jurídica de sus contratantes, pero a pesar de ello, necesariamente tal repercusión debe extenderse a actos jurídicos concretos,

que se desarrollan en marco de tales contratos mercantiles, y que generan efectos jurídicos, cuya ocurrencia estaría sometida a las expresiones de voluntad misma de los sujetos contractuales, lo cual esta ligado a la capacidad jurídica.

La valoración de las posibles implicaciones de la convención ante los actos jurídicos mencionados, se da desde un plano teórico, en cuanto como ha sido manifestado, no existen a la fecha adecuaciones legales vigentes o significativos pronunciamientos judiciales, que den cuenta de la significancia material de los cambios advertidos. De esta manera, se identificarán dichos actos jurídicos, como también se explicitará el condicionamiento de estos ante capacidad jurídica de los contratantes.

En materia del contrato de compraventa, el legislador advierte la posibilidad de existencia de vicios ocultos en la cosa vendida, específicamente, el artículo 934 del Código de Comercio, en conjunto con las normas subsiguientes, suponen un estándar de conocimiento de los sujetos contractuales, en procura que efectivamente llegaren a causar efectos jurídicos, en primera medida, existirán vicios ocultos y por lo tanto, se podrán ejercitar acciones judiciales frente a ellos, en el evento que el comprador los ignorase sin culpa, la cual, de acuerdo al artículo 1604 del Código Civil, será de la categoría de leve, es decir la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios, por consiguiente, el mero desconocimiento de tales defectos, no exculparían a un comprador quien adquiriera un bien con vicios de tal magnitud como para que la ley los valorara como ocultos. El supuesto presentado, supone entonces, que en el ejercicio mercantil, el comerciante o quien ejecute actos de comercio, deberá contar con cierto grado de destreza en la administración de sus negocios, so pena de no perder

oportunidades de defensa jurídica ante distintas circunstancias. El conocimiento de las circunstancias relativas a una actividad específica, como también, la habilidad para la administración de un negocio concreto, son circunstancias inherentes a la capacidad de ejercicio de derechos y obligaciones por sí mismo sin interpuesta persona, es así que, una equiparación inmediata entre todas las personas, a pesar de la diversidad existente entre ellos, incluyendo en lo referente a su capacidad, podría suponer que ante la negociación de una persona en condición de discapacidad, quien no cuente con los ajustes razonables para la asistencia en su capacidad, el consentimiento por ella rendido sería válido, más sin embargo, materialmente insuficiente para la satisfacción de los requisitos legales establecidos para acceder a prerrogativas concretas, como lo sería la acción derivada por vicios ocultos, que supone lo anteriormente mencionado.

Frente al contrato de transporte de personas, el artículo 1000 del Código de Comercio, señala como obligación del pasajero la observación de las condiciones de seguridad impuestas por el transportador, circunstancia, que no es equiparable para todos los medios de transporte y así mismo, puede suponer un mayor grado de instrucción por parte del transportador en su expresión, hacia personas en situaciones de capacidad diversa, de esta forma, la obligación del pasajero supondrá correlativamente, un deber de información por parte del prestador del servicio, el cual deberá enmarcarse a las necesidades de un mayor número de personas, atendiendo al diseño universal en la prestación de servicios públicos. Así mismo la norma en mención, adelantándose a la Convención, impidió la declaratoria de nulidad, denominada en el Código de Comercio para la nulidad relativa, cuando la persona fuere relativamente incapaz, refiriéndose seguramente a menores de edad, pero que en todo caso, incluye a las personas en situación

de discapacidad y mas aun, bajo los mandatos de la Convención, que ya fueron desarrollados suficientemente en esta disertación. Es importante aclarar, que el artículo 1005 de la norma sustancial en comento, efectúa un tratamiento inapropiado frente a las personas con discapacidad, pues, más allá de no utilizar lenguaje incluyente, concibe que el transportador será responsable de los actos de ellos frente a los demás pasajeros, asumiendo desde el mismo texto legal, un nivel de sociabilidad poco convencional por parte de ellos, incluso, suficiente para suponer daños a terceros, responsabilidad que cesaría si estas personas viajan con las personas a su cargo, circunstancia que no es dable ante las condiciones dadas por la Convención.

En el contrato de seguro, existen un numero importante de disposiciones alrededor de actos jurídicos, que suponen cierto grado de capacidad de su ejecutor, para la consecución de efectos jurídicos. En primera medida frente al riesgo, la norma jurídica mas llamativa es la establecida en el artículo 1058 del Código de Comercio, la cual obliga al tomador a informar al asegurador del estado del riesgo por amparar, para lo cual la norma prevé un cuestionario que diligenciar diseñado por el ultimo, no obstante, tal cuestionario debe efectuarse de tal manera, que cualquier persona lo pueda despachar, pero especialmente, que sea comprensible para personas en situación de capacidad diversa, atendiendo que muy seguramente, el mismo requiera la determinación de un ajuste razonable para su efectiva realización, pues de nuevo, lo que se debe prevenir, es que la persona en situación de discapacidad, amparado en la igualdad legal de su capacidad, tome una decisión que impida su devenir jurídico de la misma forma que alguien, que por su situación, adquiera más fácilmente la destreza para administrar sus negocios.

La ley también obliga al asegurado a evitar la propagación del siniestro, y en el mismo sentido, a procurar la preservación de las cosas aseguradas. Las prestaciones indicadas, si bien no riñen directamente con la capacidad de ejercer derechos y obligaciones, si guardan trascendencia en el plano material ante personas en situación de discapacidad, pues la ley, no gradúa el cumplimiento de tales obligaciones, viéndose que cualquier persona deberá incurrir en los comportamientos normados, so pena de ver la posibilidad de ser indemnizado ante un siniestro mermada, una decisión que pueda poner en riesgo la vida de una persona, no puede tomarse a la ligera y por consiguiente, lo recomendable sería que la persona con discapacidad contara con alguien que le asistiera en su capacidad, circunstancia de difícil ocurrencia ante la emergencia que supone un siniestro. Para el caso concreto del contrato de seguro de vida, el artículo 1158 del Código de Comercio, establece que el asegurado esta obligado a rendir examen médico que permita establecer la magnitud del riesgo de muerte de la persona del solicitante, so pena de incurrir en una serie de sanciones que modulan los efectos del contrato, no obstante, la reflexión al respecto, es la consideración que merecen las denominadas enfermedades mentales no degenerativas, pero si gestoras de situaciones de capacidad diversa, en cuanto las mismas, en el sentir de la Convención, no son propiamente patologías, sino manifestaciones de la diversidad, que merecen respeto por la sociedad, es importante entonces, reconocer el valor que el ordenamiento jurídico concede a dichas condiciones, para reconocer su interacción con situaciones legales como la establecida en la norma enunciada, viéndose entonces, que incluso fuera de la capacidad jurídica en sentido estricto, el artículo 12 de la convención, tiene la vocación de generar nuevas situaciones de derecho, que deberán ser valoradas previamente, a la ocurrencia de un litigio del que penden derechos de personas.

De forma semejante a lo sucedido en el contrato de compraventa, caben acciones por vicios ocultos en sede del contrato de mutuo, los cuales en todo caso, de ser ignorados por el mutuado sin su culpa, pudiéndose colegir las reflexiones dadas frente a la culpa, ante las acciones de saneamiento propias del contrato de compraventa de carácter mercantil.

El artículo 1239 también del Código de Comercio, señala las causales que permiten la remoción del fiduciario en sede de un contrato de fiducia mercantil, entre las cuales se encuentra la incapacidad, si bien, esta norma se puede referir a la imposibilidad física de continuar ejerciendo las labores de administración a cargo del fiduciario, también es cierto que de su redacción se refiere al acaecimiento de una disminución en la capacidad jurídica, comprendiendo que si bien tal disposición resultaba correcta antes de la adopción de la Convención, con posterioridad a ello, el acto como tal supondría no solo un acto de discriminación contra el sector poblacional protegido por parte del instrumento internacional, sino que también, resultaría en una violación al derecho de la capacidad jurídica del fiduciario que fuera alejado de su encargo bajo ese precepto, prerrogativa jurídica que como ha sido enunciada, se constituye como un verdadero derecho humano y por lo tanto, de alta estima jurídica.

Bajo la estela del contrato de fiducia, vale un breve análisis alrededor de las implicaciones de la celebración de contratos de representación de terceros, en donde la persona del encargado, sea alguien en una situación de diversidad de capacidad, específicamente refiriéndose a los contratos de mandato, agencia comercial y corretaje, ello puesto que, en sentido estricto de la Convención, una persona en situación de discapacidad mental, podría ejecutar tales contratos, siendo él quien administrará los intereses de otros,

no obstante, negocios jurídicos de dicha categoría, suponen un mayor grado de responsabilidad, por lo tanto, de diligencia en las actividades realizadas, so pena de incurrir en un incumplimiento, valdría entonces determinar que si acaso, la persona requiere de apoyos de otros para asistir su capacidad, no estaría faltando a la verdadera naturaleza de tales contratos mercantiles, de igual manera, no sería necesario un conjunto de disposiciones que atendieran la especialidad de tales supuestos, pues solo impedir per se la celebración de tales negocios por personas en situación de discapacidad, es, como se ha mencionado a lo largo de la investigación, discriminatorio, pero especialmente, vejatorio del derecho humano a la capacidad jurídica.

Bajo el sentido planteado para el presente acápite, debe reflexionarse también, frente a los correlativos derechos y deberes de información y asesoría, establecidos en las leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011, correspondientes al estatuto del consumidor financiero y de consumidor en sentido genérico respectivamente, en donde se ordena en términos generales, al productor de bienes, como a quien distribuye estos o presta servicios, de carácter financiero para los sujetos de la primera norma jurídica enlistada, a informar sobre la forma de uso del bien en negociación, como también de las precauciones que tener sobre el mismo, la cuestión frente a tal circunstancia, es que si bien se haya equiparada la capacidad de ejercicio de las personas, también es cierto que para el caso de personas con capacidad diversa, posiblemente producto de una situación de discapacidad, los prestadores de servicios y en general la sociedad, se encuentra obligada a asumir los ajustes razonables, tendientes a complementar la capacidad de las personas, resulten necesarios los mismos para demostrar ante un escenario judicial, que tal deber fue efectivamente ejecutado por prestador de bienes o servicios, considerar la ultima opción, daría cuenta, que

efectivamente el artículo 12 de la Convención, modificó normas especiales del derecho de las obligaciones de carácter contractual y por lo tanto, que se estima necesario una interpretación adecuada de tal disposición jurídica, que no solo lleve a resultados legales, sino que también, sea pertinente para las necesidades de todos los intervinientes en un negocio jurídico de naturaleza mercantil.

Capítulo 3: Interpretación del instituto de la capacidad jurídica en Colombia.

1. El presupuesto de validez obligacional de la capacidad en el sistema jurídico colombiano.

1.1. Discusiones sobre la interpretación del art. 12 de la Convención.

El sentido que ha sido expresado a lo largo de esta disertación sobre el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, no resultó unívoco para los múltiples signatarios a la hora de aprobar el texto del tratado, en cuanto diferían frente a los alcances del mismo, enfrentándose dos interpretaciones diferenciadas, una que consentía que la igualdad de capacidad mentada en dicha norma jurídica, se refería única y exclusivamente a la capacidad jurídica de goce, es decir de ser sujeto de derechos y obligaciones, mas no de contraerlos, representada especialmente por el estado ruso (Federación de Rusia), por otra parte, bajo el liderazgo del estado mexicano (Estados Unidos de México) se exponía que el artículo 12 pretende igualdad legal para todas las personas alrededor de su capacidad jurídica de obrar, negociar o de ejercicio, esto es, como fuera expuesto previamente, la posibilidad de obligarse por si mismo a crear, modificar o extinguir una relación jurídica, de celebrar un negocio jurídico.

La discusión presentada, finalizo con la comprensión de los signatarios que el artículo 12 de la convención, realmente se refería a la capacidad de ejercicio y que por consiguiente, no era compatible con sistemas de sustitución de la capacidad, sino que debería cimentarse en un sistema de apoyos, que permitiera a las personas con discapacidad, decidir sobre aspectos relevantes de su vida, incluyendo aquellos que surgieran a la vida jurídica a través de negocios jurídicos, bajo el eventual apoyo, en el que prime la voluntariedad, de terceros que sirvan mas bien de consejeros que de tutores. En dicho sentido se expresa (ALVAREZ y SEOANE, 2010) al decir que:

El artículo 12.3 se refiere indiscutiblemente a la capacidad de obrar, y no a la capacidad de obrar plena, sino a la capacidad de obrar limitada o disminuida, exigiendo la provisión de medidas de apoyo para suplir tales limitaciones en su ejercicio. Este precepto expresa el propósito de completar el modelo de toma de decisiones y actuación centrado en la sustitución con un modelo de asistencia o apoyos ajustado a las necesidades de cada persona con discapacidad.

Si bien la resolución alrededor del artículo 12, estriba en una igualdad absoluta de la capacidad jurídica de ejercicio entre personas con y sin discapacidad, no deben hacerse a un lado los argumentos que fueron expuestos por la posición contrario, tendientes a procurar medidas de protección al patrimonio de las personas con discapacidad, frente a situaciones negociales en las cuales este pueda verse menoscabado, especialmente por la asunción de riesgos altísimos, como puede suceder en la participación de un fondo de inversión.

Sin embargo, se advierte que la seguridad jurídica pretendida por las personas al ingresar al tránsito jurídico, sustentada en dos grandes insumos como lo son, el sistema obligacional y las medidas judiciales coercitivas de cumplimiento, no fue un criterio debidamente razonado en sede de la convención, pues a pesar que no fuera su objeto principal de desarrollo, es claro que la modificación de la capacidad jurídica en la categoría que significó la convención, redundó en una modificación del primero de los elementos mentados, el sistema obligacional, sin que se planteara desde la misma convención, directrices que ayudaran a los estados, a diseñar un sistema que brindara seguridad a los contratantes y que fuera respetuoso con los derechos establecidos desde el instrumento internacional.

1.2.La interpretación del artículo 12 de la Convención para Colombia (Corte Const.).

La Corte Constitucional se ha pronunciado a través de múltiples decisiones judiciales alrededor de la discapacidad, especialmente, desde los lineamientos establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, no obstante, hasta la fecha, no ha efectuado un análisis específico de las connotaciones del artículo 12 de la Convención en el régimen de las obligaciones de carácter privado en el país, siendo necesario en ese caso, establecer los criterios a través de los cuales, el guardián constitucional ha interpretado el instrumento internacional, haciendo principal énfasis en las disquisiciones efectuadas sobre la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad.

En la sentencia de tutela 573 de 2016, en la cual se discutía la capacidad de las personas en situación de discapacidad de decidir alrededor del ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, la Corte realiza un amplio acercamiento a la prerrogativa de la capacidad jurídica, desde el espíritu que gestó la Convención en el plano internacional.

La asunción de un modelo social, sobre un modelo médico – rehabilitador frente al abordaje de la discapacidad por parte de los estados, proveniente de los principios establecidos en la Convención, supone para la Corte Constitucional, dos cambios significativos en lo que corresponde a la capacidad jurídica y correlativamente, a los mecanismos de incapacitación usualmente ligados al ejercicio del derecho previamente indicado. Específicamente el tribunal de cierre de lo constitucional, en la providencia indicada, considera que la discusión suscitada alrededor del alcance del derecho a la capacidad jurídica, que refiere el artículo 12 del instrumento internacional bajo examen, se resolvió en el sentido que la paridad pregonada por la norma jurídica incluye claramente, la capacidad jurídica de ejercicio de derechos y no exclusivamente, la de goce, como se pudo pensar en algunos momentos, circunstancia que estima verificable la Corte, al analizar la observación general No. 1 del Comité de evaluación de la aplicación de la Convención.

El otro aspecto que estimó la Corte se vería modificado a partir de la implementación de la Convención en el ordenamiento jurídico colombiano, fue el desplazamiento del sistema de sustitución de capacidad jurídica, por uno de asistencia a la misma, el cual permita a las personas en situación de discapacidad, hacerse partícipes de sus decisiones, en cuanto son los principales interesados en las mismas y eventualmente, en

las resultas de estas. Al respecto de ello, el guardián constitucional encumbra una de las proclamas del movimiento de personas con discapacidad que dio origen al tratado internacional, consistente en la expresión “*nada sobre nosotros sin nosotros*” como un principio de la Convención, que encuentra su sustento jurídico en el artículo 12 bajo valoración constitucional, teniéndose de esta manera, que la participación de las personas en sus propias decisiones, así se encuentren en situación de discapacidad, es un elemento inescindible del núcleo esencial del derecho a la capacidad jurídica, que bajo el propio raciocinio de la corte, es sin lugar a dudas, un derecho humano.

La posición anterior aunque no fuera fundamental para la resolución del caso concreto puesto en conocimiento de la corte, no dista de ser un mero criterio *obiter dictas*, que impediría por si mismo, constituir la posición del tribunal de lo constitucional alrededor del alcance del artículo 12 de la Convención en la legislación colombiana, especialmente en lo que respecta al régimen obligacional del derecho privado, sin embargo, en sentido altamente similar al descrito, la Corte Constitucional en desarrollo de la providencia de tutela 185 de 2018, mediante la cual resolvió tres casos distintos pero de antecedentes facticos semejantes, en los cuales la administradora de pensiones COLPENSIONES, requirió a personas a quienes se concedió pensión por invalidez por padecer enfermedades de carácter mental, a demostrar para el pago de su mesada pensional, sentencia judicial de interdicción en firme, como también designación de curador quien administrara sus bienes, valoró nuevamente el derecho de la capacidad jurídica, como también la procedimiento de interdicción judicial.

En dicha ocasión, la Corte insistió que el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, supone la modificación de los sistemas de incapacitación consistentes en la sustitución de la capacidad jurídica, por otros, de carácter asistencial o de apoyo, en donde efectivamente las personas con discapacidad pudiesen participar en las decisiones que influyeran en su vida, como por ejemplo se tienen aquellas referidas a la administración de su patrimonio, considerando que la interdicción judicial, como medida absolutamente incapacitante es altamente gravosa y por consiguiente, de aplicación excepcional, señalando que la pérdida de la capacidad laboral, así esta se diera por patologías degenerativas de la actividad mental, no puede suponer necesariamente, la incapacidad de la persona para ejercer por si misma sus derechos y obligaciones, por lo tanto, consideró que no solo COLPENSIONES no se encontraba legitimada para efectuar la petición que realizó, sino que adicionalmente, su decisión había significado una flagrante vulneración al derecho fundamental de las personas accionantes a la capacidad jurídica, fallando por lo tanto en dicho sentido, optando por aquella vía que no requería la practica de un proceso judicial de interdicción e instando a la accionada a en lo sucesivo, a abordar situaciones semejantes, de acuerdo a las reglas establecidas en la providencia en cuestión, pero especialmente, a lo dispuesto en la Convención Internacional.

Si bien la Corte Constitucional fue mas clara al valorar la incompatibilidad entre los sistemas de sustitución de la capacidad jurídica, como lo es la interdicción judicial, frente a la Convención, y de valorar los mismos como circunstancias altamente invasivas para las personas en situación de discapacidad, no manifiesta expresamente que las normas jurídicas presentes en el ordenamiento jurídico colombiano que desarrollan tales medidas de

incapacitación, sean inconstitucionales al hallarse en contravía del artículo 12 de la Convención, el cual, al pertenecer a un tratado internacional inmerso en el bloque de constitucionalidad, tendría el mismo valor jurídico de carácter jerárquico que cualquier otra disposición de la norma superior.

De los pronunciamientos judiciales retratados, es clara la posición de la Corte Constitucional frente al alcance del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, no obstante la misma, desde su estadio actual de desarrollo, no genera el suficiente impacto, como para generar un cambio absoluto en el régimen obligacional vigente en el ordenamiento jurídico colombiano.

Los ajustes razonables en materia de capacidad jurídica.

El artículo 2 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2006), establece por ajustes razonables:

las modificaciones y adaptaciones necesarias adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

La definición del instrumento internacional es adoptada sin modificación alguna, al igual que la misma convención, a través de la ley 1346 de 2009, por su parte, el párrafo del artículo 2 de la ley 1618 de 2013, mediante la cual se desarrollan los derechos consagrados en dicha convención, reafirma que la definición de ajustes razonables será la previamente enunciada.

Aproximándose a un concepto de ajustes razonables (CAYO, 2012) determina que:

Por ajustes razonables se entiende la conducta positiva de actuación del sujeto obligado por norma jurídica consistente en realizar modificaciones y adaptaciones adecuadas del entorno, entendido en un sentido lato, a las necesidades específicas de las personas con discapacidad en todas las situaciones particulares que estas puedan encontrarse a fin de permitir en esos caso el acceso o el ejercicio de sus derechos y su participación comunitaria en plenitud, siempre que dicho deber no suponga una carga indebida, interpretada con arreglo a los criterios legales, para la persona obligada y no alcancen a la situación particular las obligaciones genéricas de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal.

Tal definición supone entonces, (CAYO, 2012) unos elementos constitutivos, que deben presentarse en una actividad de ajuste razonable, para ser valorado como tal: i) Conducta positiva de actuación de transformación del entorno; ii) transformación que adapte el entorno para la satisfacción de las necesidades de las personas en situación de discapacidad; iii) que no signifiquen una carga gravosa para su ejecutor; iv) efectuada más allá de la obligación general de protección de derechos a favor de las personas en situación

de discapacidad y v) que permite aumentar las condiciones de accesibilidad de las personas con discapacidad.

Tal concepción de ajustes razonables corresponde al marco general de dicha prerrogativa frente al universo de personas en situación de discapacidad, sin embargo, es claro que estos ajustes, no podrán ser igualitarios para todos, sino que deben ser adecuados para cada situación de discapacidad diferente, entre las que se incluye necesariamente, la discapacidad mental, que como ha sido desarrollado previamente, riñó históricamente frente a la capacidad jurídica, siendo por lo tanto, aun mas importante la plena identificación de los ajustes razonables que merece tal situación.

En el escenario argentino, desde las prestaciones en salud brindadas por el estado (GUERSCHBERG, 2012) identifica un ajuste razonable existente, que podría constituirse como un mecanismo de asistencia a la capacidad de las personas con discapacidad intelectual, consistente en:

el agente de apoyo o promotor de autonomía que es una persona que capacitado, y elegido por la persona con discapacidad intelectual, acompaña, sugiere, orienta, lo/la ayuda, e interviene teniendo en cuenta sus deseos, a desarrollar situaciones que le permiten llevar adelante su proyecto de vida. Deberá hacer prevalecer los derechos de las PCD como así también sus obligaciones, para que pueda tomar decisiones y manejar con dignidad su propia vida en igualdad de oportunidades como cualquier otro ciudadano.

La figura del promotor de autonomía, permite que la persona en situación de discapacidad, cuente con un apoyo frente a la toma de aquellas decisiones relacionadas con su dignidad, que están directamente relacionadas con el ejercicio de derechos y obligaciones, como lo podría ser la celebración de un negocio jurídico de cualquier índole, o incluso, para satisfacer la necesidad de apoyos advertida por (NILSSON, 2012) al señalar que: “Las personas con disparidad intelectual y psicosocial deberían tener la posibilidad de recibir apoyo, también por un interlocutor, con el fin de comunicarse con las autoridades, solicitar un subsidio de vivienda o tomar decisiones en materia de atención en salud y alojamiento.” Es claro que son múltiples y diferentes las situaciones en las cuales las personas con discapacidad intelectual tienen la necesidad de expresar su voluntad, no se trata tan solo en la posibilidad de adquirir un bien mueble, de disponer de una tarjeta de crédito o de casarse, sino de todos los actos que en desarrollo de tales circunstancias, requieren tanto conocer a plenitud las opciones que tienen ante sí, como de expresar su voluntad ante la sociedad en la que se encuentran, así (NILSSON, 2012) insiste en que:

en el proceso de desarrollar el apoyo adecuado para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica, es importante identificar los retos a que se enfrenta este grupo. Se debería prestar asistencia a las personas que tienen dificultades para comprender la información y tomar una decisión, sin correr el riesgo de que el apoyo prestado pueda acaparar todo el proceso de toma de decisiones. Del mismo modo, aquellos que solo tienen problemas para comunicar su voluntad a terceros deberían tener acceso a todo tipo de apoyo, sin tener que defender su decisión ante la persona de apoyo. Si se aplica de este modo, el enfoque

funcional sigue teniendo un papel que desempeñar como modelo para concebir el apoyo apropiado, con el fin de que el interesado goce de igualdad de condiciones con los demás.

En el sentido anterior, (COMITÉ DE MINISTROS DE ESTADOS MIEMBROS SOBRE LOS PRINCIPIOS REFERENTES A LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS MAYORES INCAPACITADOS, 1999) recomienda que la respuesta legal que se de frente al abordaje de la discapacidad que pueda afectar el ejercicio pleno de la capacidad jurídica, contenga diferentes soluciones y no tan solo, se sustente en la decisión menos invasiva o estrictamente circunstancial, sino que permita al operador judicial, sopesar todas las condiciones que intervienen en una situación de decisión de una persona con discapacidad intelectual. Estos ajustes razonables deben diseñarse desde la perspectiva de derechos humanos, sobre la que orbita la Convención, pero que principalmente, orienta el modelo social de abordaje de la discapacidad en la actualidad, resulta valiosa la reflexión dada por (CUENCA, 2012) al manifestar que:

En conexión con la asunción del modelo social, la CPDD¹ impone el reemplazo del punto de vista asistencialista y del enfoque iusprivatista por la perspectiva de los derechos humanos. A mi modo de ver, en su proyección concreta en el ámbito de la capacidad jurídica este cambio posee dos dimensiones, estrechamente relacionadas. En primer lugar implica que la cuestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad debe ser abordada de manera prioritaria desde los valores, principios y fines básicos que presiden el discurso de los derechos humanos que ha de permear

¹ El autor se refiere a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad.

también, de una vez por todas, el Derecho privado. Y, en segundo lugar, y en conexión con lo anterior, pone de relieve que el reconocimiento de la capacidad jurídica constituye no solo una condición necesaria para la válida intervención en el tráfico jurídico, sino también y sobre todo un requisito imprescindible para el ejercicio de todos los derechos humanos.

Los ajustes razonables que aplicar ante una situación de discapacidad mental, de acuerdo a la perspectiva planteada de la convención, no pueden ser sustitutivos de la capacidad, así pues, mecanismos como la interdicción judicial están por fuera dicha categoría y por consiguiente, deberá el legislador, determinar lo mas pronto posible, cuáles serán tales ajustes, que en definitiva, complementen la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones por parte de las personas en situación de discapacidad, y permitan a las ultimas, a encontrar igualdad frente a todas las personas.

Proyecto de ley 027 de 2017.

El artículo 21 de la ley 1618 de 2013, que como ya fue previamente mencionado, es la ley estatutaria mediante la cual se desarrollaron los derechos establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre las personas con discapacidad, instituye como obligación estatal, en cabeza del Ministerio de Justicia y del Derecho, en alianza con el Ministerio Público, las comisarias de familia y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, el desarrollo de propuestas que redunden en ajustes y reformas al sistema de sustitución de la capacidad vigente, entiéndase la interdicción especialmente, de tal manera que se genere un sistema permita el ejercicio de la capacidad jurídica de obrar, por medio

de apoyos, para las personas en situación de discapacidad, en estricto cumplimiento del artículo 12 del instrumento internacional.

No obstante la orden legal enunciada, el Comité sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, de la Organización de las Naciones Unidas, rindió informe valorativo del progreso en la implementación y consecución de lo ordenado por la Convención, mostrándose preocupado al respecto de la existencia de normas jurídicas contrarias al instrumento internacional, en lo referente a sistemas sustitutivos de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, recomendándose entre otras cosas, la derogatoria de la ley 1306 de 2009, régimen de guardas vigente, normas del código civil, penal y de enjuiciamiento de ambas áreas, en la medida de poder proporcionar apoyos que todas las personas puedan ejercer directamente, su derecho humano de capacidad jurídica de ejercicio.

Como consecuencia de la problemática planteada, los honorables Representantes, Samuel Alejandro Hoyos Mejía, Norbey Marulanda Muñoz, Jhon Eduardo Molina Figueredo, Miguel Ángel Pinto Hernández, Oscar Ospina Quintero, Inti Raúl Asprilla Reyes, Alirio Uribe Muñoz, Alfredo Rafael Deluque Zuleta, José Carlos Mizger Pacheco, Álvaro López Gil, honorables Senadores Juan Manuel Galán Pachón, Luis Evelis Andrade Casamá, Nora María García Burgos, Andrés García Zuccardi, Rosmery Martínez Rosales, Claudia Nayibe López Hernández, el Honorable Defensor del Pueblo Carlos Alfonso Negret Mosquera, con la participación de la Mesa Técnica conformada para el efecto 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, formularon proyecto de ley 027 de 2017 ante el Congreso de la República, en búsqueda que se expida una ley que establezca medidas específicas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de las personas con discapacidad, mayores de edad, y al acceso a los apoyos que puedan requerirse para el ejercicio de la misma.

El proyecto de ley 027 de 2017, pretende específicamente establecer un régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. Del texto del proyecto de ley, se evidencian los siguientes elementos.

- El criterio de interpretación de las disposiciones que comprenden el proyecto, como también de aquellas normas jurídicas que le complementen, serán los principios y el sentido de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.
- Reconoce como expresión básica de la voluntad de una persona, el acto jurídico, figura que se usa para referirse también a los negocios jurídicos propios del régimen obligacional aquí desarrollado.

- Se establece una presunción de capacidad para todas las personas, incluyendo especialmente las personas en situación de discapacidad.
- Se instituye un sistema de ajustes razonables, consistente en apoyos para la comunicación y comprensión de la información a favor de las personas en situación de discapacidad.
- La ausencia de ajustes razonables, consistentes en apoyos, no constituye criterio para restar la validez de los actos jurídicos que ejecuta una persona en situación de discapacidad.
- El establecimiento de ajustes razonables, consistentes en apoyos a favor de una persona en situación de discapacidad, puede realizarse de manera voluntaria entre los intervinientes, como también por medio de una decisión judicial, proferida en sede de un proceso de jurisdicción voluntaria.
- Deroga el régimen de guardas establecido en la ley 1306 de 2009, al dejar en efectos la mayoría de sus artículos, exceptuando el 13, que contempla el derecho al trabajo a favor de las personas en situación de discapacidad, por consiguiente deroga el sistema de sustitución de la capacidad que es la interdicción judicial hacia personas con discapacidad mental.

- Deroga algunas disposiciones de carácter contractual de orden civil, que disponen la terminación de contratos por una eventual incapacidad sometida a interdicción judicial de alguno de los contratantes.
- No efectúa cambios directos sobre el régimen obligacional de derecho privado, a pesar que de manera contradictoria determina que la ausencia de ajustes razonables no puede constituir criterio de anulabilidad del acto jurídico, si establece que cuando efectivamente se cuente con sentencia judicial o acuerdo privado, correspondiente a la designación de ajuste razonable consistente en apoyo a favor de una persona en situación de discapacidad, su ausencia efectivamente puede poner en riesgo la validez del negocio celebrado.

La propuesta enmarcada supone un intento significativo por adecuar de una manera mas profunda, el ordenamiento jurídico vigente a los mandatos de la Convención, pues deroga el sistema sustitutivo de la capacidad existente a la fecha, efectúa una propuesta sobre la forma en que operaria un modelo de asistencia de la capacidad, cimentado en ajustes razonables consistente en apoyo y en todo caso busca, que la persona con discapacidad participe en sus propias decisiones. No obstante, también se considera que la norma bajo examen, carecería de la amplitud que merece la situación por regular, ello en cuanto no se da explicación a las connotaciones de que la norma traería al derecho privado, especialmente al respecto de las obligaciones.

La resolución precedente, se sustenta en parte, en la contradicción existente en el articulado, en donde no se determina si la validez del negocio jurídico, esta ligada a la existencia de ajustes razonables por parte de la situación con discapacidad también obtiene peso argumental, por la ausencia de regulación de la capacidad jurídica, a pesar de esta encontrarse modificada desde la Convención misma. El proyecto tampoco evalúa los límites del ajuste razonable que aplicar y por consiguiente, hace que cualquier análisis frente a la norma, resulte insignificante, pues de la lectura de la misma no es posible formular todas las posibles hipótesis por surgir al momento de aplicación de la norma.

El proyecto de ley aquí referido permanece actualmente en trámite legislativo, sin que a la fecha ya se hubiese discutido por parte de los congresistas, el valor de lo dispuesto en él.

2.2. Propuesta para una debida interpretación de la capacidad jurídica.

De la capacidad jurídica en el ordenamiento jurídico vigente en Colombia, podría considerarse que existen dos realidades contrapuestas, en nivel, atendiendo a su jerarquía legal, se observa la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, la cual ya hace parte del plexo normativo colombiano y que además, se encuentra preconizada en normas jurídicas adicionales que le robustecen y encumbran por prerrogativa del orden constitucional, contentiva de derechos humanos. Por otra parte, se tiene el régimen obligacional de derecho privado, que comprende los negocios jurídicos tanto civiles como mercantiles, que pueden celebrarse en Colombia, bajo lo que podría

denominarse como el tránsito jurídico, el cual se cimenta en la validez del negocio jurídico, circunstancia asentada desde la expedición del Código Civil, y que prima facie, es contraria a la Convención, al condenar la discapacidad intelectual mediante medidas de incapacitación como lo es la interdicción judicial.

La tensión enunciada, no encuentra solución jurídica definitiva, en cuanto las disposiciones en colisión se hallan vigentes en Colombia, generan efectos jurídicos y bajo consideración del autor, tienen importancia para la debida ejecución de la ley de conformidad con los principios y valores constitucionales, como también, para generar confianza a la ciudadanía sobre los negocios que celebra.

Una respuesta al problema planteado podría ser el proyecto de ley 027 de 2017, en cuanto pretende un punto de equilibrio entre las necesidades constitucionales consistentes en los derechos de las personas con discapacidad, y por otro lado, las iusprivatistas de brindar seguridad jurídica a las personas que hacen parte del tránsito jurídico. Este proyecto de ley establece a grandes rasgos, que la capacidad si bien sigue siendo un criterio de validez del negocio jurídico, pues no se presta a interpretarlo de forma distinta, ni efectúa derogatoria de las disposiciones en dicho sentido, señala que las personas en situación de discapacidad intelectual, cualquier sea el grado de esta, cuentan con la misma capacidad de ejercicio que las demás personas, incluso, en el evento que no les asistan ajustes razonables consistentes en apoyos, en consecuencia, propone la derogatoria del sistema sustitutivo de la capacidad que es la incapacitación por interdicción judicial.

No obstante, se concibe insuficiente la propuesta planteada desde el proyecto de ley 027 de 2017, por dos argumentos diferenciables, en primer término, el desconocimiento de la significancia de la capacidad jurídica en el ordenamiento jurídico, pues como se mencionó, en la ejecución de obligaciones de derecho privado, alrededor del instituto, requiere que las personas conozcan plenamente las situaciones en su entorno y consecuentemente puedan manifestar de manera clara su voluntad, pues como se advirtió a lo largo de la disertación, la anulabilidad por falta de validez no es la única consecuencia jurídica de una dificultad en dicho aspecto, pues incluso, lo que puede generar son obligaciones adversas a los intereses convencionales en un negocio jurídico. En segunda medida, se estima que el proyecto de ley, no es concreto frente a la forma de operación de los ajustes razonables consistentes en apoyos, como tampoco sobre sus consecuencias jurídicas, siendo llamativa la contradicción existente, pues demuestra que la producción de la propuesta, tributa principalmente al cumplimiento de los mandatos de la Convención, sin sopesar su influencia en el tránsito jurídico de las obligaciones surgidas en el derecho privado.

Para efectos de confeccionar una proyección de propuesta de solución ante la tensión enunciada, se valioso partir del propio proyecto de ley 027 de 2017, específicamente de sus aciertos, pues son un gran paso en la búsqueda de adecuar correctamente la Convención a las formas y necesidades propias de Colombia. El mayor acierto del proyecto, corre sobre la presunción de capacidad jurídica para todas las personas, especialmente, para las personas en situación de discapacidad, pues si bien la presunción ya existía en el ordenamiento civil, es claro que las normas concomitantes a ella, degradaban, en términos de la Convención, a las personas en situación de

discapacidad, de esta forma la norma contenida en la propuesta de ley, es un golpe de autoridad que ilumina el camino sobre el debido abordaje de la discapacidad en los términos del derecho internacional. El otro acierto estriba en la derogatoria de los sistemas sustitutivos de la capacidad, pues efectivamente, supera esa tacha que a buen término el Comité de las Naciones Unidas para la evaluación de la implementación de la Convención, determino como contrario a la misma y por lo tanto, también inconstitucional ante los ojos de la carta política de 1991, la construcción de un sistema de apoyos, que asista a la capacidad de las personas en situación de discapacidad, solo se puede emprender desde la superación de aquellas practicas absolutamente contrarias a la nueva perspectiva.

Tomando como punto de partida las dos condiciones previas, se procede a proponer una solución a la situación planteada, que responde a los siguientes términos.

- Debe establecerse como criterio de validez para los negocios jurídicos, la existencia de apoyos consistentes en ajustes razonables en el evento que se estimen necesarios.
- La necesidad de apoyos, consistentes en ajustes razonables, solo podrá ser determinada por un juez de la república, quien podrá intervenir de manera previa a la celebración del negocio, si las partes conciben como necesaria la medida, en procura que el mismo establezca el apoyo adecuado para el caso concreto, o en su defecto, con posterioridad al mismo, si alguno de los interesados pretende la anulabilidad del acto.

- Debe el legislador establecer diferentes formas en que pueden mediar los apoyos necesarios para la asistencia a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, para que de esta forma, el juez de conocimiento pueda seleccionar la mas adecuada para el caso concreto.
- Generar obligaciones mas claras a cargo de las contrapartes contractuales a la hora de celebrar negocios jurídicos con personas en situación de discapacidad, bajo la naturaleza de un ajuste razonable, tendientes al dinamismo en el transito jurídico, pero especialmente, a la protección de los derechos de las personas en situación de discapacidad.

Como se estableció en los prolegómenos de la propuesta, no existe actualmente en el ordenamiento jurídico colombiano, una interpretación certera y con tendencia a la universalidad del artículo 12 de la Convención, especialmente en lo que corresponde a sus alcances, sin embargo se estima, que a pesar de no contarse con tal certeza, ni tampoco que existan instrumentos jurídicos como el que cursa en el congreso o el aquí propuesto, si es claro que la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, al ser parte integrante del ordenamiento jurídico colombiano y de encontrarse en sede del bloque de constitucionalidad, tiene la fuerza suficiente para permitir la aplicación de la excepción de constitucionalidad ante la eventual solicitud de interdicción judicial, es decir, deja sin efectos jurídicos, más allá que no medie declaración expresa de ello, el sistema sustitutivo de la capacidad jurídica vigente en Colombia.

Así mismo, la Convención, invita por sí misma a los operadores judiciales a valorar la capacidad jurídica, ante las eventuales demandas de nulidad de actos jurídicos que adolezcan de defectos en tal categoría de la validez, a comprender tal instituto desde el modelo social de la discapacidad, y por consiguiente, vetándolos a anular negocios jurídicos, cuando la petición pretenda demostrar falta de capacidad por la existencia de las denominadas discapacidades mentales absolutas y relativas, no aplicable tal situación, a la falta de capacidad por edad, o la que se estima para las personas jurídicas. Partiendo de lo anterior, es necesario clarificar que la necesidad de la propuesta desarrollada radica en la generación de seguridad jurídica en los sujetos contractuales, especialmente en las personas con discapacidad, para que cuenten con los apoyos necesarios para expresar su voluntad y comprender los requerimientos que un negocio contiene en sí mismo. De esta forma podrá comprenderse todo el fenómeno de la celebración de acuerdos, fuera de la visión exclusivista del artículo 1502 y comprender, que el mero nacimiento de un contrato, no es el único reto que en cuanto a capacidad existe y deberán brindarse apoyos en todo el iter contractual, a las personas en situación de discapacidad, para que de esta manera efectivamente puedan gozar de igualdad en sus derechos negociales y no que, por la reprensión de medidas protectoras de las personas en situación de discapacidad, carezcan del cuidado que merecen ante todas las vicisitudes que conlleva obligarse a una prestación concreta, pues los ejemplos desarrollados en la disertación, tienen una clara tendencia al derecho comercial convencional, pero, no son las únicas muestras de negocios que existen y así mismos, no son los contratos las únicas puertas que se abrieron a las personas en situación de discapacidad gracias a la convención, si es cierto que la situación merece un enfoque de derechos humanos, pero eso no significa, proscribir las perspectivas de carácter iusprivatista que surgen frente al fenómeno, pues hay mas circunstancias que las

normalmente planteadas, que quedaran sin regulación si efectivamente no se adelanta un estudio mas acucioso del impacto del artículo 12 de la Convención en nuestro ordenamiento jurídico.

Conclusiones

- La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad supuso un cambio en el paradigma sobre el que abordar el fenómeno de la discapacidad, superando los modelos de prescindencia y médico-rehabilitadores, para establecer uno de carácter social, basado en el respeto de los derechos humanos, por el cual se pretende no solo la materialización de los derechos de dicho grupo poblacional históricamente marginado, sino que también, la modificación del entorno social, para que este sea mas amigable para todas las personas, tengan o no discapacidad.

- El sistema obligacional de derecho privado vigente en Colombia, esta sustentado en la teoría del negocio jurídico, mediante la cual, el acto de relevancia jurídica, que supone una disposición de intereses jurídicos, esta sometido en su validez, a diferentes presupuestos, entre el que se encuentra el de la capacidad jurídica de la persona, haciendo por consiguiente, la figura de la capacidad jurídica, un punto importante en la posibilidad de obligarse de acuerdo con las leyes existentes.

- Desde el derecho privado, la capacidad jurídica no solo responde a la posibilidad concreta de obligarse a una prestación determinada, sino que en su ejercicio, compone en el sujeto que la ejerce, la comprensión de las circunstancias alrededor de la obligación por asumir, como también, el acto de comunicar claramente a sus interlocutores su deseo de obligarse en un sentido determinado.

- El método de incapacitación que es la interdicción judicial, en su esencia, es un mecanismo sustitutivo de la capacidad jurídica y por consiguiente contrario a los estándares establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, siendo por lo tanto también inconstitucional en el ordenamiento jurídico colombiano y susceptible de no aplicarse en casos concretos, gracias a la excepción de constitucionalidad.

- No existe una fórmula exacta para establecer los apoyos, consistentes en ajustes razonables, que necesitan las personas con discapacidad intelectual, para que se les asista en el ejercicio de su capacidad jurídica y de esta manera, puedan ejercer derechos y contraer obligaciones de la manera más concienzuda posible.

- La prerrogativa de la capacidad jurídica, de acuerdo con los contenidos axiológicos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, tiene la naturaleza de un derecho humano y por lo tanto, guarda una mayor categoría en el ordenamiento jurídico colombiano.

- El artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad impactó fuertemente en el régimen obligacional vigente en Colombia, como también en circunstancias especiales en que obra el derecho civil como el comercial, sin embargo, tal circunstancia no ha merecido el análisis suficiente y por lo tanto, se desconocen a plenitud, cada una de

las consecuencias de la adopción el instrumento internacional en el sector del derecho seleccionado.

Referencias bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio, HOMO SACER I EL poder soberano y la nuda vida, editorial PRE-TEXTOS, España 1998.

AGAMBEN, Giorgio, HOMO SACER III El archivo y el testigo, editorial PRE-TEXTOS, España 2002.

AGAMBEN, Giorgio, HOMO SACER, II, I, Estado de excepción, Editorial Adriana Hidalgo editora, Argentina 2004

ALVAREZ & SEOANE, N. & 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. En Revista de Derecho Privado y Constitución, número 24, Págs. 11-6. Madrid.

ARIAS, B.E. (2010) Los derechos civiles de las personas con discapacidad mental en Colombia: Una actualización tardía y restringida. En Revista Colombiana de Psiquiatría, vol.39, No. 2. Bogotá D.C.

BACH & KERZNER (2010) A new paradigm for protecting autonomy and the right to legal capacity. En Law commission of Ontario, recuperado en: , Ontario.

BALBOA, T. R. (2014). Hacia la reforma del código civil y la ley de enjuiciamiento civil en materia de discapacidad. En M. D. GARNICA, *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia* (pág. 26). Madrid: Dykinson, S.L.

BARRANCO, CUENCA & RAMIRO, M. de C., P. & M.A. (2012) Capacidad jurídica y discapacidad: El artículo 12 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad. En Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá V. Págs. 53-80. Madrid.

BARRIFI, F. J. (2014) Tesis Doctoral, El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y sus relaciones con la regulación actual

de los ordenamientos jurídicos interno, Universidad Carlos III de Madrid, recuperado en: , Madrid.

BENAVIDES, A.F. (2013) Tesis Doctoral, Modelos de capacidad jurídica: Una reflexión necesaria a la luz del art. 12 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, Universidad Carlos III de Madrid, recuperado en: . Madrid.

BOHORQUEZ, A. (2004) De los negocios jurídicos en el Derecho Privado Colombiano, Volumen I, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Bogotá D.C.

BOHORQUEZ, A. (2004) De los negocios jurídicos en el Derecho Privado Colombiano, Volumen II, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Bogotá D.C.

BOHORQUEZ, A. (2005) De los negocios jurídicos en el Derecho Privado Colombiano, Volumen III, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., Bogotá D.C.

CASTRO & CALONJE, J.G & N.X (2015) Derecho de obligaciones, aproximación a la praxis y a la constitucionalización, Colección JUS PRIVADO, Universidad Católica de Colombia, Bogotá D.C.

CAYO, L. (2012). La configuración jurídica de los ajustes razonables. En L. Cayo (Ed.), 2003 – 2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Madrid: Grupo Editorial CINCA

CELIS & GUTIERREZ, H.E. & P.E. (2011) Políticas públicas en discapacidad en Colombia, en Revista CIFE, Vol. 19, Bogotá D.C.

CUENCA, P. (2011) La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el art. 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el ordenamiento jurídico español, En Derechos y libertades: revista de filosofía del derecho y derechos humanos, No. 24, Págs. 221-257, Madrid.

CUENCA, P. (2012) El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española, En REDUR, vol. 10, Logroño.

- FERNANDEZ DE BUJAN, A. (2011) Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad. En RJUAM, No. 23, Págs. 53-81, Madrid.
- FERNÁNDEZ, J. (2005) El Código de Napoleón y su influencia en América Latina: reflexiones a propósito del Segundo Centenario. In El derecho internacional en tiempos de globalización: libro homenaje a Carlos Febres Pobeda. Universidad de los Andes, Publicaciones del Vicerrectorado Académico, Mérida (Venezuela), pp. 151-190. ISBN 980-11-0927-0
- GONZALES, A. K. (2010) Capacidad jurídica de las personas con discapacidad, En 20 Aniversario Los Derechos Humanos un Compromiso de Todos, Comisión Nacional de Derechos Humanos, Primera edición, México.
- GONZÁLEZ, A. K. (2010). Capacidad jurídica de las personas con Discapacidad. (pág. 59). Mexico D.F, Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- GUERSCHBERG, K. (2014) Personas adultas con discapacidad intelectual y organización de apoyos para la autodeterminación, en: 1er Congreso Internacional Virtual sobre Discapacidad y Derechos Humanos, Red de Expertos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- LADRON, P. (2012) Los procesos en materia de capacidad a la luz de la Convención de Naciones Unidas de derechos de las personas con discapacidad, En Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá V, Págs. 203-222, Madrid.
- MUÑOZ, M. (2008) Traducción de la obra “Le code Civil” de Jean Louis Halpérin (Memoria de prueba para grado) Escuela de Derecho, Universidad de Chile, Santiago de Chile.
- NILLSSON, A. (2011) ¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial, En Commissaire aux droits de l’homme, Estrasburgo.
- PARAMO, J. (1988). Entrevista a H.L.A. Hart. En DOXA, 05, (pag.347). Alicante, Universidad de Alicante.

- PARRA, C (2015) Retos de la convención de discapacidad en Colombia, En Estudios de Derecho Universidad de Antioquia, Vol. LXXII, No. 159, Medellín.
- PARRA, C. (2012) Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: desarrollo normativo en Colombia, En Estudios de Derecho Universidad de Antioquia, Vol. LXIX, No. 154, Págs. 301-321, Medellín.
- PEREZ DE ONTIVEROS, C. (2009) La convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar, En Derecho Privado y Constitución, No. 23, Págs. 335-368, Madrid.
- PETIT, E. (traducido en 1919) Tratado elemental de derecho romano, Novena edición francesa, primera edición en español, Buenos Aires.
- PLATÓN, (traducido en 1871) Primer Alcibíades, en Obras Completas, tomo 1, Madrid, edición de Patricio de Azcárate.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2017). Diccionario de la lengua española (23.a ed.). Consultado en: <http://dle.rae.es/?w=diccionario>
- ROIG, R de A. (2010) Capacidad jurídica y discapacidad, propuestas para la adaptación normativa del ordenamiento jurídico español, al art. 12 de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, En Red tiempo de los derechos, Informe No. 23, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid.
- SERRANO, R (2007) La capacidad negocial del menor adulto. En Estudios socio-jurídicos, 9(1); 166-182. Bogotá D.C.
- SERRANO, R. (2010) Modificaciones al régimen de capacidad humana en la ley 1306 de 2009, En Revistad Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Vol. 40, No. 113, Págs. 297-320, Medellín.

VILLARREAL, C. (2014) Tesis de Maestría, El reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual y su incompatibilidad con los efectos jurídicos de la interdicción y la curatela: lineamientos para la reforma del Código Civil y para la implementación de un sistema de apoyos en el Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

ZORRILLA, M. C. (2014). Las reformas de los mecanismos de protección de las personas con discapacidad intelectual en el ordenamiento catalán. En M. D. GARNICA, Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia (págs. 66-67). Madrid: Dykinson, S.L.

Referencias jurídicas

ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE (1991) Constitución Política de Colombia, recuperado de:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

COMITÉ DE MINISTROS DE ESTADOS MIEMBROS SOBRE LOS PRINCIPIOS REFERENTES A LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS MAYORES INCAPACITADOS (1999) Recomendación N. R (99) 4 (*) recuperado de:
<http://sid.usal.es/idocs/F3/LYN10470/3-10470.pdf>

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2016) Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia, recuperado de:
<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Recomendaciones-comite-colombia-2016.pdf>

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (1873) Código Civil de los Estados Unidos de Colombia, recuperado de:
http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2006) Ley 1098 de 2016, Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2009) Ley 1306 de 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. de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1346_2009.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2009) Ley 1346 de 2009, or 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 de 2006 recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1306_2009.html

CONGRESO DE LA REPÚBLICA (2013) Ley 1618 de 2013, Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1618_2013.html

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (2006) CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Recuperado de: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA (1971) Decreto 410 de 1971, Por el cual se expide el Código de Comercio Recuperado de: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_comercio.html

