

CAPACIDAD NEGOCIAL: PERSONAS EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD*

BUSINESS CAPACITY OF PEOPLE WITH DISABILITIES

Leonardo Enrique Carvajalino Rodríguez*, Lilia Adriana López García,

** Silvana Patricia Villacob Hernández***

Resumen.

En Colombia, históricamente ha existido la discriminación dirigida a personas en condición de discapacidad, vulnerando así sus derechos humanos. En el derecho civil, la discriminación se asocia a la capacidad legal de realizar negocios jurídicos, esto es, la incapacidad otorgada a las personas en condición de discapacidad para el ejercicio de la cuestión jurídica. Desde el aspecto legal, en el derecho civil, ha sido imprescindible el derecho constitucional, surgiendo tres concepciones del término discapacidad que ha evolucionado dada la necesidad de dar cumplimiento a los convenios internacionales en materia de igualdad y eliminación de todas formas de discriminación que han sido suscritos por Colombia, generando así un cambio en el concepto de capacidad legal o capacidad para realizar negocios jurídicos.

Palabras clave: autonomía, discapacidad, capacidad, teoría social.

Abstract

Historically, there has been discrimination directed at people with disabilities, thus violating their human rights; In Colombia, under civil law, this discrimination is associated with legal capacity, associating it with the impossibility of carrying out legal business, that is, legal capacity, a situation that has been evolving, in order to protect the human rights of this group structurally. discriminated against. From the legal aspect, in civil law, constitutional law has been essential, emerging three conceptions of the term disability that have evolved given the need to comply with international conventions on equality and elimination of all forms of discrimination that have been subscribed by Colombia, thus generating a change in the concept of legal capacity or capacity to carry out legal business.

Keywords: autonomy, disability, capacity, social theory.

* Artículo de revisión

* Abogado, Mg. Responsabilidad Contractual y Extracontractual, Civil y del Estado. Investigador Grupo Investigación GIOJ Uniciencia. l.carvajalino@uniciencia.edu.co. código orcid: 0000-0001-9235-6642.

** Ingeniera Química, Mg. Gestión de Proyectos, estudiante de Derecho Uniciencia. la.lopezgarcia@uniciencia.edu.co -código orcid: 0000-0001-5055-5280.

***Abogado, Esp. derecho laboral y de la seguridad social, abogado conciliador, docente universitario; coordinador académico programa de derecho. spvillacobhernandez@uniciencia.edu.co / código orcid: 0000-0001-7301-3070.

Introducción

Teniendo en cuenta la universalidad de los derechos humanos, el artículo presenta el análisis específico de derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad en Colombia; para esto, se hace un análisis histórico del concepto de discapacidad, identificando las diferentes categorías que han marcado la diferencia conceptual frente a la aplicación del derecho civil, determinando las diferencias en cuanto a los requisitos y consecuencias asociadas a la capacidad legal para contraer obligaciones por parte de este grupo, históricamente marginado.

Las representaciones de las personas en condición de discapacidad

Desde tiempos históricos se han desarrollado diferentes concepciones básicas asociadas a discapacidad. Según Paños (2022), existen al menos cuatro tipos de nociones de discapacidad: 1) la concepción de la prescindencia; 2) la idea de la marginación; 3) la médico-rehabilitadora y; 4) el modelo social de la discapacidad; algunos ejemplos de estas nociones que están vigentes:

1. La concepción de la prescindencia era importante en el mundo místico de la Roma y Grecia antiguas, quienes veían la discapacidad como un castigo producto del pecado o de la furia de los dioses, por lo que se buscaba la eliminación de la persona con

discapacidad (Pérez, 2019). En este sentido, lo ilustra la sentencia T-340 de la Corte Constitucional, cuando refiere la prescindencia como: i) *el origen religioso o metafísico de la discapacidad; (ii) la percepción sobre el discapacitado como persona innecesaria o inútil a la sociedad; (iii) las medidas de eliminación o marginación como respuesta del Estado y la sociedad*” (Corte Constitucional de Colombia, 2010). Es decir, La concepción de la supresión de la persona en situación de discapacidad sigue la línea de vincular ésta con el pecado y castigo, y así excluirlo socialmente.

2. La concepción médico-rehabilitadora asocia a la persona con deficiencias en las condiciones de salud, razón por la que debe tener tratamiento médico, complementado con una aceptación y una adaptación a la condición de discapacidad, en caso de no lograrse una completa mejoría. Según la sentencia T-340 de la Corte Constitucional este esquema se basa en lo siguiente: (i) *el origen científico (médico) de la discapacidad; (ii) la existencia de un valor en el discapacitado, siempre que sea posible su rehabilitación; (iii) la concepción de la persona con discapacidad como inferior en destrezas y aptitudes; (iv) la adopción de medidas orientadas a la normalización del discapacitado, dentro de un parámetro marcado por la idea de un individuo estándar (o normal), lo que a su vez*

implica la adopción de medidas como la educación especial o el trabajo vigilado o protegido (Corte Constitucional de Colombia, 2010).

Por otra parte, de acuerdo con Victoria (2013), la discapacidad se comprende como un estado errático de los individuos que impide la adaptación social y por tanto es preciso corregirlo mediante un modelo de inclusión en la sociedad.

Los derechos humanos de las personas con discapacidad

De acuerdo con Ferrajoli (como se citó en Rocca y Bonjour, 2010), los derechos fundamentales, incluidos en los derechos humanos, son derechos subjetivos establecidos en una norma o ley. Es decir, para Ferrajoli los derechos fundamentales comprenden:

todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por ‘derecho subjetivo’ cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por ‘status’ la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. (p.143).

De acuerdo con Massini (2020), para Ferrajoli, “la fundamentación

racional exige la formulación de los criterios meta éticos y metas políticos idóneos para justificar su fundamentación normativa (...) la fundamentación axiológica remite a cuatro criterios (...) la igualdad (...), la dimensión sustancial a la democracia (...) la paz (...) la ley del más débil, como alternativa a la ley del más fuerte que imperaría en su ausencia” (Ferrajoli, citado por Massini-Correas, 2020, p.148).

Es decir, los derechos de las personas que sufren discapacidad cognitiva se han visto vulnerados, en un primer momento por marginarlos o posteriormente por rehabilitarlos y protegerlos y; en todas las perspectivas, han sido privados de sus derechos fundamentales como el derecho a la personalidad jurídica, a la libertad, a la autonomía privada y a la igualdad jurídica. De tal manera, al derecho civil le ha tocado deconstruir el régimen de protección para convertirlo en uno de garantía de los derechos humanos a la población discapacitada.

Según Bernal, (2012), la primacía de los derechos humanos en Colombia se entiende de acuerdo a categorías abiertas de carácter indeterminado; esto significa que frente a alguna posible amenaza o vulneración de un derecho, el juez constitucional debe analizar el caso específico acorde a lo establecido tanto en la Carta Política, como en el bloque de constitucionalidad, de tal manera se construye una teoría material de la Constitución, que puede ser consultada

para respaldar decisiones que posteriormente se aplican como precedente constitucional.

La Constitución de 1991 en Colombia reconoce la protección de los derechos de las personas con discapacidad así: “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran” (Constitución Política, 1991, Art. 47), elevándolo a la categoría de derecho fundamental. Así mismo, el artículo 93 de la carta política establece que los tratados internacionales ratificados por el Congreso de la República, tienen rango superior a las leyes. De tal manera el ordenamiento jurídico, a la luz de la nueva carta política y de los acuerdos internacionales, evoluciona en su conceptualización sobre el tema de discapacidad, por ello, la ley 762 (2002) promueve la inclusión social de las personas con discapacidad y establece un marco normativo para la defensa de sus derechos fundamentales.

Así mismo, el avance del ordenamiento jurídico colombiano se vislumbra a la par con los acuerdos internacionales, tales como la Convención *sobre los Derechos de las personas con Discapacidad*”, (CRPD), adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, la cual desarrolla el modelo social del concepto de personas con discapacidad como: “aquellas que tengan deficiencias físicas,

mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, 2006). A la luz de esta Convención en Colombia en 2009, se expide la ley 1346 la cual se asegura que las personas en condición de discapacidad tengan acceso a obras y contenidos, promoviendo los derechos fundamentales a la educación y cultura; años más tarde, la ley 1618 de 2013 garantiza el ejercicio de los derechos a esta población, estableciendo medidas para su inclusión en la vida social y la ley 1751 de 2015, establece el derecho a la salud, asegurando el acceso y servicios adecuados y oportunos.

La no discriminación a personas en condición de discapacidad

Para Bobbio, (1993) la no discriminación lleva implícito el concepto de igualdad, que significa que todos los ciudadanos pueden gozar de los derechos humanos y no pueden ser excluidos del goce de los mismos, mucho menos las personas más débiles, para quienes según Ferrajoli (2009) son sujetos de derechos. Según Pérez, (2019), la historia de la humanidad ha considerado que las personas en condición de discapacidad no comprenden sus propios actos, y por lo tanto se les atribuye una incapacidad jurídica que les imposibilitaba para la realización de negocios de manera directa, requiriendo siempre de un representante.

Sin embargo, dicha consideración quedó prohibida de manera expresa en el artículo 12 de la Convención en los siguientes términos: “Los Estados reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. (Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, 2006).

De esta manera, la CRPD señala que es un deber del Estado aplicar el principio de “*no discriminación*”, a la población que se encuentra en situación de discapacidad; Así mismo, la Convención de la ONU (2006) señaló que las personas que sufran discapacidad mental pueden necesitar asistencia social, por lo que la legislación de cada país debe señalar los apoyos que considere para dicho fin, en los siguientes términos: “Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica”. (Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, 2006).

No obstante lo anterior, la Convención de la ONU (2006) señala que los ordenamientos jurídicos pueden adoptar las correspondientes salvaguardas para proteger a las personas discapacitadas, en los siguientes términos: “Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses

ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona”. (Art. 12).

Según Paños (2022) la Convención de la ONU busca proteger la autonomía de las personas, dando prevalencia a la voluntad de quien la expresa, entendido como el querer con todas las implicaciones correspondientes, incluyendo la posibilidad de tomar riesgos y respetar todo tipo de elecciones y/o decisiones.

Concordante con lo anterior, es claro que uno de los derechos de los que goza el sujeto es la autonomía, por la que es libre de expresar su voluntad acorde a lo que desee; dicho de otro modo, se respeta el derecho de toda persona a tomar los riesgos que considere como parte de su elección, situación en la que se incluyen las decisiones de las personas en condición de discapacidad, logrando así la consecución de su plena igualdad, y la protección de su dignidad.

Es de resaltar que, según lo expresa Alexy, (1993), la discriminación se genera por una *desigualdad de facto*, basada en las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que generan barreras, las cuales hay que superar mediante una *igualdad de iure*, mediante la implementación de medidas dirigidas a eliminar las barreras de las personas que se encuentran en situación de discapacidad, usando como base el ordenamiento jurídico y el precedente constitucional garantizando el derecho a la

igualdad establecido en el artículo 13 de la Constitución Política de 1991.

La capacidad legal en personas en condición de discapacidad

Según Valencia y Ortiz (2020) en Colombia la capacidad se define como un atributo de la personalidad por el cual, la persona puede obligarse por sí misma, sin necesidad de la intervención de terceros. El código civil clasifica la discapacidad mental, en absoluta y relativa. Los incapaces absolutos son los impúberes (menores de 14 años) y las personas que sufren una discapacidad mental que no les permite valerse por sí mismos. Los incapaces relativo son las personas entre 14 y 18 años, del mismo modo, el código civil incorpora el concepto de nulidad de los actos, para los casos de negocios jurídicos celebrados por una persona clasificada como *incapaz*.

Por otra parte, el Código Civil describía a las personas que sufrían discapacidad mental usando términos discriminatorios como: *imbecilidad, idiotismo, demencia, locura furiosa*, situación que contrariaba lo establecido en el principio quinto de las Directrices Internacionales sobre el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad: *Las personas con discapacidad tienen derecho a todas las salvaguardias sustantivas y de procedimiento reconocidas en el derecho internacional en igualdad de condiciones con las demás y los Estados deben realizar los ajustes necesarios para garantizar el debido*

proceso (Corte Constitucional, Sentencia C-478/2003) Esta sentencia, señaló que las palabras que utilizaba el Código Civil para describir las personas afectadas por una enfermedad mental, atentaban contra la dignidad humana y fueron declaradas inexequibles.

Continuando con el desarrollo jurídico sobre discapacidad, la Corte Constitucional (T-492 de 2006) desarrolló el concepto de incapacidad civil como una figura para proteger a las personas con discapacidad por su situación de debilidad manifiesta, ya que en caso que si la persona no podía comprender su comportamiento, se anulaba su capacidad para obligarse, siendo necesario que otra persona actuará por ella representándola dentro del mundo jurídico, durante el tiempo que perdurará esta situación de discapacidad. Es de aclarar que para que el discapacitado mental fuera considerado incapaz jurídico se hacía imprescindible la declaración de un juez, quien mediante sentencia judicial lo declaraba interdicto; de esta manera, para recuperar la capacidad se necesitaba nueva decisión judicial que lo rehabilitara. De este modo, las decisiones del juez obligatoriamente debían estar acompañadas de conceptos médicos.

Con el fin de sujetarse a estándares internacionales, el legislador colombiano expidió la Ley 1306 de 2009, que tenía como su principal finalidad determinar que las personas discapacitadas eran sujetos de especial protección constitucional: *“La protección de la*

persona con discapacidad mental y de sus derechos fundamentales será la directriz de interpretación y aplicación de estas normas” (Ley 1306/2009, art. 1)

No obstante, lo anterior, según Bregaglio (2020), la ley 1306, mantenía una perspectiva de exclusión social hacia las personas que sufrían discapacidad, señalando que son incapaces absolutos o relativos dependiendo la patología que padecieran, determinando así el alcance de dicha discapacidad, situación que evidenciaba la falencia del legislador al intentar armonizar la normatividad nacional con las disposiciones internacionales, dado que no logró superar con eficiencia el modelo rehabilitador dispuesto en el Código Civil; sin embargo, es de resaltar su intención por eliminar los términos que minaban la dignidad de los sujetos en situación de discapacidad y la regulación de ciertos aspectos de forma concreta.

Por otra parte, frente a la incapacidad absoluta, la ley 1306 de 2009 expresa que: “Se consideran con discapacidad mental absoluta quienes sufren una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental”, mientras que las personas que sufrían de incapacidad relativa eran aquellas con deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio” (art. 17). Según Medina (2014) la ciencia médica tenía control sobre la declaración de

interdicción y rehabilitación. Así, para que la persona con discapacidad sea declarado incapaz jurídico se necesitaba que un psicólogo o psiquiatra dictaminara que tenía una afectación por la que no podía comprender el alcance de sus actos y ponía en peligro su patrimonio, dictamen que debía darse para rehabilitarse y adquirir su plena capacidad.

En 2014, el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad emitió la observación general CRDP/C/11/4, sobre el artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad titulado: *igual reconocimiento como persona ante la ley*, señalando como obligación de los Estados:

Para reconocer plenamente la capacidad jurídica universal, en virtud de la cual todas las personas (con independencia de su discapacidad o de su aptitud para adoptar decisiones) poseen inherentemente capacidad jurídica, los Estados deben dejar de negar la capacidad jurídica cuando el propósito o efecto de esa negación sea discriminar por motivos de discapacidad. Los sistemas que niegan la capacidad jurídica basándose en la condición de la persona constituyen una violación del artículo 12 porque son discriminatorios prima facie, ya que permiten imponer la sustitución en la adopción de decisiones basándose únicamente en que la persona tiene un determinado diagnóstico. Del mismo modo, los criterios basados en las pruebas funcionales de la capacidad mental o en los resultados que conducen a negar la

capacidad jurídica constituyen una violación del artículo 12 si son discriminatorios o si afectan en mayor medida al derecho a la igualdad ante la ley de las personas con discapacidad (ONU, CRPD/C/11/4., 2014, pp. 24-33)

Por lo anterior, para dar cumplimiento al artículo 12 de la CRPD y a las observaciones del comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, el Congreso colombiano expidió la ley 1996 de 2019, la cual reconoce la plena capacidad de la persona discapacitada, tomando como premisa fundamental la decisión de la propia persona por sobre la de terceros. En esta nueva visión, el legislador respeta la autonomía y libertad de estas personas (Asis, 2026).

Así, con la ley 1996 de 2019, se eliminó la figura de la interdicción o inhabilitación, que en términos de la Corte Suprema de Justicia “restringían, en mayor o menor grado, el ejercicio de su capacidad legal” (Sentencia STC 2070-2020).

Cabe recordar que, en Colombia, antes de la expedición de la ley 1996 de 2019, cuando una persona padecía una enfermedad mental, se podía iniciar un proceso judicial para declararla “interdicta”, figura mediante la cual la persona con discapacidad era privada de su capacidad legal y se le designaba un tercero quien era el encargado de expresar la voluntad; esta figura se conocía como la interdicción, la cual, según la Corte

Constitucional (Sentencia C-983/2002) buscaba la protección del sujeto.

El régimen de guardas y de apoyos para personas en condición de discapacidad

Retomando el código civil colombiano, el denominado régimen de guardas provino de la visión del *Corpus Iuris Civilis*, con algunas modificaciones señaladas por los franceses. Es así como el régimen romano consideraba que las personas que sufrían de una discapacidad mental debían tener un curador, quien los iba a representar en los diferentes actos que realizaba, así los discapacitados mentales eran personas que no podían expresar su voluntad, por lo que un tercero lo hacía por ellos.

Frente a las guardas de personas con discapacidad absoluta, originalmente el artículo 545 del Código Civil, modificado por el artículo 8 de la Ley 95 de 1890 señalaba que estaba privada la administración de los bienes “El adulto que se halle en estado habitual de imbecilidad o idiotismo, de demencia o de locura furiosa, será privado de la administración de sus bienes, aunque tenga intervalos lúcidos” (Código civil, 1890).

De lo anteriormente descrito, se concluye que la persona discapacitada debía tener un curador, quien era designado después de un proceso de interdicción. De esta manera, el artículo 428 del código civil de la época, definió el concepto de curador como aquellos “cargos impuestos a ciertas personas a

favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre o marido, que pueda darles la protección debida” (código civil, 1890, artículo 428). De esta manera, el curador era el encargado de representar al pupilo en los diferentes actos judiciales y extrajudiciales que realizaba éste, tal como lo señalaba expresamente el código civil, así: *Toca al tutor o curador representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales o extrajudiciales que le concierne*. Igualmente, dentro de las características que tenía el curador se incluía la de cargo permanente, durante el tiempo que el individuo padeciera la patología, manejando así todo el patrimonio de la persona con discapacidad. (código civil, 1887, art. 480).

Posteriormente, la Ley 1306 de 2009 señaló en su artículo primero que “El ejercicio de las guardas y consejerías y de los sistemas de administración patrimonial, tendrán como objetivo principal la rehabilitación y el bienestar del afectado”, dándole así a las guardas, un carácter rehabilitador hasta lograr su recuperación. Al respecto, es importante mencionar que en el Código Civil, quien sufría de una enfermedad mental era declarado interdicto o inhabilitado; el interdicto se veía como una medida de protección del sujeto, donde: “La interdicción de las personas con discapacidad mental absoluta es también una medida de restablecimiento de los

derechos” (art. 25), mientras que la inhabilidad declaraba que la persona en condición de discapacidad relativa requería la asistencia de un consejero para ejecutar negocios complejos y de cuantía considerable (art.34).

Igualmente, en la Ley 1306 de 2009, el curador era quien realizaba un análisis de los actos beneficiosos o convenientes de su representado. Esto se refleja en el artículo 88 así: *El curador representará al pupilo en todos los actos judiciales y extrajudiciales que le conciernan*. Es así como esta representación se analizaba bajo el criterio de la utilidad, donde el curador debía estudiar cada negocio y determinar que le convenía a su representado: “*Los guardadores, personas naturales, deberán administrar los bienes patrimoniales a su cargo, con el cuidado y calidad de gestión que se exige al buen padre de familia, buscando siempre que presten la mayor utilidad al pupilo* (ley 1309, 2009, art. 90).

Posteriormente, mediante la expedición de la Ley 1996 de 2019 se modificó completamente este régimen, reemplazando a los curadores por individuos que brindan un soporte a la persona en condición de discapacidad, denominados *apoyos* y cuya función fue la de ayudar a la persona discapacitada a expresar su voluntad y preferencias para celebrar diversos negocios jurídicos; a diferencia del régimen de los curadores, los apoyos tienen carácter transitorio. De esta manera, los apoyos se constituyen mediante una figura denominada *acuerdos*

de apoyo, Según Valencia (2020) los acuerdos son: negocios jurídicos en cuya virtud una o varias personas naturales o jurídicas de confianza de la persona en condición de discapacidad realizan una ayuda o asistencia personal directa, para que en cada situación específica pueda comunicarse y comprender el negocio jurídico que celebra y declarar su voluntad o preferencias con plena garantía de goce de sus derechos. (p.772).

Por otra parte, es relevante mencionar que la Ley 1996 de 2019 hace referencia a *influencia indebida*, asociándose a cualquier acto que vaya en contra de la voluntad de la persona en condición de discapacidad, quien busca expresar su voluntad. Esto significa que el apoyo no tiene la facultad de influir indebidamente en la decisión, esto es, en la interacción entre la persona que presta el apoyo y quien los recibe, lo cual previene de la existencia de señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación.

La prevalencia de la voluntad de la persona en condición de discapacidad

Cuando se hace referencia a la prevalencia de la voluntad, se plasma el principio de autonomía, por la que se respeta el derecho de elección que tiene el sujeto, lo que en derecho civil se denomina “la autonomía privada”, que en términos de Fernando Henestroza (2019) se define como el *poder reconocido a los particulares para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones,*

atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos (p.7).

En Roma se negaba que la persona con discapacidad pudiera expresar su voluntad por la situación en que se encontraba. Por ejemplo: “Un loco no puede realizar ningún negocio, porque no sabe lo que hace” (Gayo, 2000, p. 259) y el Digesto de Justiniano (2004) señalaba que era nula la voluntad del loco. De esta manera, la discapacidad mental llevaba implícita la negación de la autonomía y la libertad de las personas con enfermedades mentales, que les niega la posibilidad de expresar su voluntad.

El Código Civil colombiano (1887), mantuvo la lógica romana cercenando completamente la voluntad de la persona discapacitada, ya que todos los negocios que realizará la persona declarada interdicta quedarían viciados de nulidad, y siempre debía intervenir el tercero. Como la persona con discapacidad era considerada incapaz absoluta su opinión no importaba, siendo el tercero el único que podía expresar la voluntad.

La ley 1306 de 2009 señaló una regla similar en el artículo 90 que el curador y el consejero debían actuar “buscando siempre que presten la mayor utilidad al pupilo” (art. 90). Esta ley consagra que el curador actuaba bajo el criterio de *utilidad estándar*, verificando en cada caso en particular las medidas benéficas para el mantenimiento del

patrimonio de la persona con discapacidad. Teniendo en cuenta este criterio de *utilidad estándar* lo menos importante era la opinión de la persona, puesto que se tomaba el criterio de normalidad que tenía como regla la conservación del patrimonio, durante la celebración de un negocio jurídico, lo que negaba a la persona en condición de discapacidad el derecho de elegir libremente lo que desea, incluyendo la posibilidad de tomar decisiones riesgosas y hasta equivocadas, siempre que ello sea su deseo. En resumen, en la Ley 1306 de 2009 prevalece el cuidado del patrimonio, frente a la decisión de la persona con discapacidad.

En la Ley 1996 de 2019 lo más importante es que la persona en condición de discapacidad decida por sí misma. Por esta razón, los apoyos deben respetar la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, considerando el derecho a tomar riesgos y cometer errores. En esta ley, para que la persona con discapacidad pueda expresar su voluntad, existe la figura de los ajustes razonables: *modificaciones y adaptaciones que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones que las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*” (Ley 1996, 2019, Art. 3). Los notarios, jueces y conciliadores al momento del otorgamiento de los apoyos deben contar con los ajustes necesarios

para que el proceso de comunicación se lleve en debida forma.

Ahora, si la persona teme que en el futuro no pueda expresar en forma debida la voluntad, por una posible enfermedad mental, la ley 1996 de 2019 establece la figura de directivas anticipadas, definidas en el artículo 21 como “una herramienta por medio de la cual una persona, mayor de edad puede establecer la expresión fidedigna de voluntad y preferencias en decisiones relativas a uno o varios actos jurídicos, con antelación a los mismos”. (Ley 1996, 2019). De acuerdo con Valencia y Ortiz (2020), con esta figura se desarrolla la autonomía, ya que la persona anticipa cuál sería su declaración de voluntad a futuro, en caso que no la pueda expresar, ateniéndose a lo señalado previamente.

Para terminar, es importante señalar que existe la posibilidad que la persona con discapacidad no pueda expresar su voluntad, porque la misma patología impide realizarlo en debida forma, razón por la que se utilizara el criterio denominado *mejor interpretación de la voluntad*, que consiste en determinar cuál sería la declaración de voluntad, mediante el análisis de la situación de la persona con discapacidad, según su experiencia, trayectoria de vida, previas manifestaciones de voluntad y preferencias que se tienen en otros contextos. Por lo anterior, el apoyo debe actuar con imparcialidad.

Conclusiones

Las personas en situación de discapacidad deben ser objeto de protección por parte de la sociedad, mediante dos opciones que considera la legislación nacional: i) determinar que es una persona enferma que requiere de tratamiento médico permanente; ii) aquella que tiene una serie de barreras sociales y ambientales que requiere de la intervención del Estado para superarlas.

La protección que el ordenamiento jurídico realice debe considerar el marco de la garantía de los derechos humanos, en especial, al del libre desarrollo de la personalidad y la autonomía del individuo, lo cual se expone en la legislación civil así: i). Al sujeto no se le puede restringir, ni limitar la capacidad jurídica, ni obstruir el

goce de sus derechos fundamentales. ii). siempre debe primar la voluntad del sujeto, sobre criterios de utilidad. Así, la ley verifica mediante ciertos instrumentos está regla que mediante la Ley 1996 de 2019 se daba bajo la figura de apoyos. En caso que no pueda expresar en debida forma surgen instrumentos como las directivas anticipadas, los ajustes razonables, o ante la imposibilidad de expresarse, la regla determina la mejor interpretación de la voluntad de la persona con discapacidad y iii). La solicitud de apoyo ante personas naturales, con el fin de que éstas contribuyan en la manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad. Es decir, en la labor de comunicación frente a terceras personas, sin contravenir la voluntad de la persona discapacitada.

Referencias

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Editorial Centro de Estudios Constitucionales.
- Asis, R. (2016). *Sobre discapacidad y derechos*. Editorial Dykinson.
- Barranco, M., Cuenca, P. y Ramiro, M. (2012). Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad. *Anuario Facultad de Derecho Universidad de Alcalá*, 5, pp.53.80.
- Bernal, C. (2012) *El derecho de los derechos*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Bregaglio, R. y Constantino, R. (2020). Un modelo para armar: La regulación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el Perú a partir del Decreto Legislativo 1384. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 4(1) P.14.
- Bobbio, N. (1993). *Igualdad y Libertad*. Editorial Paidós.

Asamblea Nacional Constituyente, Constitución Política de Colombia, 1991.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4125>.

Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad. (2014) *Observación General sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley*. CRPD/C/11/4. Organización de Naciones Unidas.

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, (2013) ONU CRPD/C/11/4. 24-33.

Cuesta, J. De la Fuente, R, Ortega, T (2019). Discapacidad intelectual: una interpretación en el marco del modelo social de la discapacidad *Controversias y concurrencias latinoamericanas* 11 (189) 85-106.

De Asís, R. Barranco, M. (2010) *El derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Ed. Dykinson.

Ferrajoli, L. (2009) *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, Ed. Trotta.

Hinestroza, F. (2019) Función, límites y cargas de la autonomía privada, *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia* (26) 5-39.

Jiménez, R. Bonnet, P. (2019) Marco Jurídico Procesal de las personas en situación de discapacidad. *Revista Universidad Libre de Colombia*, (37)83-99 <http://doi.org/10.18041/0124-0102/a.37.8175>.

Justiniano, (2004) *Cuerpo de Derecho Civil Romano. Digesto, Tomo II*, Editorial Lex Nova.

Lazo, A. (2020) *Autonomía, vulnerabilidad, dependencia y derechos humanos. La configuración de un modelo social inclusivo para todas las personas*, Editorial Dykinson.

Ley 153 de 1887. (1887,15 de agosto) Diario oficial 7.151 y 7.152.
<https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=15805>.

Ley 762 de 2002, (2002, 5 de agosto) Congreso de la Republica. Diario Oficial 44.889.

Ley 1306 de 2009, (2009,5 de junio), Congreso de la Republica. Diario Oficial No. 47.371.

Ley 1346 de 2009 (2009, 31 de Julio). Congreso de la República. Diario Oficial 47.427.

Medina, J. (2014) *Derecho civil: derecho de personas* Editorial Universidad del Rosario.

Mejía, J. (1991) *Derecho civil: personas*. Ed. Universidad Nacional de Colombia.

Ospina, G, Ospina, E. (2005). *Teoría General del Contrato y del negocio jurídico*, Editorial Temis.

Paños, A. (2022) *Nuevo paradigma en el ejercicio de la capacidad jurídica: apoyos voluntarios a las personas con discapacidad*. Editorial Dykinson.

Pérez, S. (2019) *Discapacidad y Derecho Romano*. Reus Editores.

Portilla, S (2019). El secreto profesional médico y las personas con discapacidad, en el ordenamiento jurídico colombiano. *Estudios Socio-Jurídicos*, (21), 2, 357-385.

Ramírez, M. y Ospina A. (2018) *El reconocimiento de la capacidad jurídica dentro del contexto de igualdad: una asignatura pendiente del estado colombiano*. U. Externado de Colombia.

Rua, N. y Gómez E., (2020). Personas con discapacidad, salud laboral y capacidades en las leyes del 2011-2020. *Revista Ciencia y Cuidado*, 17 (2)116-128.

Sentencia T-340/2010(2010. 5 de noviembre) Corte Constitucional (Juan Carlos Henao, MP). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/ficha-sentencia/783/0/texto/0>.

Sentencia C-478/2003 (2003,10 de junio) Corte Constitucional. (Clara Inés Vargas MP) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-478-03.htm>.

Sentencia T-492/ 2006. (2006, 29 de junio) Corte Constitucional. (Marco Gerardo Monroy MP) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-492-06.htm>.

Sentencia T-340/2010, (2010,11 de mayo) Corte Constitucional (Juan Carlos Henao MP) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-340-10.htm>.

Sentencia C-983/2002. (2002,13 de noviembre). Corte Constitucional. (Jaime Córdova Triviño MP) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-983-02.htm>.

Sentencia C-043/ 2017. (2017,1 de febrero Corte Constitucional (Jorge Iván Palacio MP) <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-043-17.htm>.

Sentencia STC257-2017. (2017,19 de enero) Corte Suprema de Justicia.

Sentencia STC2070-2020, (2020,27 de febrero) Corte Suprema de Justicia.

Sentencia SC4184/ 2020. (2020,3 de noviembre) Corte Suprema de Justicia.

Sentencia C-025/2021. (2021 5 de febrero) Corte Suprema de Justicia.

Sentencia SC2215/2021. (2021 9 de junio) Corte Suprema de Justicia.

Tamayo, S. (2020) *Discapacidad, capacidad jurídica y directivas anticipadas como mecanismo de apoyo para la toma de decisiones*. (Tesis de Maestría, Universidad Pontificia Bolivariana).

Urmeneta, X. (2010) Discapacidad y derechos humanos. *Revista Norte de salud mental*, vol. 8, (38), pp. 65-74

Vallejo, G. Hernández, y M. Posso, (2017), A. La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos. *Revista CES Derecho*, vol. 8, (1), pp. 3-21.

Valencia, A. y Ortiz, A. (2020) *Derecho Civil, Tomo I*, Editorial Temis.

Victoria, José. (2013) Hacia un modelo de atención a la discapacidad basado en los derechos humanos, *Boletín mexicano de Derecho comparado*, 46 (138) pp.1093-1109. doi:10.1016/S0041-8633(13)71162-1