

La capacidad negocial de las personas con discapacidad mental

Héctor Eduardo Pepinosa Bravo ¹Olenka Woolcoott Oyague²

¹ Maestrante en Derecho contractual Público y Privado, Universidad Santo

Tomás

² Docente, director de tesis, Universidad Santo Tomás

2020

Contenido

Resumen	3
Abstract.....	5
Introducción	7
1. La capacidad negocial en la estructura tradicional de los contratos	
10	
2. La capacidad negocial de las personas con discapacidad	24
3. La ley 1996 de 2019 y el nuevo sistema de apoyos	27
3.1 Aspectos Generales	27
3.2 El sistema de Apoyos	29
3.3 Las directivas anticipadas y cláusulas perennes.....	32
3.4 La presunción de capacidad negocial	34
Conclusiones	40
Referencias.....	43

Resumen

Si nos preguntamos sí la estructura tradicional de los contratos cambió a partir de la inclusión de las personas con discapacidad al mundo de los negocios jurídicos, debemos afirmar que efectivamente sí lo hizo y que el esquema tradicional para la validez de las declaraciones de voluntad, hoy se sujetan a nuevos paradigmas y novedades normativas (Ley 1996, 2019)¹ que seguro, modificarán el mercado de los negocios jurídicos en Colombia.

El presente artículo examina la evolución de los derechos de las personas con discapacidad al mundo de los negocios jurídicos y la importancia que los tratados internacionales sobre derechos humanos tuvieron en el desarrollo de instrumentos que exhortan a los países a normativizar sobre la exclusión de barreras legales que impiden que las personas con discapacidad mental, puedan disponer autónomamente de sus bienes, a través de la celebración de cualquier contrato.

La presente investigación de tipo cualitativo, se centra en un proceso interpretativo aplicado a la transformación de la estructura de los elementos tradicionales de validez de los contratos, con un análisis de los nuevos paradigmas y normas que deben interpretarse conforme a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) aprobada por Colombia en el año 2009, mediante la ley 1346 (2009a) y los demás

¹ Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad.

pactos, convenios y convenciones internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia que integran el bloque de constitucionalidad.(art. 2 ley 1996 de 2019).

Se trata de una investigación de tipo documental, basada en el análisis de documentos legales, jurisprudenciales, doctrinales y en términos generales, de textos que han permitido de alguna forma, la visibilidad de grupo de personas históricamente marginado. Desde un enfoque descriptivo-comprensivo, la investigación realiza una mirada holística desde las perspectivas y tendencias en el mundo sobre la capacidad legal de las personas con discapacidad, a partir del nuevo marco normativo en Colombia que establece el nuevo régimen para el ejercicio de la capacidad legal de los discapacitados mentales mayores de edad y sus novedosas figuras de apoyos y directivas anticipadas.

Finalmente se aborda desde un análisis crítico, las tendencias frente al objeto de estudio, desde la concepción de la dignidad humana como eje primordial de la nueva ley de apoyos (ley 1996 de 2019) aprobada por Colombia en el mes de agosto, permitiendo su comprensión compleja e integral.

Palabras claves: Dignidad, discapacidad, tratados Internacionales, Derechos Humanos, apoyos, negocio jurídico, capacidad legal, autonomía.

Abstract

The traditional contractual structures have been changed since the persons with disabilities was included in the legal business. Nowadays the structure for a real validation of personal statements, includes new paradigms and laws (Law 1996,2019), a process that inherently transforms the legal and contractual business.

This paper explains the historical process involved in the legal recognize to human rights for persons with disabilities, including to human rights perspective; and take the high importance to international agreements on the use of legal instruments that will provide laws and legal guarantees for these persons in each country around the world.

This is a qualitative research and include an interpretative and applied process about the structural transformation of traditional contract elements, and a new paradigm and laws for social inclusion analysis.

On the document review, it includes: legal, jurisprudential, doctrinal and general documents, that report and raise awareness of persons with disabilities. The research implements a holistic perspective around the legal capacity of this people in a descriptive and comprehensive approach, based on the Colombian actual normative, including the arrangements for current exercise of the capacity of mentally handicapped adults and their innovative support figures and advance directives.

Finally, through a critical analysis, we review the trends of study around he conception of human dignity as a cornerstone.

Key words: Disabled person, International instruments, legal decisions, human rights, supports, autonomy.

Introducción

Las nuevas tendencias de negocios en el mundo contemporáneo, toman relevancia en Colombia, por cuanto las tradicionales formas para contraer obligaciones mediante los esquemas contractuales regulados por nuestra legislación, se han mantenido inmóviles ante nuevas realidades y maneras de obligarse.

Los elementos constitutivos del contrato, como la capacidad de los sujetos contractuales, el consentimiento y algunos formalismos históricamente incorporados en nuestras normas, se han visto revaluados a la luz de nuevas realidades que gobiernan actualmente el mundo de los negocios jurídicos. Hablar sobre personas con discapacidad mental, derechos humanos, dignidad y autonomía, se convierten en el punto de partida para analizar las nuevas realidades que gobiernan la nueva estructura contractual.

Particularmente el discurso de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad, ha avocado a los estados miembros, a adoptar medidas tendientes a legislar sobre formas de inclusión en todos los ámbitos de la sociedad y por supuesto, en el mercado de los contratos. Las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad advierten de manera clara que:

Tal vez sea menester adoptar medidas legislativas para eliminar las condiciones que pudieran afectar adversamente a la vida de las personas con discapacidad. Deberá eliminarse toda disposición discriminatoria contra personas con discapacidad. La legislación nacional debe establecer

sanciones apropiadas en caso de violación de los principios de no discriminación. (ONU,1994, p.24)”

Nuestra vetusta legislación civil y la falta de una dinámica adaptación legal a las nuevas realidades en el estudio de los contratos, generan problemas que provocan imprecisiones jurídicas. La masificación de las formas jurídicas, las cada vez más frecuentes formas de contratación por adhesión o de contratación predispuesta, la celeridad en las operaciones y transacciones que caracterizan nuestra dinámica económica y la regulación en materia de la capacidad negocial sobre las personas con discapacidad, terminan adaptando nuevas formas de contraer obligaciones y volviendo a estructurar los elementos o requisitos legales para celebrar contratos.

El análisis por los nuevos fenómenos contractuales y su comprensión, se torna sugestivo, en el sentido de ir provocando escenarios para la unificación de una nueva legislación en Colombia en materia de contratos(civil y comercial). Para poder comprender la evolución que ha tenido los elementos de los negocios jurídicos y su dinamismo social, nos centraremos de manera concreta en el estudio de la capacidad de los sujetos en una relación contractual. Su estudio involucra una interesante tensión entre las escuelas clásicas y modernas del derecho, las cuales han experimentado cambios sustanciales en estos temas.

Se tratará de resolver las siguientes inquietudes como un análisis de comprensión por los fenómenos y tendencias contractuales en el mundo posmoderno:

¿Cuál ha sido el camino dogmático recorrido por la estructura de los negocios jurídicos desde sus inicios hasta nuestros días?. ¿De qué manera

evolucionaron los elementos de los contratos?. Cuáles fueron las razones que provocaron la marginalidad de personas con discapacidad mental en el mundo de los negocios jurídicos y cuales también pueden ser, las razones para su inclusión hoy en dicho mercado?. ¿Cuáles pueden ser las incidencias jurídicas mediatas de dicha inclusión?.

1. La capacidad negocial en la estructura tradicional de los contratos

Una de las herencias del derecho romano-francés, fue la estructuración de los elementos constitutivos de las declaraciones de voluntad de las personas, para contraer obligaciones, y en consecuencia para generar contratos.

La normativa clásica civil, advertía que para la formación de un contrato se “requiere esencialmente: 1) Declaraciones libres de voluntad de los contratantes; 2) Que esas declaraciones emanen de personas capaces; 3) Que recaigan sobre un objeto, es decir, que exista un contenido negocial y que ese contenido, sea lícito” (Valencia & Ortiz, 2010). Sin embargo, el estatuto colombiano civil (art. 1502 C.C.), no hizo una diferenciación clara entre los elementos de la existencia y los elementos de la validez que refieren un alto nivel de importancia para la estipulación de los contratos.

Por un lado, aquellos elementos propios de la esencia de cada contrato, que le dan la entidad jurídica, el ser al contrato, son denominados como los requisitos de la existencia del contrato o del negocio jurídico. “Son ciertas condiciones generales que son indispensables para la formación de los actos jurídicos; sin ellas, estos no pueden nacer, no existen, son nada frente al derecho” (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2009)

De acuerdo con la doctrina moderna, tales condiciones recaen en la declaración de la voluntad de los sujetos contractuales, algunos la han entendido como el consentimiento (voluntad externa), el objeto mismo del contrato y finalmente algunas formas solemnes que ciertos negocios requieren para que cobren entidad jurídica (Cubides, 2009).

Por otro lado, el contrato se reviste de otras exigencias para que una vez éste haya cobrado la existencia misma en el mundo del derecho, sus efectos y su validez se vean materializados sin ningún inconveniente, y el contrato no torne hacia una plausible nulidad. Como en efecto puede ocurrir cuando el agente o uno de los agentes que celebran el negocio jurídico, estén *incapacitados* para actuar por sí mismos en el comercio jurídico. (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2009)

Estos elementos la doctrina los ha enunciado como *la capacidad de los sujetos del contrato*, la licitud de la causa y el objeto, la inviolabilidad de los vicios del consentimiento y la ausencia de la lesión enorme de ciertos actos o negocios jurídicos.

En consecuencia, para que un contrato cumpla su destino finalista o funcional, (que produzca los efectos que las partes buscaban al momento de obligarse) es necesario ante todo y en *prima facie*, que exista, y con posterioridad a esta etapa, se requiere adicionalmente que dicha declaración de voluntad sea válida. La ausencia de estos requisitos genera como acertadamente advierte el profesor Cubides Camacho, una ineficacia que puede ser de doble connotación: “La falta de la existencia es la nada y la falta de validez es la nulidad”. (Cubides, 2009, p. 195)

Ahora bien, cuando a los sujetos que celebran un negocio jurídico se les exige que sean *capaces* para negociar, gran parte de la doctrina nacional y extranjera coinciden en que para la eficacia plena de dichas declaraciones de voluntad, se requiere tanto de la confluencia de los elementos constitutivos para la existencia como de aquellos requisitos o exigencias para que dicho acto sea

válido, es decir, la concurrencia de todos los elementos y requisitos para que el negocio jurídico tenga una eficacia plena.

Entratándose de los requisitos para la validez de los contratos, en el esquema tradicional que gobierna el derecho positivo colombiano, existe el principio mediante el cual se manifiesta que: *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 o capacidad negocial, está supeditada a la existencia de una voluntad reflexiva. (Valencia & Ortiz, 2010, p. 541).

Surge aquí el interrogante, que no todas las personas que pretendan celebrar algún contrato o negocio jurídico, sean *aptas* para llevarlo a cabo, es decir, hay una distinción legal para ciertos sujetos, que, aun siendo sujetos de derechos y obligaciones, (capacidad jurídica) no lo son para disponer de ellos a través de contratos o negocios conforme lo señala la ley (capacidad negocial).

La capacidad negocial de los sujetos en una relación contractual, se ubican dentro de los requisitos para la validez de los contratos y el desconocimiento a dicha regla, genera la ineficacia del contrato por nulidad, que dependiendo de su vulneración, será mayor o menor su sanción, conforme refiere el profesor Tamayo:

Cualquier violación de una norma legal relativo a las condiciones de formación del acto jurídico, acarrea la ineficacia jurídica de éste. Así, mientras que las partes al realizarlo tuvieron mente producir un acto válido,

crear derechos y obligaciones, a causa de tal violación los efectos son los opuestos: el acto queda afectado de nulidad. (Tamayo, 2008, p. 317)

En resumen, la capacidad de los sujetos contractuales, connota una doble dimensión. Por una parte, la capacidad de goce y por otro, la de ejercicio, lo cual nos adentra a fijarnos en dos elementos indispensables: Primero *la posibilidad*, para que las personas puedan ser titulares de derechos y obligaciones, y en segundo lugar, *la aptitud* para ejercer esos derechos, contraer obligaciones y comparecer a juicio por derecho propio. (González, A. 2010).

De acuerdo con los profesores Ospina Fernández y Ospina Acosta, la expresión *capacidad* tiene un sentido anfibológico cuando estiman que:

Por una parte, cuando la norma se refiere a las personas que se obligan, la ley implícitamente reconoce en ellas su capacidad de goce, es decir, se trata de individuos (persona en sentido jurídico), que sin importar su condición, son sujetos de derechos y obligaciones, es decir, recae sobre ellos, la potencialidad jurídica de poseer derechos indistintamente de sus capacidades racionales, sensoriales, físicas o mentales. Por otra parte, la norma denota a la capacidad, en un sentido más lato, más concreto, es decir, se refiere a la aptitud de las personas, para poderse obligar en el mundo de los actos y negocios jurídicos, por sí mismas y sin el ministerio o representación de otras personas para dicho cometido. (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2009, p.86).

Ahora bien, las normas relativas a la capacidad negocial, han sido muy precarias y tienen ciertas falencias en cuanto a su distinción, pues como ya se dijo, adicionalmente a la existencia misma de la obligación contractual, su eficacia

está ligada al cumplimiento de otras exigencias que la ley ha prescrito para el valor mismo del contrato.

Para el caso concreto de nuestro estudio, resulta interesante la distinción que debe hacerse entre la capacidad negocial y la jurídica, la cual puede concebirse sin la primera, por cuanto el titular de un derecho puede ser, según los casos, capaz o incapaz de hacerlo valer por sí mismo. (Colin & Capitant, 1952).

Sin embargo, jurídicamente hablando, cuando se hace referencia a la incapacidad de las personas, debe entenderse que se refiere a la incapacidad negocial o de ejercicio, por cuanto de manera general, la incapacidad jurídica o de goce, no existe. (Alessandri, et al., 1998).

En Colombia, el concepto de capacidad negocial estuvo ligado durante muchos años, a las teorías clásicas positivistas que entendieron la capacidad, en su sentido más concreto, es decir, como requisito para la validez de la actividad negocial de las personas (capacidad de ejercicio), pues los actos jurídicos celebrados por aquellas personas que no tenían un grado de discernimiento o de experiencia suficiente para comprender las consecuencias de los actos o negocios jurídicos que realizaban, no eran válidos, sin la observancia de la exigencia normativa.

En la mayoría de las legislaciones contentivas del requisito de la capacidad para disponer de ellos a través de una actividad negocial, como en la nuestra, predicen que la capacidad negocial es la regla general. *“En nuestro derecho la regla general es la que todas las personas son capaces. La*

Incapacidad es la excepción, y quien la alega, debe demostrarla.” (Perez, 2009,p. 125).

Esta regla venida del derecho germánico francés y por supuesto heredada de Roma, tiene su sustento en consagrar la situación normal de los seres humanos, en un estado de civilización en que todo hombre goza de la personalidad y, en principio, de la igualdad civil. (Planiol & Ripert, 2017a).

Saboul, señala que, tras el advenimiento de la Revolución Francesa, se rompe con el esquema tradicional monárquico y se da paso al principio de la igualdad de todas las personas, dejando a un lado las desigualdades y privilegios de unos pocos. (Saboul, 1965).

De aquí resulta como lo advierte Tamayo, inferir que toda persona tiene aptitud para ser titular de derechos para ejercerlos, al preceptuar como la generalidad, la capacidad de todas las personas, y la excepcionalidad, la incapacidad, incluso su temporalidad, tal y como quedó establecido en el artículo 1503 del código civil colombiano (Tamayo, 2008).

El código napoleónico de 1804, fue el primero en establecer la presunción positiva de la capacidad negocial de las personas, al establecer que toda persona mayor de veintiún años, era capaz para celebrar actos o contratos, presunción que se podía desvirtuar a través de un proceso de interdicción judicial. (Muñoz, 2007)

La jurisprudencia y la doctrina, reconocieron que la finalidad de la figura de la incapacidad, fue retomada por la mayor parte de las legislaciones como una garantía o protección en favor del mismo incapaz. *“No obstante, la interpretación judicial, en vez de reconocer el carácter limitativo de la enumeración de los actos*

prohibidos, se inspira en la necesidad de una eficaz protección de esta categoría de incapacitados y le atribuye un sentido amplio y relativo. (Planiol & Ripert, 2017b,p. 109).

El estudio de la capacidad de los sujetos en los contratos, no obedece a un proceso lógico, sino a un proceso largo e histórico. (Díaz, 2007). Su evolución y comprensión en relación con las personas con discapacidad y el grado de afectación, es sin duda una interesante visión de la nueva realidad de los sujetos que quieren obligarse a través de actos o negocios jurídicos.

En este sentido León Robayo, advierte que *“la capacidad es una de las figuras con mayor tradición en el derecho occidental, después de Roma. Este elemento se desarrolló de manera igual en la mayoría de legislaciones tanto en del derecho continental como en el Common Law. (León, 2007 p. 83).* Sin embargo, advierte que en varios países los principios aparentemente estáticos los cuales han regido los sistemas legales por siglos, han tenido desarrollos muy particulares.

La Corte Constitucional colombiana, en las sentencias C- 182 de 2016 y T- 740 de 2014, conforme explica Vallejo et al.:

Da por superado el reconocimiento de la capacidad de goce de todas las personas sin excepción, pero limita la capacidad de ejercicio solo a aquellos que cuentan con la voluntad reflexiva que les permita conocer y entender el acto jurídico que pretenden realizar y legitima el proceso de interdicción como un mecanismo eficaz para revestir de eficacia el negocio jurídico. (Vallejo, et al., 2017,p. 6)

Ahora bien, durante mucho tiempo nuestra vetusta nominación legal para referirse a las personas incapaces y más concretamente a las personas con discapacidad mental, fue despectiva y denigratoria, al ser considerados como dementes, idiotas, imbeciles, locos furiosos, mentecatos, entre otras adjetivaciones que siguieron un modelo o paradigma de la rehabilitación.

De hecho, el proceso de interdicción judicial tal y como estaba establecido en varias legislaciones latinoamericanas, estaba encausado a proteger los bienes y patrimonio de los “*locos, dementes, mentecatos e idiotas*”, el cual consistía en nombrarle un curador para administrar su patrimonio. (González de Cancino, 1989).

Según Petit, fue el derecho romano el que implementó tales nominaciones, al denotar que aquellas personas privadas completamente de la razón, hayan o no tenido algunos intervalos de lucidez, eran los *furiosi*. Y aquellas personas de poca inteligencia o de facultades intelectuales poco desarrolladas, eran denominados como los *mente capti* (Petit, 1988).

Por fortuna esta cantidad de vocablos por supuesto mal usados, fueron mitigados por nuestra Corte Constitucional, que siguiendo los parámetros de los tratados e instrumentos internacionales, encontró que no era legítimo su uso, pues causaban afectación psicológica en contra de las personas con discapacidad, determinando a partir del año 2003, conservar solo el vocablo “*demente*” el cual sería el único que se usaría durante un interregno temporal. (Corte constitucional. 2003a).

“Se puede concluir, de esta manera que la Corte Constitucional, y la jurisdicción constitucional que encabeza, nace como respuesta a un sistema

jurídico pétreo que no respondía a las realidades que se gestaban de manera permanente en el conglomerado social. De esta manera, el tribunal constitucional tiene el deber de velar por la guarda e integridad de la Constitución Política de 1991, respondiendo a las exigencias que la sociedad le plantea de manera permanente al derecho.” (Perilla, 2018)

Para comprender la capacidad negocial de las personas con discapacidad, es preciso referirse al estudio de sus excepciones, lo cual solo es posible observar a través de su contradictorio, es decir, desde el estudio de *la incapacidad* de aquellas personas desprovistas de la aptitud para la celebración de ciertos actos o negocios jurídicos.

Siguiendo la doctrina clásica, las incapacidades fueron establecidas en cuatro clases. La primera relacionada con la edad de las personas (menores de 18 años); la siguiente, relacionada con enfermedades mentales, sea cual fuese su denominación que afectara la manifestación de la voluntad; La tercera, las provenientes de la disipación y finalmente, las provenientes de la sordomudez. (Valencia & Ortiz, 2010, p. 542).

Concretamente las incapacidades derivadas de la hoy discapacidad mental, ha sido objeto de muchos estudios. Con el advenimiento y adopción de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), Colombia entró en la ola de leyes que fueron poco a poco morigerando las nominaciones despectivas respecto de estas personas, pero además, encontraron eco en sustituir, suprimir y en algunos casos incorporar, lo relacionado con el modelo inclusivo psicosocial, que mucho bien le ha hecho a dicha comunidad.

Es alarmante verlo ahora, pero hasta hace algunos años, los sujetos con discapacidad, fueron completamente marginados del contexto social y, en consecuencia, de cualquier otro contexto. El tratamiento de las personas con discapacidad, fluctuó entre varios modelos que fueron fruto de contextos históricos que oscilaron entre los esquemas de enfermedad o pecado, hasta un contexto social más cercano al sentido humano. (Laín Entralgo, 1961).

Pero esa mala tradición incomprensida durante muchos años, conforme cita Vallejo et al., actualmente conllevó al estudio detenido de los lineamientos de la convención de los derechos de las personas con discapacidad, que reclaman el pleno uso y ejercicio de todos los derechos de las personas con discapacidad sin restricción alguna, sin que para tales efectos importe la condición personal del sujeto. (Vallejo, et. al., 2017, p.7).

El desarrollo de los instrumentos internacionales relacionados con el reconocimiento sobre los derechos de las personas con discapacidad, generó un cambio sustancial en varios modelos jurídicos y sociales, los cuales han sido el camino más adecuado y sensible para comprender, entender y legislar sobre los hechos acaecidos en el mundo, en relación a la igualdad material y formal de las personas con discapacidad.

Los avances más representativos que alcanzaron un marco integral para la protección de las personas con discapacidad, fueron tres instrumentos internacionales expedidos en los últimos treinta años.

El primero se refiere a las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, aprobadas por la Asamblea General de la ONU, el 20 de diciembre de 1993 (ONU, 1994), el cual tiene la

finalidad de garantizar que niñas y niños, mujeres y hombres con discapacidad, en su calidad de miembros de sus respectivas sociedades, puedan tener los mismos derechos y obligaciones que los demás.

El segundo, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad, promulgada en ciudad de Guatemala en el año de 1999 (ONU.1999).

Y finalmente la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), aprobada en Nueva York, en el año 2006, que entró a regir en el año 2008 (ONU, 2006).

En Colombia tuvo eco aquellos y muchos otros tratados y convenios de carácter supranacional, pero esencialmente fueron tres normas las que recogieron el desarrollo de los mismos, relacionados con la capacidad negocial de las personas con discapacidad, las cuales se consideran como las más importantes o sobresalientes que le dieron un cambio tangencial a las estructuras arcaicas de nuestra legislación.

La primera, la ley 1098 de 2006, conocida como el Código de Infancia y Adolescencia (Congreso de la República de Colombia. 2006). La segunda, la ley 1306 (2009b) que en su momento modificó temas relativos a la protección y representación de las personas con discapacidad mental e hizo unos importantes aportes sobre inclusión, la cual fue derogada en su gran mayoría por la tercera y novedosa ley 1996 (2019a), por medio de la cual, se estableció el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad.

Hasta la expedición de la ley 1306 de 2009, el artículo 1504 del código civil colombiano, contemplaba un régimen de personas incapacitadas para la

actividad comercial bastante profusa en comparación a como está hoy. Dicha norma establecía que eran absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos, que no podían darse a entender. Así mismo, nominaba que también eran incapaces de forma relativa, los menores adultos que no habían obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallaren bajo estado de interdicción (art.1504 Código Civil).

Dicha nominación cambió sustancialmente a partir de la promulgación de las normas en estudio y la de varios fallos jurisprudenciales, que lograron acoplar el contexto jurídico con una realidad más latente, emergiendo una igualdad jurídica, pero, además, incorporando las tendencias marcadas en los tratados internacionales sobre derechos humanos.

El código de infancia y adolescencia (ley 1098. 2006), fue vanguardista al implementar principios de tratados internacionales relacionados con la protección de los niños y niñas y volverlos sujetos de derecho. La mención en esta oportunidad obedece esencialmente, a las políticas públicas que hicieron del menor de edad, un sujeto que se inmiscuyó en el mundo jurídico, y que fue portador de derechos propios y con bases normativas para su defensa.

La ley 1306 de 2009, fue expedida previa a la aprobación de la convención de los derechos de las personas con discapacidad por parte de Colombia mediante la ley 1346 del mismo año. Dicha norma tuvo en consideración el tratado internacional expedido en el año 2006, pero sin ir más allá de un análisis profundo sobre la misma, por cuanto la gran mayoría de su articulado ha sido derogado, solo se haremos mención a sus postulados y principios innovadores, los cuales

tuvieron gran incidencia durante la vigencia de la ley, que perduró por espacio de diez años aproximadamente.

Lo primero, fue el reconocimiento y adaptación que la normatividad interna del país tuvo respecto de los cánones internacionales, avances científicos y tratamientos terapéuticos de varias instituciones, que permitieron auscultar un mundo de posibilidades para las personas con discapacidad. Se permitió brindar una verdadera inclusión, y protección que hasta ahora, no había sido posible al lograr una mayor comprensión y grado de aceptación de los que habían sido marginados debido a su estado.

La ley 1306 de 2009, abolió de forma definitiva las nominaciones despectivas o peyorativas que aparecían varias normas del ordenamiento jurídico colombiano, sustituido por terminología reconocida internacionalmente (*persona con discapacidad mental*), situación sin duda venida de la materialización de la convención.

De igual manera, integró a las personas con discapacidad mental, a un núcleo familiar de protección y a la sociedad como sujetos con algunas facultades negociales, canjeando figuras muy tradicionales como la *interdicción judicial por disipación*, a la *inhabilidad negocial*, lo cual superaba los vetustos esquemas de la legislación civil.

En el caso de los sordomudos, se recogió una tendencia del derecho moderno de excluirlos de la incapacidad que traía el artículo 1504 del código civil, pues los jueces (Corte constitucional. 2002) y el legislador comprendieron que ellos no tenían una deficiencia en estricto sentido mental o de su voluntad, lo cual

otrora fueron considerados como discapacitados mentales, lo que actualmente resulta del todo impertinente. (Medina, et al. 2009)

Sin duda la promulgación de la ley 1306 (2009) en contexto de los derechos humanos reconocidos por tratados internacionales, fue un gran avance para pasar al siguiente nivel, que como se verá, suprimió todo vestigio de incapacidad a las personas con discapacidad mental, fruto por supuesto de la comprensión y el camino complejo que hasta ahora tuvieron que trasegar estas personas.

Una tendencia fuerte venida desde Europa, había calado las esferas de algunos países suramericanos entre ellos Chile, referida a la ampliación y reconocimiento del derecho a la capacidad negocial de las personas con discapacidad mental, para inmiscuirlas en el mundo de los negocios jurídicos, lo cual superaba el tradicional esquema de la capacidad y, además, materializaba con más ahínco, el espectro de los derechos a través de las convenciones y leyes expedidas por el legislador hasta ahora, en esta materia.

El escalonamiento y amplitud de negocios jurídicos en el mundo contemporáneo de personas discapacitadas representadas o no por un tutor, o curador, habían tomado una gran relevancia, por cuanto las tradicionales formas para contraer obligaciones por parte estas personas, se habían mantenido inmóviles ante las nuevas realidades y el reconocimiento paulatino de los derechos de las mismas.

En dicho sentido, el respeto por la persona recobraba una importancia absoluta, y migraba desde conceptos ortodoxos, hasta niveles en donde la

persona se convierte en un sujeto admirable, respetable y con derechos a la libertad, a la vida pero sobre todo, a la salud. (Fernández & Woolcott, 2018)

2. La capacidad negocial de las personas con discapacidad

En las sesiones del comité de las personas con discapacidad de la Organización de Naciones Unidas, acaecido en marzo del año 2014, se discutió acerca del artículo 12 de la convención, haciendo algunas observaciones determinantes para la aplicación de la misma. En dicha ocasión se expuso, que la igualdad ante la ley *“es un principio básico general de la protección de los derechos humanos y es indispensable para el ejercicio de otros derechos humanos”* (Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad ONU. 2014, p. 1)

El comité precisó que un gran número de personas con discapacidad, incluidas aquellas que tienen padecimientos como deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, se ven afectadas a diario por la falta de reconocimiento de la capacidad jurídica, y afirma que *“dichas prácticas cuyo propósito o efecto sea violar el artículo 12 deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.”* (Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad ONU. 2014, p. 3).

En Europa y concretamente en países como España e Italia, se avizoraba desde muy temprano, el cambio paradigmático de los derechos de las personas con discapacidad, a tal punto, que a partir del reconocimiento de la Convención de

Naciones Unidas (2006), e incluso un poco antes, sus legislaciones rápidamente comenzaron a ponerse a tono con los tratados internacionales y estándares psicosociales de inclusión.

Vivas (2012) refiere como en Italia, por ejemplo, se reconoció previamente a la aprobación de la Convención, la figura de *“l’amministrazione di sostegno”* o administración de apoyo, mediante la ley de 6 de enero de 2004, tras reconocer *“la deficiente protección dispensada a aquellas personas, de algún u otro modo, privadas de autonomía”*. (Vivas, 2012, p. 31).

En España se infería desde al año 2011, que el tratamiento de la discapacidad a lo largo de la historia, adoptó numerosas formas, pero ya se reconocían otros escenarios. *“La discapacidad entendida desde los derechos, implica dejar de considerar la persona con discapacidad como objeto de medidas asistenciales, de beneficencia o caridad y reconocer su condición de sujeto de derechos”*. (Seoane, 2011,p. 6).

Igualmente en España, un estudio médico muy interesante evidenciaba que la medidas de tutelas, curatelas e interdicción usadas muy a menudo por la gran mayoría de legislaciones como medios preventivos para salvaguardar los patrimonios de las personas con discapacidad, generaban implicaciones muy complejas desde el punto de vista de su salud mental, pues en muchos casos suponían la pérdida de su autonomía e independencia y ejercían influencia en el autoconcepto de la persona y en su bienestar emocional. (Breton Diez, Rodríguez, & Guerra, 2017)

Por fortuna, la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, estableció una serie de directrices para favorecer la actuación y en este sentido, poder incluir en las reformas legislativas, instituciones como la de guarda, frente a la tutela y el sistema de apoyos en la toma de decisiones, que han dado muy buenos resultados. (Breton, et al, 2017).

En nuestro continente, Argentina sancionó un nuevo código civil y comercial en el año 2015, que, sin eliminar la interdicción, limitó severamente la posibilidad de imponerla a personas con discapacidad mental. Costa Rica en el año 2016, eliminó la interdicción y reguló la figura de los apoyos, aunque en sentido estricto, se trata más de normas sobre asistencia personal, que de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica. En Chile, se ha presentado ante la Cámara de Diputados la iniciativa legislativa para reconocer la capacidad jurídica de personas con discapacidad. (Bregaglio & Renato. 2020, p. 34).

En Perú, a través de la última reforma efectuada al Código Civil, mediante el Decreto Legislativo N° 1384 (DOEP., 04/09/18), se deja de lado el tratamiento paternalista a las personas con discapacidad y estas pasan a ser parte de un régimen de igualdad jurídica. Ello ha permitido que el ordenamiento jurídico peruano se acerque a las directrices de Naciones Unidas, lo que implica el respeto a los derechos humanos de todos los ciudadanos, especialmente en cuanto a su dignidad, autonomía e igualdad ante la ley. (Varsi & Torres, 2019,p. 199).

3. La ley 1996 de 2019 y el nuevo sistema de apoyos

Colombia ha aprobado la ley 1996 de 2019, *“por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad”* (Congreso de la República, 2019), la cual no solo está en concordancia directa con el artículo 12 de la Convención, sobre igualdad y reconocimiento como personas ante la ley, sino, además, a los pactos, convenios y convenciones internacionales sobre derechos humanos aprobados por el país que integran el bloque de constitucionalidad (art.2 ley 1996, 2019), con cual se pone a tono con el resto de países latinoamericanos y europeos.

La ley 1996 puesta a tono con la convención, cambió sustancialmente varios postulados anquilosados durante muchos años, casi desde el mismo origen del derecho romano, sin embargo, como se verá, falta alguna reglamentación y en otros casos, no supera algunos vestigios de la pasada normatividad.

3.1 Aspectos Generales

Los temas más neurales de la ley, son sin duda, la supresión de la excepcionalidad que veía a los discapacitados mentales como personas no capaces para actuar por sí mismos en el mundo de los contratos, aunque con algunas particularidades que analizaremos más adelante, permite vislumbrar que dicho esquema, no superan por completo dicha incapacidad. Los principios de dignidad y autonomía, (art.4, ley 1996, 2019) que se convierten en la bandera de la nueva norma.

La ley tiene una total sintonía con la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y demás pactos y convenios internacionales sobre los derechos humanos, en los cuales Colombia a suscrito su ratificación, lo que genera que dichas normas, formen parte del bloque de constitucionalidad y la Constitución colombiana y por tanto, se trata de una norma cuyas bases estructurales, se sientan sobre el reconocimiento de la dignidad humana como eje transversal de los derechos humanos. (art. 2 ley 1996 de 2019).

No es necesario retroceder mucho en el tiempo para observar que las figuras de las tutelas, curatelas e interdicción, fueron la solución a la representación de las personas con discapacidad, las cuales se estipularon en razón a la protección de las *familias* entratándose de los menores de edad o las mujeres, y de los intereses del *res pública* entratándose de los furiosi y mente capti, para conservar el orden social y económico. (González de Cancino, 1989).

En otras palabras, poco importaba la persona en sí, su voluntad era perfectamente suplantada por un tercero, quien trataba de representar sus intereses a su modo, sin ni siquiera explorar sus intenciones.

La voluntad del enfermo mental, era sustituida por la voluntad *abusiva* de un tercero que utiliza sus derechos, en otras palabras, otro lo ha sustituido como sujeto de derecho, y para evitar la alienación, la legislación penal había previsto la Interdicción, alienación de derecho, que transmite a otro legalmente designado los derechos que el enfermo ya no puede ejercer (Foucault. 2008,p.30).

La nueva ley propone un sistema de salvaguardias, apoyos y varias medidas adecuadas y efectivas relativas al ejercicio de la capacidad legal, usadas para impedir abusos y garantizar la primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos, atendiendo los principios de necesidad, correspondencia e imparcialidad (art. 5 ley 1996 de 2019).

3.2 El sistema de Apoyos

El principio de autonomía exige que a *todas* las personas en sus actuaciones se les respete el derecho a autodeterminarse, a tomar sus propias decisiones, a su independencia y al libre desarrollo de la personalidad e incluso a equivocarse conforme a su voluntad, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución o a la ley. (Fernández, 2010).

Para dicho cometido, la ley 1996 de 2019, introdujo la figura de los *Apoyos*, que son tipos de asistencia que se prestan a las personas con discapacidad para facilitarles el ejercicio de su capacidad legal, como por ejemplo, asistencia en la comunicación, asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias y la asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales (art.3 ley 1996, 2019).

Los apoyos pueden consistir en ayudas, designaciones o avales que las personas titulares de los actos, pueden establecer con personas de su confianza u otras personas, que por su conocimiento, convivencia o afinidad, puedan establecer de manera fiable sus gustos, tendencias para poder expresar su

voluntad. Dichas ayudas pueden consistir en asistencia en la comunicación, por ejemplo, o asistencia en la comprensión de los actos que se van a realizar, asistencia en la toma de decisiones, reconocimiento de la voluntad deseada o cualquier clase de ayuda que permita establecer el verdadero consentimiento de la persona titular del acto, su propia voluntad y no una voluntad suplida.

Los apoyos podrán establecerse directamente por la persona titular o cuando esto no sea posible, a través de entes públicos o privados mediante la valoración de apoyos, siguiendo los protocolos y lineamientos que para dicho efecto establezca el Sistema Nacional de Discapacidad.

Los acuerdos de apoyo, deberán constar en escritura pública suscrita ante notario público o ante conciliadores en derecho de centros de conciliación debidamente habilitados. Su duración es temporal y no podrá superar los cinco años. Los Acuerdos podrán ser modificados y su terminación puede darse en cualquier momento y de forma unilateral, por parte del titular de los derechos. De igual manera, los apoyos podrán extinguirse en cualquier momento por muerte de cualquiera de las partes.

Para el establecimiento de la figura de apoyos, el capítulo segundo de la ley 1996 de 2019, instituyó dos mecanismos concretos para su materialización. El primero, a través de un medio convencional (Acuerdos), entre la persona titular del acto jurídico y personas naturales o jurídicas que puedan prestar el apoyo. El segundo, por medio de un mecanismo judicial (proceso de jurisdicción voluntaria o verbal sumario, según sea el caso. (art.9 ley 1996, 2019).

La ley estableció de forma adicional, que cualquier persona mayor de edad, puede usar como una tercera vía, la figura denominada “*directiva*

anticipada” (art.22 ley 1996 de 2019), que consiste en una herramienta por medio de la cual se podrá establecer la expresión fidedigna de voluntad y preferencias en decisiones relativas a uno o varios actos jurídicos, con antelación a la celebración de los mismos, en asuntos relativos a su salud, aspectos financieros y personales, a la cual se hará referencia más adelante.

La naturaleza o clase de apoyos que requiera la persona con discapacidad, podrá establecerse por declaración misma de la voluntad de la persona titular, o por la valoración de apoyos que como ya se dijo podrá ser realizada por entidades públicas o privadas. La valoración de apoyos será un servicio gratuito que deberá ser prestado permanentemente por la defensoría del pueblo, las personerías, los entes territoriales y municipales, pero éstos no serán responsables por proveer los mismos, ni por las decisiones que el titular del del apoyo tome con posterioridad a su valoración (arts. 10 y 11 ley 1996 de 2019).

En caso de que una persona discapacitada que requiera de apoyos y no cuente con una persona de confianza para dicho fin, el juez de familia designará un defensor personal de la defensoría del pueblo, para que preste los apoyos necesarios y la persona discapacitada pueda celebrar los actos o negocios jurídicos que estime convenientes.

La valoración de los apoyos traídos en la nueva ley, deberán permitir que la discapacidad intelectual se examine en relación a ciertas dimensiones que se tienen en cuenta en cada etapa y momento que vive la persona con discapacidad. Por ejemplo, las habilidades intelectuales, la conducta adaptativa (conceptual, social y práctica), la participación, interacciones y roles sociales, la salud (salud física, salud mental, etiología) y finalmente el contexto (ambientes y cultura).

(Collazo, 2014).

Más allá de las circunstancias concretas en que funcionará el sistema de apoyos, la figura tiene sus bondades, pero también sus falencias y se propugna desde ahora, para que dicha figura no termine convirtiéndose en lo que otrora fueran las tutelas o curatelas. La esencia de *los apoyos*, deben ser considerados como un mecanismo individual, que permita la autodeterminación plena de las personas con discapacidad mental.

Schalock refiere que la importancia de este cambio evolutivo en la noción de discapacidad, es que la *Discapacidad Intelectual* ya no se considera un absoluto, un rasgo invariable de la persona, sino más bien como una limitación del funcionamiento humano que ejemplifica la interacción entre la persona y su entorno, centrándose en el papel que los apoyos individualizados pueden desempeñar en la mejora del funcionamiento individual y la calidad de vida (Schalock. 2009, p. 2)

El sistema de apoyos conforme lo señala la ley 1996 de 2019, deberá propender por convertirse en aquellos procedimientos legales, por medio de los cuales se facilita y garantiza el proceso de toma de decisiones o el reconocimiento de la voluntad del titular del acto jurídico determinado (art.3 ley 1996, 2019), a fin de no regresar a los esquemas tradicionales de voluntades sustitutas cuyo objeto formal, ha sido despojado por la norma en comento.

3.3 Las directivas anticipadas y cláusulas perennes

La novedosa figura de la *directiva anticipada*, podrá usarse en casos en

que una persona que hoy fuese diagnosticada con una enfermedad mental que posiblemente la incapacite en un futuro, como por ejemplo, una enfermedad de Alzheimer, o una esquizofrenia o cualquier clase de trastorno afectivo o depresivo, pueda previamente a través de una directiva anticipada, dejar establecido en una escritura pública o acta suscrita ante notario o conciliador, sus preferencias, gustos, tendencias y decisiones respecto a actos jurídicos que podrán llevarse a cabo en el futuro cuando la enfermedad lo haya inhabilitado mentalmente para actuar por sí mismo.

Las directivas podrán constar en cualquier forma de comunicación, como videos, audios o lenguajes alternativos de comunicación, *“que permitan establecer con claridad tanto el contenido de la declaración como la autoría, siempre y cuando se realicen en presencia de notario o conciliador extrajudicial en derecho.* (Parágrafo único art. 24 ley 1996, 2019)

El contenido de las directivas anticipadas requieren de unos requisitos formales mínimos como la identificación plena del titular y la de los apoyos si acude con estos; La expresión clara de los actos jurídicos que se pretenden formalizar con la directiva y si acuden personas de confianza que le ayudarán a designar las mismas, la constancia expresa de las mismas, expresando que se ha discutido con el titular, las consecuencias e implicaciones que tiene la directiva para su vida.

Las personas que adquieran obligaciones para el cumplimiento de una directiva anticipada, serán consideradas como personas de apoyo y responderán

por sus actuaciones, cumplimiento de la voluntad y preferencias establecidas en la directiva anticipada por su titular.

No obstante, la suscripción de una directiva anticipada por parte del titular de la misma, no invalida de ninguna manera la voluntad o preferencias que el mismo titular haga con posterioridad a la celebración de la directiva, salvo en aquellos casos en donde se establezca una *cláusula perenne*.

Con el propósito de impedir cualquier modificación a las directivas anticipadas, la ley 1996 de 2019, creó la figura de *las cláusulas perennes*, las cuales, una vez incluidas en las directivas, invalidan cualquier declaración de voluntad que se exprese con posterioridad a la suscripción de la directiva anticipada, siempre que contradigan las decisiones establecidas en ésta. La cláusula perenne podrá ser modificada, sustituida o revocada, pero no podrá pactarse en aspectos relativos a las decisiones de salud de la persona que la realiza. (art.28 ley 1996, 2009)

3.4 La presunción de capacidad negocial

En relación al ejercicio y disposición de los derechos de las personas a través de actos o negocios jurídicos, la ley 1996 de 2019, sigue manteniendo como regla general, *la presunción legal* de capacidad de todas las personas tal y como estaba antes de la expedición de la misma. La novedad, es advertir que dicha capacidad se presume, independientemente si se usa o no los *apoyos* (art.6 ley 1996, 2019) y en este sentido, resulta inadecuado el texto del artículo sexto de

la norma, al tratar de ratificar una situación cuya regla general se supone, ha sido el precepto imperante.

En otras palabras, no era necesario revalidar la presunción legal de las personas con discapacidad, pues al haberse suprimido de la ley, su incapacidad (arts. 8, 57 ley 1996, 2019), estas personas se ubican en el rango de los capaces (sea cual sea su condición) presunción legal que nunca desapareció y se mantiene tal y como estaba contemplado en el artículo 1503 de nuestro código civil, lo cual hace que dicha ratificación sea inútil.

A esto debemos sumarle otra crítica basada en lo estipulado por los artículos 19 y 39 de la ley 1996 de 2019, los cuales determinan que la persona con discapacidad titular del acto jurídico que cuente con un acuerdo o sentencia de adjudicación de apoyos, deberá utilizarlos al momento de la celebración de los actos jurídicos determinados en el mismo, pues su inobservancia, deviene en una *nulidad relativa*, lo cual termina por convertir los acuerdos de apoyos, en *un requisito para la validez* de los actos que suscriban las personas con discapacidad una vez se encuentren celebrados u otorgados. (arts. 19,39 ley 1996, 2019)

Tal circunstancia, conlleva pensar que la capacidad plena de las personas con discapacidad, la validez de sus actos y la presunción legal reglada en el artículo 6 de la ley 1996, no son absolutos, y quedan supeditados al establecimiento general de *la figura de apoyos*, situación que, de alguna manera, genera una limitación a la plena autonomía de las personas con discapacidad, contrario a la finalidad de la ley.

Al desaparecer la incapacidad de las personas con discapacidad mental,

pues también cesa la figura de la interdicción judicial e inhabilidad negocial que contemplaba la derogada ley 1306 de 2009, y en consecuencia, a partir de la vigencia de la ley 1996 de 2019, no podrán iniciarse procesos para declarar la interdicción judicial o inhabilidad de personas con discapacidad mental, o impedir que alguna entidad pública o privada niegue algún trámite o acto jurídico a las personas que se encuentran bajo dichas figuras.

Incluso la ley 1996 de 2019, fue más proclive en establecer que aquellos procesos de interdicción judicial iniciados antes de la promulgación de la misma, deberán ser suspendidos de manera inmediata. (art. 55 ley 1996, 2019)

De igual manera, en aquellos procesos en curso relativos a la interdicción o inhabilitación negocial, los jueces de familia en un plazo no superior a treinta y seis (36) meses contados a partir de la entrada en vigencia del Capítulo V de la ley 1996, deberán citar de oficio a las personas que cuenten con sentencia de interdicción o inhabilitación anterior a la promulgación de la precitada ley, al igual que a las personas designadas como curadores o consejeros, para que comparezcan ante el juzgado a fin de determinar si requieren o no, la adjudicación judicial de apoyos. (art.56 ley 1996, 2019)

Frente al tema de los impúberes la incapacidad sigue siendo intacta, conservando su carácter de incapacidad absoluta, como lo señala artículo 1504 del código civil, cuyo fundamento se encuentra en que estos sujetos no tienen la suficiente madurez física y mental para la realización de negocios jurídicos o contratos y sus actos pueden ser afectados notoriamente con sus decisiones.

Igual tratamiento de la norma en cita, tuvieron los menores púberes, por cuanto tampoco se modificó su incapacidad relativa entratándose que son

personas que no han alcanzado la suficiente volición para realizar completamente actos de disposición, pero que tienen un somero conocimiento del valor de ciertos actos que pretenden realizar, y por esta razón la ley, les habilita para realizar algunos actos como otorgar testamento, ser mandatarios, celebrar contratos de aprendizaje y contraer matrimonio.(Corte constitucional. 2004;2005)

Finalmente, la ley ha derogado en su gran mayoría el articulado establecido en la ley 1306 de 2009, algunos artículos de la ley 57 de 1887, ley 1564 de 2012, ley 1412 de 2010 y 1098 de 2006. También modificó algunos artículos del Código Civil y Código General del Proceso, relativos a la competencia de los jueces de familia para el conocimiento de los procesos de jurisdicción voluntaria o verbales sumarios para la determinación de los apoyos judiciales estipulados en la nueva norma.

Como puede observarse la ley 1996 de 2019, reestructuró los elementos y requisitos de la validez de los contratos en Colombia, dejando por establecido que actualmente los únicas personas incapaces de forma absoluta y relativa, solo son los impúberes y los menores púberes (incapacidades relativas a la edad de las personas) además de algunas incapacidades (inhabilidades) particulares que consisten en prohibiciones que la ley impuso a ciertas personas para ejecutar determinados actos o negocios jurídicos. (Inc. Final art. 1504 Código Civil)

El breve recorrido dogmático y legal a partir de la paulatina pero eficaz implementación de las convenciones y normas expedidas en el país relativas a la inclusión de las personas con discapacidad, ha ido superando el viejo esquema de estigmatización impregnado por normas anteriores que dominaron por muchos años la normatividad civil y que señalaban a manera de ejemplo, que la relación

jurídica de los contratos, solo era predicable “*entre personas racionales y libres*”, siendo “*absurdo pensar que haya seres sujetos de derecho sin conciencia de su situación y de sus pretensiones*”. (Perez, 2009, p. 123).

La plena vigencia y los alcances que tendrá hacia el futuro la ley 1996 de 2019, queda sujeta a las reglamentaciones e implementaciones a partir de su promulgación, como por ejemplo el diseño de protocolos para la valoración de apoyos (Un año), el plan para la capacitación para notarios y conciliadores en derecho (Un año), la entrada en vigencia y capacitación para entidades públicas y privadas para la valoración de apoyos (18 meses), la entrada en vigencia para los procesos judiciales de determinación de apoyos (24 meses) y los procesos de revisión de interdicción e inhabilitación vigentes (36 meses), entre otros ajustes, nos llevan a reflexionar con suma claridad, que si bien falta mucho por hacer frente a las personas con discapacidad, éste ha sido un gran paso para superar más dos mil años de un paradigma de marginamiento, exclusión, indiferencia, rechazo e incluso, repudio a un grupo de personas iguales a cualquier otra y que hoy pueden celebrar contratos sin ninguna restricción legal.

Me atrevo a unirme a la reflexión de Jacqueline C. de las Carreras, de la *Fundación Par* quien en prólogo del texto los derechos de las personas con discapacidad expresó:

Me cuesta escribir este texto cuando pienso que estamos en el siglo XXI, con significativos adelantos tecnológicos y científicos y mi pregunta es: ¿qué pasó con nuestra civilización? ¿Tanta tecnología habrá anestesiado el alma del hombre? ¿Por qué tanto maltrato hacia lo diferente? ¿Por qué la

necesidad de tantas convenciones, leyes, decretos, recomendaciones para algo tan simple como debería ser respetar al otro en sus diferencias y, de esta manera, construir un mundo más amable, más respetuoso, más solidario y más justo? (De las Carreras. En Eroles & Fiamberti. 2008, p. 9)

Conclusiones

El desarrollo dogmático definido en torno al concepto de *derechos humanos y autonomía*, resultan ser las bases estructurales del reconocimiento e inclusión de las personas con discapacidad en el mundo de los negocios jurídicos que les permitirá comprender nuevos escenarios y emitir declaraciones de voluntad libres, conceptos que modificaron los requisitos de validez de los contratos en torno a su capacidad legal, y al menos, una recomposición de los elementos que estructuran la formación de los contratos.

El discurso de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de las personas con discapacidad, exhortó a los estados miembros, a adoptar medidas legislativas sobre formas y mecanismos de inclusión en todos los ámbitos de la sociedad y por supuesto, en el mercado de los contratos. Los tratados internacionales se convirtieron en verdaderos instrumentos sobre la igualdad de oportunidades, eliminación de condiciones que afectan adversamente a la vida de las personas con discapacidad, eliminación de disposición normativas discriminatorias y en fin muchas otras bondades que sin duda contribuyeron al reconocimiento y apoyo de los derechos hasta ahora observados.

Aquellos modelos en donde la rigidez, el enjaulamiento y la dependencia fueron los elementos característicos de la incapacitación judicial, ceden ante los nuevos paradigmas y modelos, junto a las nuevas instituciones de apoyos con su carácter elástico y flexible, que permiten el respeto por la autodeterminación de las

personas con discapacidad y la prevalencia de su dignidad e integridad, lo cual incide en la esfera familiar, social y patrimonial.

La ley 1996 de 2019, se convierte en la norma más sobresaliente emitida en los últimos veinte años a partir del paulatino desarrollo de los tratados internacionales y la lucha por parte de personas con discapacidad y sus familias contra toda forma de discriminación y bajo modelos aparentemente proteccionistas, que demeritaron el desarrollo y goce efectivo de los derechos de las personas con discapacidad. La norma responde sin duda a la reivindicación de sus derechos y a la materialización de las normas internacionales en materia de Derechos Humanos, sobre una población históricamente subalternizada.

El sistema de apoyos y salvaguardias introducido en la ley 1996, permite de alguna manera respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona titular de los derechos, lo que permitirá la disposición del derecho de propiedad de estas personas, pero también les brindará la posibilidad de decidir sobre sus bienes y asuntos económicos, como heredar, tener acceso al flujo de préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, en igualdad de condiciones con las demás personas y a definir en un futuro sobre sus deseos y tendencias respecto de sus actos jurídicos, pero lo más importante a no ser discriminados ni privadas de manera arbitraria de decidir sobre su propio patrimonio.

La capacidad negocial de las personas, relativas a la validez de los contratos que éstas celebren, estipuladas en el artículo 1504 del código civil,

fueron modificadas con la entrada en vigencia de la ley 1996 de 2019, siendo ahora solo incapaces absolutos la impúberes e incapaces relativos los menores púberes, ampliándose aún más la posibilidad para que muchas personas que otrora fueron considerados incapaces, ahora tengan plena capacidad conforme a la ley (1996 de 2019) para la celebración de negocios y contratos jurídicamente válidos.

Finalmente estudios como el presente proyecto, ponen de manifiesto que las dinámicas de la vida social y las nuevas realidades en el mundo de hoy, se mueven a mayor velocidad, que la incorporación de normas, reglas o estatutos que logren parametrizar las relaciones patrimoniales de las personas, lo cual pone de manifiesto, un nuevo orden mundial en las estructuras jurídicas y negociales.

Referencias

- Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (1998). *Tratado de Derecho Derecho Civil*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Bregaglio, R., & 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* (32)..
- Breton, N., Fernandez, M., & Guerra, P. (2017). Medidas de modificación judicial de la capacidad en personas con trastorno mental grave ¿Protección o letrografía? *Bioética y Derecho*, 73-86.
- Colin, A., & Capitant, H. (1952). *Curso Elemental de Derecho Civil*. Madrid: Reus.
- Collazo, A. (2014). *Habilidades Comunicativas en Discapacidad Intelectual*. Obtenido de <http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/28515/6/TFM%20Aida%20Collazo%20Alonso.pdf>
- Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad ONU. (2014) *Observación general Número 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU. Observación sobre el derecho de las personas con discapacidad a ser iguales ante la ley*. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement>
- Congreso de la República de Colombia. (agosto 26 de 2019) Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad [Ley 1996 de 2019].

Congreso de la República de Colombia. (febrero 27 de 2013) por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad [Ley estatutaria 1618 de 2013].

Congreso de la República de Colombia. (julio 31 de 2009a) Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. [Ley 1346 de 2009].

Congreso de la República de Colombia. (junio 5 de 2009b) 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. [Ley 1306 de 2009].

Congreso de la República de Colombia. (Julio 10 de 2007) Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan otras disposiciones." [Ley 1145 de 2002].

Congreso de la República de Colombia. (Noviembre 8 de 2006) Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia. [Ley 1098 de 2006]. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm

Congreso de la República de Colombia. (Julio 31 de 2002) Por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad" [Ley 762 de 2002]. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0762_2002.html

Congreso de la República de Colombia. (26 de mayo de 1873) Código civil de los Estados Unidos de Colombia [Ley 84 de 1873]. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

- Corte constitucional. (13 de abril de 2016) Sentencia C-182/ 16. Sala plena de la Corte Constitucional Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte constitucional. (3 de octubre de 2014) Sentencia T 740/ 16. Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Corte constitucional. (25 de mayo de 2004) Sentencia C 534/ 05. Sala plena de la Corte Constitucional. Manuel José Cepeda Espinosa.
- Corte constitucional. (24 de mayo de 2005) Sentencia C 507/ 04. Sala plena de la Corte Constitucional. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte constitucional. (10 de junio de 2003a) Sentencia C 478/ 03. Sala plena de la Corte Constitucional. Clara Inés Vargas Hernández.
- Corte constitucional. (20 de mayo de 2003) Sentencia C-401/3. Sala3Sala plena de la Corte Constitucional. Álvaro Tafur Galvis.
- Corte constitucional. (13 de noviembre de 2002) Sentencia C-983/03. Sala plena de la Corte Constitucional. Jaime Córdoba Triviño
- Cubides, J. (2009). *Obligaciones*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Díaz, E. (2007). *Los contratos en el derecho privado*. Bogotá: Legis.
- Fernández, C., & Woolcott, O. (2018). DERECHO MÉDICO Nociones Fundamentales y Responsabilidad Médica (1st ed.), T. I y II. Lima, Perú: Instituto Pacifico.
- Fernández, María Teresa (2010). La discapacidad mental o psicosocial y la convención sobre el derecho de las personas con discapacidad. *Revista de Derechos Humanos*, p.p, 10-17.
- Foucault, M. (2008). *Enfermedad Mental y personalidad*. Buenos Aires: Paidós.
- González, A. (2010). *Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

- González de Cancino, E. (1989). *Manual de Derecho Romano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Laín Entralgo, P. (1961). *Enfermedad y Pecado*. Madrid: Toray S. A.
- León Robayo, E. I. (2007). *La capacidad atributo de la personalidad y presupuesto de la validez del Acto Jurídico en los contratos en el derecho Privado* Bogotá: Universidad del Rosario.
- Medina, J., Rueda, M., Torres, M., & Diez, C. (2009). *Nuevo regimen de Protección Legal a las personas con discapacidad mental: Antecedentes , análisis y trámite legislativo- ley 13016 de 2009*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Muñoz López, L. A. (2007). *Derecho Romano*. Bogotá: Temis.
- Organización Mundial de la salud & Banco Mundial (2011) Informe mundial sobre la discapacidad. Resumen.
https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/summary_es.pdf?ua=1
- Organización de Naciones Unidas (2006) *Convención internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad*. <https://acnudh.org/hoja-informativa-convencion-internacional-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad/>
- Organización de Naciones Unidas. (1999) *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad*.
<http://www.dpp.cl/resources/upload/b66cf3c7553cc3bf9aae1cb1b52d8d99.pdf>
- Organización de Naciones Unidas. (1994) *Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad*.
<https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/48/96>

- Ospina Fernández, G., & Ospina Acosta, E. (2009). *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*. Bogotá: Temis.
- Perez, V. A. (2009). *Teoría General de las Obligaciones*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.
- Petit, E. (1988). *Derecho Romano*. Mexico: Porrúa.
- Perilla, Granados Juan Alejandro.(2018). *La Educación Inclusiva Una estrategia de transformación social*. Universidad Sergio Arboleda.
- Planiol, M., & Ripert, J. (2017a). *Derecho Civil Francés- T I las Personas estado y Capacidad*. Habana: Juna Buxó.
- Planiol, M., & Ripert, J. (2017b). *Tratado Práctico de Derecho Civil Frances*. Habana: Cultural S.A.
- Saboul, A. (1965). *La révolution Francaise*. Paris: Universidad de Francia.
- Schalock, R. (2009). La nueva definición de discapacidad intelectual, apoyos individuales y resultados personales. *Siglo Cero*, pp. 22-29.
<https://sid.usal.es/idocs/F8/ART11724/Schalock.pdf>
- Seoane, J. A. (2011). *¿Qué es una persona con discapacidad?* .Agora.
- Tamayo, L. A. (2008). *Manual de Obligaciones*. Bogotá: Doctrina y Ley Ltda.
- Valencia , A., & Ortiz, Á. (2010). *Derecho Civil- Tomo I Parte General y Personas*. Bogotá: Temis S.A.
- Vallejo, G., Hernandez, M. & Posso, A (2017). La capacidad Jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos. *CES Derecho*.
- Varsi, E., & Torres, M. (2019). El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el código civil Peruano. *Acta Bioeth*, 199-213.

Vivas, T. (2012). *Más allá de la capacidad de entender y querer: Un análisis a la figura de administración de apoyo y una propuesta de reforma del sistema tuitivo español*. Olivenza: Futuex.