

Capítulo 3

La capacidad de las personas

Noción

El término “capacidad” es un atributo de la personalidad y por esto al definir la persona la identificábamos con el concepto de capacidad jurídica, puesto que las dos nociones prácticamente se identifican. Sin embargo, se debe tener en cuenta que hay dos clases de capacidad: la “capacidad jurídica, de derecho o de goce”, que es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones a la que hacíamos referencia al definir a la persona; y la “capacidad de obrar o de ejercicio”, que es la aptitud para ejercitar tales derechos mediante la celebración de negocios jurídicos.

Clases

La capacidad jurídica

La “capacidad jurídica o de derecho”, denominada también la “capacidad de goce”, se refiere simplemente a la posibilidad de que determinado derecho se radique en cabeza de una persona, sean derechos reales, derechos personales o créditos, o derechos hereditarios. Pero esta capacidad también hace referencia a las obligaciones o deberes

de las que correlativamente es titular una persona. Toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene “capacidad jurídica”; vale decir que tanto el infante como el discapacitado mental y tanto las personas físicas como las personas jurídicas, gozan de dicha capacidad.

La capacidad de ejercicio

La capacidad de ejercicio o capacidad de obrar supone que no toda persona que tenga la capacidad jurídica respecto a los derechos civiles patrimoniales tiene la capacidad de ejercicio de los mismos. La capacidad de ejercicio se ha definido como “la habilidad que la ley le reconoce a una persona para poderse obligar por sí misma, sin la intervención o autorización de otra” (Alessandri Rodríguez, 2005); El Art. 1502 C.C. le da un alcance similar a la expresión al expresar que “consiste en poderse obligar por sí mismos, y sin el ministerio o autorización de otro”.

Para ejercer un derecho civil patrimonial mediante un negocio jurídico, se exige en el sujeto o persona la existencia de un discernimiento mental o de una voluntad plenamente desarrollada. Así, un infante o una persona con discapacidad mental tienen la capacidad jurídica, pero no la capacidad de obrar o de ejercicio, a la luz de la legislación colombiana actual.

En conclusión: la capacidad jurídica, o sea, la capacidad para ser titular de derechos subjetivos patrimoniales, la tiene toda persona sin necesidad de estar dotada de una voluntad reflexiva; en cambio, la capacidad de obrar está supeditada a la existencia de un conocimiento pleno y sensato de la realidad, es decir, de un razonamiento mental que le permita expresar su consentimiento al momento de negociar.

No obstante lo anterior y como se verá a continuación, esta concepción mediante la cual capacidad de ejercicio está supeditada a que la persona no esté sujeta a una discapacidad mental intelectual o capacidad mental psicosocial, está siendo revaluada en la normatividad internacional y nacional .

Presunción de capacidad

La Ley civil presume en su Art. 1503 CC, que toda persona al llegar a los dieciocho años de edad es hábil para adquirir la capacidad de

ejercicio y por consiguiente, para celebrar toda clase de negocios jurídicos sobre los bienes tanto muebles como inmuebles que se encuentran dentro de su patrimonio. Sin embargo, además de la incapacidad proveniente de la edad que es la que tienen los menores de 18 años, la legislación colombiana vigente, esto es la L. 1306 de 2009, consagra la incapacidad de personas afectadas por una discapacidad mental, como veremos a continuación.

Sin embargo, Colombia ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con discapacidad, y promulgó la Ley 1618 de 2013 mediante la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos y la inclusión social de las personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales. Con esta nueva orientación incorporada en nuestra legislación, surgen una serie de obligaciones, tanto para el Estado colombiano como para la sociedad en general, esto es, la familia, los colegios, los medios de comunicación y la academia, de garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, de tal manera, que les sea posible participar plena y efectivamente en sociedad, en igualdad de condiciones que las personas capaces o sin limitación alguna.

La discapacidad física y la discapacidad mental intelectual y mental psicosocial

Como se decía en los párrafos anteriores, la discapacidad en general fue objeto de una Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de Diciembre de 2006 e incorporada en nuestra legislación mediante la Ley 1346 de 2009. Posteriormente, se profirió la Ley 1618 de 2013, con el objeto de garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad mediante la adopción de medidas de inclusión, acciones afirmativas y de ajustes razonables para eliminar toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2009.

Ahora bien, cumplir este paradigma de garantizar el efectivo ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad física, auditiva

y sensorial es un empeño del Estado a través de implementar una política pública al respecto, como lo ha sido la expedición del Documento Conpes 166 de 2013, donde se establece una Política pública nacional de discapacidad en inclusión social. Pero el trabajo que se debe desarrollar hasta obtener que la persona con una discapacidad mental intelectual o mental psicosocial pueda ejercer sus derechos fundamentales bajo un principio de equidad, aunque no de igualdad, es arduo y de largo alcance; es un camino que se debe transitar por etapas y con mucho cuidado, puesto que se hace necesario entender los diferentes estados psíquicos de cada uno de los sujetos afectado por ellas y de esta manera, el verdadero alcance de una discapacidad absoluta o de una discapacidad relativa. Solo conociendo sus verdaderas posibilidades y cuáles son sus limitaciones, será posible facilitar y poner a su disposición los mecanismos que les permita manifestar su voluntad en forma directa al momento de decidir y escoger, si es del caso, qué persona será quien vele por sus intereses y le ayude a decidir sobre su propia vida, así como qué clases de apoyos se requieren para el ejercicio de sus derechos y el cuidado de su patrimonio.

El paradigma que el mundo de hoy busca es no considerar la discapacidad mental como un problema, un defecto o una condición médica sino un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las características funcionales de las personas y las barreras que hay en su entorno, es decir, abolir la interdicción para los discapacitados mentales, de manera que superada la barrera de la edad de 18 años, todas las personas se consideren plenamente capaces de ejercer sus derechos de manera autónoma, con el apoyo y ayuda de la familia, la sociedad y el estado.

Sin embargo, en estos momentos sigue vigente la salvaguarda que a las personas con discapacidad mental les ofrece la L. 1306/2009, cuyo objeto primordial es someterla a una medida de protección como es la interdicción judicial y darle un representante legal que le administre y cuide la integridad de su patrimonio. Adicionalmente, el ejercicio de guardas, consejerías y de los sistemas de administración patrimonial que se establecen en esta ley, tendrán como objetivo principal la rehabilitación y el bienestar del afectado. Por esta razón, se tratará en este libro el tratamiento que en la actualidad brinda la normatividad

colombiana vigente para las personas con discapacidad mental intelectual o mental psicosocial.

Incapacidades provenientes de la edad

La misma naturaleza se ha encargado de dividir la vida del hombre en varios períodos, según el grado de desarrollo físico y mental de cada persona⁶. La primera división es la de mayor o menor de edad que se mencionó anteriormente y cuyo límite es el cumplir los 18 años. En el período correspondiente a la minoría de edad, la ley no considera a los menores de 18 años dentro de un mismo grado de incapacidad, pues fácilmente se comprende que entre un menor de 18 años y uno de 10, existe una notable diferencia. De ahí que en la menor edad se distinguan tres períodos:

1. Menores de 7 años, a quienes se les llama *infantes*.
2. Mayores de 7 años y menores de 12, tanto los varones como las mujeres, a quienes se les denomina *impúberes*⁷.

6 Esto se refleja en el Art. 34 del C.C., que textualmente dice : «Llámesse infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años, impúber, el (varón) que no ha cumplido catorce años (y la mujer que no ha cumplido doce); adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún años (hoy dieciocho –18–, a partir de la Ley 27 de 1977), y menor de edad o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos».

7 En Sentencia de C-534 de 24 mayo de 2005, con ponencia del Magistrado Humberto Sierra Porto, la Corte Constitucional declaró inexecutable las expresiones: «varón» y «la mujer que no ha cumplido doce», contenidas en el art. 34 del C.C., por lo que asimiló la edad de pubertad de la mujer a la del hombre, esto es, a los 14 años. Sin embargo, el art. 53 de la Ley 1306 de 2009 modificó el Art. 34 del C.C., al considerar que son «niños» o «niñas» las personas entre 0 y 12 años y púberes las personas entre 12 y 18 años de edad. Sin embargo, como se verá más adelante, la citada Ley 1306, mantuvo la edad de 14 años como la edad mínima para contraer matrimonio tanto para los varones como para las mujeres.

3. Mayores de 12 años y menores de 18, tanto mujeres como varones, a quienes se les llama *menores adultos*.⁸

Cada uno de estos grupos de menores de edad tiene una diferente clase de incapacidad y se encontrará asistido por un “guardador”, que ejercerá sus funciones dependiendo del grado de incapacidad que afecte a su pupilo. Así, entramos a distinguir cada situación de la siguiente manera:

- a. Los infantes se encuentran totalmente desprovistos de discernimiento; por tanto, no pueden emitir ninguna clase de voluntad jurídica. Los negocios que celebren son inexistentes. Esta regla de la total inexistencia de los negocios que realice el infante, no se halla consagrada de manera expresa, pero puede decirse que se deduce de la ley misma. Así es como el artículo 34 del C.C. consigna este período de la infancia como diferente del de la impubertad y al establecer el 1504 C.C. que los impúberes son incapaces absolutos permite inferir que los infantes carecen de toda capacidad y sus negocios resultan inexistentes (Valencia Zea, 1977, p.438). Sin embargo, el Código de la Infancia y la Adolescencia, toma en cuenta este período para otorgar en su Art. 29, el derecho al desarrollo integral en la primera infancia⁹,

8 Art. 53.- Curador del impúber emancipado.-...PAR.- Para todos los efectos legales el impúber se equipara al niño y niña definido en el Art. 3º del Código de la Infancia y Adolescencia. De igual manera, el menor adulto se equipara al adolescente de este estatuto. Con todo, la edad mínima para contraer matrimonio se mantiene en 14 años tanto para los varones como para las mujeres. Código de la Infancia y Adolescencia, Ley 1098 de 2006, Art. 3º.- Sujetos titulares de derechos. Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niñas las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescentes, las personas entre 12 y 18 años”.

9 Art. 29. Derecho al desarrollo integral en la primera infancia. “La primera infancia es la etapa del ciclo vital en la que se establecen las bases para el desarrollo cognitivo, emocional y social del ser humano. Comprende la franja poblacional que va desde los cero (0) a los seis (6) años de edad. Desde la primera infancia, los niños y las niñas son sujetos titulares de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en este Código. Son derechos impostergables de la primera infancia la atención en salud y nutrición, el esquema completo de vacunación, la protección contra los peligros

que se ve complementado con el Art. 28 del mismo Código, en donde se establece el derecho a una educación de calidad de los niños, niñas y adolescentes, siendo gratuita y obligatoria por parte del Estado en un año de preescolar y nueve de educación básica.

- b. Tenemos entonces que la capacidad propiamente dicha comienza cuando la persona ha cumplido siete años. Pero la ley prohíbe en forma absoluta a los impúberes la realización de negocios jurídicos, ya que se los califica de incapaces absolutos en el Art. 1504 del C.C. Esto implica que los negocios que llegaren a realizar estarán afectados de nulidad absoluta.
- c. La Ley 1309 de 2009 poco se ocupa de la situación de los menores adultos, los que en vigencia del Código Civil eran considerados como incapaces relativos, esto es, que aunque no gozan de una capacidad plena, podían realizar actuaciones que la misma Ley civil les permite realizar por sí mismos y sin necesidad de que medie un representante legal, como se verá en un literal posterior. Con excepción de estas actuaciones permitidas por ley, los menores adultos deben ser asistidos en sus negocios por su representante legal (padre o madre) o por un curador. Si no se reúne este requisito, el negocio quedará afectado de nulidad relativa. Del articulado de la L. 1309 que se refiere al menor adulto, es posible deducir que su condición es la de un sujeto con discapacidad mental relativa¹⁰.

físicos y la educación inicial. En el primer mes de vida deberá garantizarse el registro civil de todos los niños y las niñas”.

10 L. 1306/2009. Art. 15.-Capacidad jurídica de los sujetos con discapacidad.- Quienes padezcan discapacidad mental absoluta son incapaces absolutos. Los sujetos con discapacidad mental relativa, inhabilitados conforme a esta ley, se consideran incapaces relativos respecto de aquellos actos y negocios sobre los cuales recae la inhabilitación. En lo demás se estará a las reglas generales de capacidad. Art. 54. Curador del menor adulto emancipado.- El menor adulto no sometido a patria potestad quedará bajo curaduría; el menor adulto, en todos los casos, tendrá derecho a proponer al juez el nombre de su curador, incluso contradiciendo la voluntad del testador y el juez deberá acogerlo a menos que existan razones para considerar inconveniente el curador propuesto, de las

- d. Cuando el pupilo es un emancipado impúber o púber, el guardador se denomina curador. Con la anotación de que en el caso del impúber este curador ejerce guarda personal, desarrollada según las normas propias del Código de la Infancia y la Adolescencia. Entendemos que si el pupilo es menor adulto, púber o adolescente, según lo admite la misma ley, el curador no ejercerá, necesariamente, la protección al cuerpo del incapaz sino solamente la administración de sus bienes.
- e. La incapacidad relativa del púber o menor adulto, esto es, el mayor de 12 años pero menor de 18, le permite realizar por sí mismo y sin representante ciertos actos, que tendrán plena validez: pueden celebrar matrimonio válido, pese a que no hayan obtenido el consentimiento de sus padres o del respectivo curador (Art. 117 y SS. C.C., con la salvedad de que la Corte Constitucional en fallo C- 507 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, estableció en 14 años la edad mínima también de la mujer; edad mínima que fue reiterada en la Ley 1306 de 2009); tienen capacidad para testar o disponer de sus bienes para después de fallecidos (Art. 1061); pueden reconocer válidamente un hijo extramatrimonial (Ley 75 de 1968, Art. 1); pueden actuar como mandatarios pudiendo obligar a sus mandantes en contratos celebrados con terceros (Art.2154 C.C.); y por último, pueden disponer y administrar libremente los bienes que forman parte de su peculio profesional o industrial (Art. 294).

cuales dejará constancia escrita. El curador del niño o niña, seguirá ejerciendo su cargo al llegar estos a la adolescencia, salvo que el pupilo, en ejercicio de las facultades que se consagran en este artículo solicite su remoción y el juez la encuentre procedente. Respecto de los actos jurídicos de administración patrimonial el curador obrará del mismo modo que los consejeros, pero el menor adulto podrá conferir a su guardador poderes plenos para representarlo en todos sus actos jurídicos extrajudiciales. La representación judicial del menor adulto corresponde al curador. Cuando el menor adulto presente discapacidad mental absoluta, el curador actuará de la misma manera que el curador de una persona en dicha condición y estará obligado a solicitar la interdicción del pupilo a partir de la pubertad y en todo caso antes de llegar el pupilo a la mayoría de edad, so pena de responder por los eventuales perjuicios que se causen al pupilo o sus herederos.

Estos bienes son los procedentes del trabajo del menor adulto, y si puede trabajar y obtener una remuneración a cambio, también estará en capacidad de administrar y disponer libremente de las ganancias de su trabajo¹¹. En este aspecto, se considera que estas actuaciones forman parte de las reglas generales de la capacidad a que hace referencia el Art. 15 de la Ley 1306 de 2009, por cuanto los menores de edad no derivan su incapacidad de un decreto de interdicción judicial. (En este mismo sentido véase a Serrano Gómez, 2011).

Incapacidades provenientes de las personas con una disfunción mental intelectual o mental psicosocial

Ya se ha mencionado como propósito esencial de la Ley 1306 de 2009, el de regular lo relativo a la protección de personas con discapacidad mental y al régimen de la representación legal de incapaces emancipados. De esta manera, los artículos 428 a 628 del Código Civil que regulaban las tutelas y curadurías o régimen de guardas fueron expresamente derogados por el artículo 119 de la citada Ley.

A partir de la vigencia de la L.1306/2009, los incapaces se conocen como personas con discapacidad mental; entre ellas se encuentran los incapaces con discapacidad mental absoluta, llamados anteriormente *dementes*, y los incapaces con discapacidad mental relativa, hasta ahora conocidos como *pródigos* o *disipadores*¹². Cada una de estas discapacidades conduce a un tratamiento jurídico diferente, según se presente

11 Una evidencia de que las normas antes dichas relacionadas mantienen su plena vigencia se puede encontrar en el PARAGRAFO del Art. 54.- Curador del menor adulto emancipado.-... PAR.- Los padres o el curador y el mismo menor adulto, podrán solicitar la designación de un consejero para el manejo del peculio profesional y el juez, de considerarlo procedente, decretará la inhabilitación sometién dose a las reglas pertinentes. Producida la inhabilitación, los padres o el curador hará las veces de consejero, a menos que el juez a solicitud del menor adulto estime conveniente designar otro guardador que tendrá el carácter de administrador conjunto.”

12 La Ley también llama al antiguo disipador como “inmaduro negocial”.

una u otra alteración de la voluntad. Si la destruye totalmente, la discapacidad mental será absoluta; pero si la alteración sólo disminuye la voluntad, y por consiguiente, su ocurrencia impide que se manifieste la voluntad en forma correcta al momento de contratar y de negociar, se estará frente a una discapacidad mental relativa.

Diferentes artículos del Código Civil designan con diferentes nombres a las enfermedades mentales. De esta manera, los artículos 545 y 1504 del Código generalizan a las enfermedades mentales con el nombre de *demencia*; la doctrina suele hacerlo con la denominación de *enajenación mental*. El artículo 8º de la Ley 95 de 1890, las coloca bajo la denominación de “*estado habitual de imbecilidad e idiotismo, demencia o locura furiosa*”. El artículo 140 del Código Civil denomina *locos furiosos y mentecatos* a ciertos individuos incapacitados para prestar válidamente su consentimiento para contraer matrimonio. Por todo lo anterior, la Ley 1306, en el parágrafo de su artículo 2º establece que “El término ‘demente’ que aparece actualmente en las demás leyes, se entenderá sustituido por ‘persona con discapacidad mental’ y en la valoración de sus actos se aplicará lo dispuesto por la presente Ley, en lo pertinente”. En esta consideración, la Ley atendió una recomendación hecha con anterioridad por la Corte Constitucional sobre la necesidad de evitar utilizar estas expresiones por considerarlas ofensivas para la persona afectada de una discapacidad mental (Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Las personas con discapacidad mental absoluta y la discapacidad mental relativa a la luz de la L. 1306/2009

Es conveniente ahora, introducir el concepto de la discapacidad mental *absoluta* y *relativa* que trae la Ley 1306 de 2009, no muy acorde con la denominación actual de disfuncionalidad mental intelectual o psicosocial pero que a nuestro juicio se debe mantener mientras esté en vigencia esta ley que las rige. Comenzando por la *absoluta*, Al tenor del artículo 17, “Se consideran con *discapacidad mental absoluta* quienes sufren una afección o patología severa o profunda de

aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental. La calificación de la discapacidad se hará siguiendo los parámetros científicos adoptados por el Comité Consultivo Nacional de las Personas con Limitación y utilizando una nomenclatura internacionalmente aceptada”¹³, hoy Sistema Nacional de Discapacidad. En cuanto a la *relativa*, el artículo 32 considera que la medida de inhabilitación *por discapacidad mental relativa* se podrá imponer a todas aquellas personas “que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigabilidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, puedan poner en serio riesgo su patrimonio”, el artículo 34 dispone que, “la inhabilitación se limitará a los negocios que, por su cuantía o complejidad, hagan necesario que la persona con discapacidad mental relativa realice con la asistencia de un consejero. Para la determinación de los actos objeto de la inhabilitación se tomarán en cuenta la valoración física y psicológica que realicen peritos”.

Importante para la recta administración de justicia, es el tener claridad sobre el concepto de discapacidad mental absoluta, es decir, en qué consisten y cuáles son las manifestaciones y los trastornos que tipifican una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental. Conceptualización que también se hace necesaria respecto del concepto de discapacidad mental relativa, es decir, las deficiencias de comportamiento, prodigabilidad o inmadurez negocial y de qué maneras estas impactan la realización de determinados negocios.

La precisión de una y otra discapacidad, también contribuye a que el juez puede determinar qué grado de voluntad puede tener un sujeto afectado por cada una de las patologías y así reconocerle efectos jurídicos, incluso en el ámbito del derecho de familia, como se verá cuando se analice el alcance del artículo 50. De igual manera, es de gran trascendencia su definición y alcance para que el juez pueda decidir sobre si concede o no la rehabilitación, tanto de la persona afectada

13 El art. 2º de la Ley 361 de 1997 que creó el comité consultivo nacional de las personas con limitación fue derogado por el artículo 19 de la Ley 1145 de 2007 que organiza el Sistema Nacional de Discapacidad, SND.

de una incapacidad mental absoluta como de una relativa, temáticas que se desarrollarán a continuación dentro del presente capítulo. Por otro aspecto, al buscar similitudes con la normatividad derogada del Código civil, se continúa denominando “guardador” a quien se le encarga en general la tarea de administrar los bienes del incapaz e incluso de la custodia y protección de la persona. Sin embargo, según el grado de discapacidad que tenga el pupilo o sujeto de la guarda, se le denominará “curador”, “consejero”, “administrador”, o “administrador fiduciario”.

En similar sentido, se mantiene el criterio del Código Civil en cuanto a que no es necesario designar un guardador cuando el discapacitado mental está sometido a patria potestad. Un avance en cuanto a precisión conceptual, es la figura de la *patria potestad prorrogada* consagrada en el artículo 26. En ella se define con claridad la función de los padres como guardadores de sus hijos con alguna discapacidad mental, cuando alcanzando la mayoría de edad, se le solicite al juez su interdicción judicial¹⁴. En estos casos, la interdicción permitirá que los padres actúen como guardadores pero bajo los derechos y deberes que les otorga la patria potestad. No obstante lo anterior y sin necesidad alguna, la norma ordena al juez imponer a los padres de la persona con discapacidad mental absoluta las obligaciones y recomendaciones de cuidado personal que impondría a los curadores puesto que la patria potestad las exige con mayor detalle según se verá en el capítulo respectivo; y adicionalmente, si lo considera conveniente o lo solicite el defensor de familia, exigir la presentación de cuentas e informes anuales de que tratan los artículos 108 a 111 de la L.1306/2009. (Art. 26 inciso 2°).

14 Art. 26.-Patria potestad prorrogada. “Los padres, el defensor de familia o el Ministerio Público deberán pedir la interdicción de la persona con discapacidad mental absoluta, una vez este haya llegado a la pubertad y, en todo caso, antes de la mayoría de edad. La interdicción no tiene otra consecuencia que mantener a este adolescente como incapaz absoluto y permitir que opere la prórroga legal de la patria potestad, al cumplimiento de la mayoría de edad.”

Alcance de la protección legal que se le debe dar a las personas con alguna disfunción mental intelectual o psicosocial

Conviene detenerse en varios aspectos que atañen a los derechos de la persona con alguna disfuncionalidad y la forma como se le debe brindar protección sin coartarles su libre desarrollo social, emocional en un entorno familiar y de afectos. Así es como, el artículo 6° detalla la función de protección, enlistando de manera preferente a las personas que les corresponde la protección del sujeto con alguna disfunción mental¹⁵, pudiendo el juez de familia modificar el orden establecido cuando convenga a los intereses del afectado. De igual manera, buscando proteger los intereses de la persona con alguna disfuncionalidad, en su cuarto párrafo, ordena al encargado de su cuidado asegurar para éste un nivel de vida adecuado, lo cual incluye suministrarle una adecuada alimentación, vestido y vivienda apropiados, procurando en todo momento una mejora continua en sus condiciones de vida.

En el artículo 8° establece que los individuos con alguna grado de disfunción mental intelectual o psicosocial, tendrán los derechos que para los niños, niñas y adolescentes consagra el Título I del Código de la Infancia y la Adolescencia, y de igual manera, los que se consagren para personas con discapacidad física, de la tercera edad, desplazada o amenazada y demás población vulnerable. En el artículo 13° se le otorga el derecho al trabajo como una oportunidad de ganarse la vida, a través de un trabajo estable, libremente elegido o aceptado en condiciones adecuadas y con remuneración. Esta remuneración no le conllevará la pérdida a los alimentos o a la asistencia social, a menos que supere los cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes.

15 Art. 6° La función de protección.- La protección del sujeto con discapacidad mental corresponde y grava a toda la sociedad, pero se ejercerá de manera preferencial por: a) los padres y las personas designadas por estos, por acto entre vivos o por causa de muerte; b) El cónyuge o compañero o compañera permanente y los demás familiares en orden de proximidad, prefiriendo los ascendientes y colaterales mayores y los parientes consanguíneos a los civiles; c) las personas designadas por el juez; d) el Estado por intermedio de los funcionarios e instituciones legítimamente habilitadas.”

Es prudente detener la atención, en las causales de terminación de la patria potestad prorrogada establecidas en el parágrafo del artículo 26, a saber: 1) Por muerte de los padres; 2) por la rehabilitación del interdicto; 3) por matrimonio o unión marital de hecho declarada de la persona con discapacidad; y 4) por las causales de emancipación judicial. Teniendo en cuenta que la extinción de la patria potestad prorrogada no conlleva rehabilitación del incapaz absoluto, se puede afirmar que el discapacitado mental absoluto que llegare a quedar enmarcado en alguna de estas situaciones contempladas en la norma, debe ser sujeto de una medida de protección inmediata para designarle un curador que cuide de su persona y de su patrimonio. En este caso el juez debe analizar el listado del artículo 6º y escoger el más idóneos para ejercer dicha función. Un ejemplo ilustra mejor esta situación. Si Pedro en interdicción por alguna disfunción mental intelectual o psicosocial y sujeto a patria potestad prorrogada, teniendo 30 años contrae matrimonio ante el juez de familia con Marcela, de inmediato la patria potestad prorrogada se extingue y se debe proceder a nombrarle un guardador. El juez decidirá si la guarda le corresponde a su cónyuge Marcela o si por el contrario la regresa a uno de los padres. Si opta por uno de los padres, su desempeño dejará de estar regulado por las normas de la patria potestad deberán ajustarse a la normatividad que rige la función del curador de un discapacitado mental absoluto.

Ahora bien, el artículo 50, consagra lo referente a las situaciones de familia en que se puede ver inmerso una persona con una disfunción mental intelectual o psicosocial, entregando su conocimiento al juez de familia. Así es como la norma menciona a título de ejemplo, el matrimonio, el reconocimiento o impugnación de la filiación, la entrega en adopción de hijos, la prestación alimentaria a favor de terceros y otros actos que se asimilen. En los procesos promovidos en cada uno de estos casos, ordena el parágrafo segundo del artículo 50, “el juez de familia deberá escuchar a la persona discapacitada mental absoluta cuando, en opinión de los facultativos, se encuentra en un intervalo lúcido y tenga conciencia del alcance de sus decisiones”¹⁶.

16 El parágrafo del artículo 50 elimina cualquier resquemor que pudiera generar este artículo al ordenar que “Los sujetos con discapacidad, no podrán ser discriminados por su situación en cuanto a las relaciones de familia, en especial

De igual manera, tanto el párrafo del artículo 26 ya visto como el artículo el 50 referente a las situaciones de familia en que se puede ver inmersa una persona con una disfuncionalidad mental, conlleva un cambio de paradigma en cuanto a la presunción legal del artículo 140 en su numeral 3° del Código civil, donde se considera que no es posible celebrar un matrimonio válido por cuanto se supone que falta el consentimiento en los discapacitados mentales absolutos, a quienes se les haya impuesto interdicción judicial para el manejo de sus bienes. En efecto, si la patria potestad termina por matrimonio o unión marital de hecho declarada de la persona con discapacidad, quiere decir que la persona con una disfuncionalidad mental intelectual o psico-social, está facultado para manifestar su consentimiento válido en el contrato matrimonial celebrado ante el juez de familia, según lo dispuesto por el Art. 50 ya comentado. En cuanto a la voluntad de conformar una unión marital de hecho, de manera que al ser declarada también finalice la patria potestad prorrogada a la que estuviere sujeto, es otra de las situaciones a las que hace referencia el artículo 50, cuyo conocimiento debe ser exclusivo, por obvias razones, del juez de familia, siendo el único competente para declararla.

La interdicción judicial y la inhabilitación a la luz de la L. 1306/2009

La interdicción judicial es el estado en que se encuentra una persona a quien judicialmente se ha declarado incapaz absoluta para realizar negocios jurídicos. La interdicción judicial siempre debe ser declarada mediante sentencia judicial y con fundamento en requisitos legales precisos, pues sin el pronunciamiento del juez no es posible que existan interdictos. Los requisitos para que una persona pueda ser declarada en interdicción por discapacidad mental absoluta, se encuentran consagrados en los artículos 25 a 31 de la L. 1306/2009.

el ejercicio pleno de sus derechos relacionados con la constitución de una familia y su participación en ella. Corresponde al juez de familia autorizar las restricciones a estos derechos por razones de protección del individuo”.

Ahora bien, las personas que padezcan deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial que ponga en riesgo su patrimonio, pueden llegar a ser inhabilitadas a petición de las personas que tengan interés en ello, cumpliendo con las medidas y procedimiento consagrado para la inhabilitación de la persona con discapacidad mental relativa, consagradas en los artículos 32 a 39 de la L. 1306/2009.

La persona con discapacidad mental absoluta en interdicción judicial es un *incapaz absoluto* y por ello no puede celebrar negocios jurídicos válidos (art. 48, Ley 1306). El negocio que celebre la persona bajo interdicción se asimila al negocio celebrado por el impúber. La incapacidad conlleva toda clase de negocios jurídicos y no se podrá admitir la prueba de que, a pesar de la interdicción, el interdicto se encontraba en un *estado de lucidez*. Por esta razón se ha dicho por la jurisprudencia y ahora lo reitera la norma, que la sentencia de interdicción tiene por objeto suprimir los *intervalos lúcidos*¹⁷. La administración y gestión de los guardadores está regulada en los artículos 91,92, 93 y 94 de la Ley 1306 de 2009.

En cuanto a la persona con una discapacidad mental relativa, la Ley 1306 de 2009 amplía en forma notoria su capacidad general al permitirles realizar válidamente todos los actos y negocios jurídicos que no estén expresamente relacionados en la sentencia de interdicción. Según el procedimiento establecido en la ley y teniendo en cuenta la valoración física y psicológica que realicen los peritos y habiendo especificado los negocios sobre los que recae la inhabilidad negocial por su cuantía y complejidad, el juez en la sentencia de inhabilitación señalará expresamente los negocios en los que no podrá actuar el inhabilitado por sí mismo y si llegare a ejecutar alguno de ellos, quedarán afectados de nulidad relativa. De igual manera, atendiendo la cuantía del patrimonio, el Juez le señalará una suma para los gastos personales

17 Art. 48.-Eficacia de los actos de los interdictos. “Sin perjuicios de las disposiciones contenidas en el presente capítulo, los actos realizados por la persona con discapacidad mental absoluta, interdicta, son absolutamente nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido. Los realizados por la persona con discapacidad mental relativa inhabilitada, en aquellos campos sobre los cuales recae la inhabilitación, son relativamente nulos”.

del inhabilitado, sin exceder el cincuenta por ciento de su patrimonio¹⁸. En cuanto a dejar una suma al inhabilitado para sus gastos personales, el juez debe tener mucho cuidado y apoyarse muy bien en la valoración psicológica, sobre todo de quienes tienen adicciones a las sustancias psicoactivas o al juego. Por último y de acuerdo con el artículo 35, el inhabilitado se mirará como capaz para todos los demás actos jurídicos distintos de aquellos sobre los cuales recae la inhabilidad.

Se debe recordar en este punto, que el nuevo paradigma es no tratar como una enfermedad a la persona en situación de discapacidad física, sensorial, auditiva o mental y en consecuencia, la interdicción como figura debe ser eliminada para cambiarla por la noción de la rehabilitación integral donde se establece la visión multidimensional y biopsicosocial de las personas con discapacidad, lo que implica la provisión continua y coherente de acciones dirigidas al individuo, a su familia y a su comunidad: salud, educación, trabajo, cultura, recreación y deportes, comunicaciones y transporte, entre otros, con el objeto de facilitar la promoción, prevención, recuperación, rehabilitación e inclusión social de la población.

La rehabilitación de la persona sometida a interdicción y el inhabilitado negocial

En este momento, es importante pasar al análisis del tema de la rehabilitación, tanto del interdicto como del inhabilitado negocial, a la luz de la L. 1306 de 2009, donde el concepto parte del seguimiento a su recuperación, teniendo en cuenta que a la luz de dicha normativa, la interdicción debe recaer sobre una persona con una enfermedad, patología o síndrome mental. A la luz de la Convención de las Naciones Unidas, la rehabilitación integral es procurar bajo el concepto de equidad, la

18 Art. 34.- Alcance de la inhabilitación.- La inhabilitación se limitará a los negocios que, por su cuantía o complejidad, hagan necesario que la persona con discapacidad mental relativa con la asistencia de un consejero. Para la determinación de los actos objeto de la inhabilidad se tomará en cuenta la valoración y psicológica que realicen los peritos. PAR.-El juez, atendiendo las fuerzas de su patrimonio señalará una suma para sus gastos personales del inhabilitado y para su libre administración, sin exceder del 50% de los ingresos reales netos.

inclusión social de las personas con discapacidad, esto es, el adecuado acceso a bienes y servicios, la garantía plena de los derechos ciudadanos y fundamentales y eliminación de toda práctica que conlleve a cualquier tipo de marginación o de segregación.

Retomando la L. 1306 de 2009, en cuanto a la revisión de la interdicción, dispone el artículo 29 que anualmente, el juez del proceso, de oficio o a petición del guardador, ordenará que se practique a la persona con discapacidad un examen clínico psicológico y físico, por un equipo interdisciplinario del organismo designado por el Gobierno Nacional o del Instituto de Medicina Legal. El artículo 30 dispone, en cuanto a la rehabilitación del interdicto, que cualquier persona podrá solicitarla, incluso el mismo paciente. Recibida esta solicitud, el juez solicitará el dictamen pericial correspondiente, así como las demás pruebas que estime necesaria y, si es del caso, decretará la rehabilitación, o en subsidio, sustituir la interdicción por la inhabilitación negocial, cuando la situación de la persona con discapacidad mental lo amerite (Art. 31). Se insiste nuevamente en la importancia de la intervención de los peritos para entrar a determinar cuáles patologías y en qué casos son susceptibles de rehabilitación.

Los mayores de 18 años que no se encuentran en interdicción, gozan de la presunción general de plena capacidad. En consecuencia, si una persona con discapacidad mental no interdicto celebra un determinado negocio jurídico, este negocio goza de la presunción de que es válido hasta tanto no se suministre la prueba de que se celebró en estado de discapacidad mental. Así lo disponía el párrafo 2° del artículo 553 del Código Civil, según el cual “los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción, serán válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente”. Aunque hoy dicha norma ha sido derogada, se considera que su contenido sigue vigente, siguiendo el espíritu que anima la nueva ley de discapacidad mental.

Se pregunta la doctrina si ciertas alteraciones de la voluntad, no debidas a una situación de discapacidad mental propiamente dicha, incapacitan a una persona, como sucede con los negocios celebrados en estado total de embriaguez. Lo cierto es que mientras la embriaguez no constituya un grado de debilidad mental que lo incapacite en forma

permanente, no podrá ser declarado en interdicción. Pero lo anterior no implica que sean nulos los negocios jurídicos que sean celebrados en estado de embriaguez¹⁹. Actualmente, consideramos que esta situación está contemplada en el art. 16 de la Ley 1306, que dice: “La valoración de la validez y eficacia de actuaciones realizadas por quienes sufran trastornos temporales que afecten su lucidez y no sean sujetos de medidas de protección se seguirá haciendo por las reglas ordinarias”.

La representación legal de los incapaces

La representación legal es la que establece directamente la Ley para la administración de los bienes de los incapaces. De esta manera, los padres son los representantes legales de sus hijos menores de edad y el curador es ahora el representante de los demás grupos de incapaces –esto es, menores de edad que carecen de padre o madre– y los afectados por una disfuncionalidad mental intelectual o psicosocial grave, ya que la figura del tutor fue eliminada para otorgársele al curador de los menores o impúberes el ejercicio adicional de una “guarda personal”. Recordemos lo que se dijo con anterioridad: si la persona afectada por una discapacidad mental absoluta llega a la pubertad, y en todo caso antes que alcance la mayoría de edad, están en la obligación los padres de solicitar su interdicción con el objeto de que la patria potestad se prorrogue, una vez alcance la mayoría de edad, según lo dispone el art. 26, ya transcrito.

Partiendo entonces de la base de que la guarda es preferentemente ejercida por un solo encargado, veamos cómo se denomina este representante según el pupilo, siguiendo en esto de cerca la clasificación que presenta Rocío Serrano Gómez, 2011, en su libro de Derecho Civil Personas.

19 Enneccerus sostiene que “la falta de conocimiento o las perturbaciones meramente transitorias de la actividad del espíritu, no determinan la incapacidad de obrar; pero son nulas las declaraciones de voluntad emitidas en tales estados”; en igual sentido se manifiesta Jossierand, para quien el abuso de las bebidas alcohólicas determina un debilitamiento de las facultades mentales.

- a. Cuando el pupilo, discapacitado absoluto, es un emancipado impúber o púber, el guardador se denomina “curador”, con la anotación de que en el caso del impúber este curador ejerce “guarda personal”, desarrollada según las normas propias del Código de la Infancia y la Adolescencia. Entendemos que si el pupilo es menor adulto o púber, o adolescente, según lo admite la misma Ley), el curador no ejercerá, necesariamente, la protección al cuerpo del incapaz, sino solamente la administración de sus bienes²⁰.
- b. Cuando el pupilo es un sujeto discapacitado mental relativo, también llamado “inhabilitado” o “inmaduro negocial”, quien ejerce la administración se llamará “consejero”.
- c. Cuando se trate de una guarda dejada en testamento o designada en contrato de donación, quien ejerce la guarda obra como “adjunto”, si el beneficiario está bajo patria potestad o ya tiene guardador, en caso de mayores de edad sometidos a guarda²¹.
- d. Quien ejerza la administración de manera “interina” lo hará, como su nombre lo dice, mientras el designado testamentariamente asume el encargo, o cuando surja una incapacidad del que ejerce la guarda y no exista un guardador suplente.
- e. El guardador “oficioso” es un aporte de la nueva Ley. Se admite que cualquier persona ejerza el cuidado del incapaz sin ser nombrado, siempre y cuando actúe en procura de los intereses del incapaz²². De todas maneras, se le exigirá el mismo cuidado que a cualquiera y responderá hasta por la culpa leve.
- f. Se conserva la figura del “curador especial” con la misma finalidad, es decir, cuando se deba adelantar un asunto particular judicial o extrajudicial, sea cual sea la calidad del pupilo.
- g. En el caso de la anteriormente llamada “curaduría de vientres”, el guardador puede ser nombrado en testamento o en el contrato de donación. Si la madre está inhabilitada para ejercer

20 Artículos 53 y 54.

21 Igual tratamiento se daba al adjunto en la legislación anterior.

22 Artículo 62.

patria potestad²³, o si expresamente se excluye a la madre de la administración, puede señalarse a un guardador natural o a una fiduciaria si se exceden los límites económicos de los 500 SMLMV.

- h. Habrá curador de los bienes del ausente o de la herencia yacente, pero en este caso el representante se denomina “administrador”, y será legítimo o dativo. Sus honorarios, por expresa disposición del artículo 117, serán los de cualquier auxiliar de la justicia y no del 10%, como en cualquier otra guarda. En los dos casos aquí contemplados, la administración será ejercida por una fiduciaria si el patrimonio excede de los 500 SMLMV. Hablando de fiduciarias, conviene mencionar a continuación esta otra clase de guardador, según la nueva legislación.

La fiduciaria como administradora de bienes de las personas con discapacidad mental

En los casos previstos en la ley, si los bienes productivos de la persona con una disfuncionalidad mental intelectual o psicosocial absoluta o un menor de edad, superan los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales, o cuando sea inferior pero el Juez lo estime conveniente, la administración de los bienes se le confiará a una entidad fiduciaria. También podrá adoptarse dicha medida para un inhabilitado relativo, si éste lo solicitare con la aprobación de su consejero²⁴. Inclusive,

23 Estos casos serían el del artículo 63.2, numeral 1, o cualquiera de los eventos del artículo 310 o 315 del Código Civil. Curiosamente, la Ley 1306 de 2009 contempla como una causal de exclusión de la madre en la administración del patrimonio del *nasciturus*, el hecho de que haya atentado “contra la vida del ser o seres que se encuentran en su vientre”.

24 Art. 57.- Administradores fiduciarios: cuando el valor de los bienes productivos de la persona con discapacidad mental absoluta o menor de edad supere los quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales o cuando sea inferior pero el juez lo estime necesario, se dará la administración de los bienes a un administrador fiduciario. Podrá adoptarse la misma medida para el manejo de bienes de la persona con discapacidad mental relativa, inhabilitada, cuando éste, con el asentimiento de su consejero, lo solicite.

se optará por ella para la administración de herencias yacentes o de bienes de ausentes²⁵.

En los casos expresamente previstos, la administración se confiará a estas compañías del sector financiero y son las normas que regulan la fiducia comercial las que regularán la administración de las entidades encargadas de administrar los bienes de los incapaces²⁶. Del mismo modo, sólo operará cuando se trate de patrimonios superiores a 500 SMLMV y en caso de patrimonios superiores a 1.000 SMLMV, su designación se hará previa licitación pública.

La nueva ley exige que la fiduciaria esté legalmente autorizada y que administre todo excepto la persona física, es decir, es una guarda especial, ya que se dedica a la exclusiva administración de patrimonios, exceptuando de ella la vivienda del pupilo. La administración puede incluir también los bienes del peculio extraordinario, donados o legados con la expresa exclusión de ambos padres de familia, o en los casos en que ambos padres hayan sido sancionados con la pérdida de la patria potestad y/o de la administración de los bienes del hijo, según el artículo 299 del Código Civil.

Por el ejercicio de la administración, la fiduciaria cobrará los honorarios de cualquier guardador, es decir, el diez por ciento (10%) sobre los frutos del patrimonio a su cargo, pero según los bienes y lo dispendioso de su administración, el juez o el testador podrían autorizar mejor remuneración. Adicional a la remuneración van los “gastos de la gestión” que puede cobrar la compañía, lo que quiere decir que los honorarios son “libres” y adicionales a los gastos financieros que puedan pactarse en el contrato²⁷.

25 Artículos 114 y 115.

26 Artículos 68, 95, 96 y 97.

27 Artículo 99.

Incapacidades provenientes de la sordomudez

Como el nombre lo indica, el sordomudo es aquel al que le faltan dos facultades, el oído y el habla, lo que hace que difícilmente pueda captar las manifestaciones de voluntad que le dirijan y, por otro lado, tampoco pueda fácilmente comunicar a los demás su voluntad.

El Art. 1504 del C.C. dividía a los sordomudos en dos clases: los que no pueden darse a entender por escrito, y los que se pueden dar a entender por este medio. Para la ley civil, solo eran incapaces los primeros. Posteriormente, la expresión “por escrito”, fue declarada inexecutable mediante Sentencia C-983 del 13 de noviembre de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño, por lo que a partir de esta fecha, la incapacidad solo cobija a quienes no se pueden dar a entender “por cualquier medio”.

Sin embargo, la Ley 1306 de 2009 no hace ninguna referencia al sordomudo como sujeto con discapacidad mental, muy seguramente porque resulta evidente que el sordomudo no es un enfermo mental. Compartimos la opinión de quienes consideran que hoy en día no existe ninguna justificación para desconfiar de su plena capacidad negocial, en la medida en que no deben existir sordomudos que no se puedan dar a entender por cualquier medio, ya que todos deben tener la posibilidad de recibir una formación adecuada que obvie las limitaciones que presentan para comunicarse con los demás. En conclusión, hoy al sordomudo se le presume plenamente capaz y requiere de un proceso de interdicción si presenta alguna deficiencia cognitiva, de conducta o de personalidad.

