

ELEMENTOS DE LA CAPACIDAD, LEY 1996 DE 2019

Elizabeth Tamayo Mira¹

RESUMEN

El propósito de este artículo es estudiar los vacíos normativos que se presentan con la entrada en vigencia de la ley 1996 de 2019, en lo referente a la capacidad de las personas mayores de edad que con la ley 1306 de 2009 se consideraban interdictos. Por esto, se realiza una comparación entre ambas leyes y los elementos esenciales del negocio jurídico. Se concluye que la ley 1996 de 2019 abre un escenario de desprotección legal para quienes eventualmente podrían considerarse incapaces a la luz de la norma derogada.

PALABRAS CLAVES

Capacidad de ejercicio, Consentimiento consciente, Elementos esenciales del negocio jurídico, Interdicción, Nulidad.

SUMARIO

I.- INTRODUCCION. II.- CAMBIOS NORMATIVOS DE LA LEY 1306 DE 2009 A LA LEY 1996 DE 2019. III.- ELEMENTOS ESENCIALES DEL NEGOCIO JURIDICO EN

¹ Abogada litigante de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: eliza.tamayom@gmail.com. Este artículo se realiza para optar por el Título de Especialista en Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

**CONTRATOS CELEBRADOS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD. IV.-
SITUACION ACTUAL DE LA SPERSONAS CON DISCAPACIDAD DE CARA AL
REGIMEN DE TRANSICION ENTRE LA LEY 1306 DE 2009 Y LA LEY 1996 DE 2019
V.- CONCLUSIÓN. VI.-REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

I. INTRODUCCIÓN

Desde del año 2011 el Estado Colombiano ratificó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, lo que trajo consigo la implementación y adecuación normativa de la capacidad jurídica en específico la capacidad de ejercicio, de las personas con condiciones físicas o mentales especiales. Por lo anterior, fue emitida la Ley 1306 de 2009 la cual fue quedándose corta en su aplicación derivada de los principios y llamados que hacia la convención antes mencionada. Debido a esto, en el año 2019 es expide la ley 1996, estableciendo la posibilidad que tienen las personas con discapacidad a la hora de acudir al sistema judicial o celebrar negocios jurídicos sin la intervención de un tercero que los represente.

El presente artículo busca analizar en la primera parte, los vacíos normativos que trae 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”. Con las modificaciones sustanciales que se realizaron, buscan una protección legal basada en la dignidad humana y la autonomía de la voluntad privada, asumiendo que toda persona es capaz frente a la ley y dando prioridad a los principios constitucionales que tiene cada individuo por ser un ciudadano colombiano. De esta forma, se deja de lado el concepto de discapacidad que concebía la ley 1618 de 2013, que en su artículo 2 numeral 1 definía:

Personas con y/o en situación de discapacidad: Aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al

interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás

Por ello era necesaria y obligatoria la representación por un tercero para quienes contaban con una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial. Es así como la normativa vigente a la fecha establece un cambio de paradigma en el concepto de incapacidad por discapacidad, eliminándola del ordenamiento jurídico para lo que tiene que ver con las personas mayores de edad. Cabe aclarar que lo anterior, no significa que la ley quedo derogada en su totalidad; por el contrario, para la implementación de ésta, se estableció un régimen transitorio para que los jueces determinen de manera excepcional los apoyos necesarios para las personas mayores de edad que se encuentren absolutamente imposibilitados para expresar su voluntad.

Con el fin de evidenciar lo antes expuesto, en la segunda parte del artículo se realiza un análisis comparativo entre la norma derogada y la norma que se encuentra vigente. Por ende, se analizan los elementos esenciales del negocio jurídico con un especial énfasis en la capacidad de ejercicio de los individuos, ahondando en los vicios del consentimiento que se pueden presentar en la celebración del contrato, cuando no hay un consentimiento consiente por una de las partes. Es necesario, evaluar que esta situación puede generar nulidades debido a la discapacidad de la persona que es tratada como capaz absoluto y que en su ser está realizando un acto de mera liberalidad, pero que en su entender no comprende o no tiene la certeza del negocio jurídico que está celebrando.

Posteriormente, la tercera parte que se desarrollará evidencia una discrepancia entre la norma examinada y la Constitución Política de Colombia de 1991. Por ello, teniendo en cuenta que “la Constitución es norma de normas y en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (Art.

4) debe tenerse como norma superior para dirimir las contrariedades que se presenten. Con referencia a la situación de discapacidad, la Constitución Política establece que “el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentre en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos y maltratos que contra ellas se cometan” (Constitución Política, 1991 Art. 13). Se puede evidenciar entonces, una desprotección constitucional para las personas que han sido declaradas interdictas y que a la luz de la ley 1996 de 2019, pasan a tener un trato igualitario para las negociaciones jurídicas.

Si bien es cierto que todos tenemos derecho a ser tratados bajo el principio y derecho a la igualdad, también es cierto que las personas con discapacidad deben de tener una especial protección por parte del Estado, un trato protector para quienes necesitan ser protegidos en concordancia con los fines del Estado, puesto que se está frente a un estado proteccionista que vela por los derechos de cada individuo. Por lo anterior, quienes presenten una condición especial deben de gozar de un trato diferenciador; en los términos de protección especial; toda vez que se debe de tener en cuenta la real posición del individuo al cual le va a ser aplicada la ley. Por esta razón debe tenerse en cuenta que igualdad es ofrecer un trato igual a quienes están en una situación idéntica y un trato diferente a quien está en una situación desigual. Así, más que la mera expresión o manifestación de voluntad, se requiere de un estado de conciencia consiente que permita observar, de manera inequívoca, el propio alcance de la intención o voluntad de quien contrata.

Por ahora, sin entrar en total vigencia la ley 1996 de 2019 hay que tener en cuenta que, además de contar o no con un apoyo para la realización del negocio jurídico, se debe partir de la premisa que dicho apoyo debe ser solicitado por quien es considerado como incapaz, pero si dentro de su fuero interno, esta persona concibe no necesitar dicho apoyo, ¿se estará en una total

conciencia para la celebración del negocio?, teniendo en cuenta que hay un tercero que celebra un contrato que cumple con los requisitos establecidos por la ley, pero que a leguas puede evidenciar la discapacidad de su contraparte.

II. CAMBIOS NORMATIVOS DE LA LEY 1306 DE 2009 A LA LEY 1996 DE 2019.

Para analizar los vacíos normativos que se pueden presentar con la entrada en vigencia de la ley 1996 de 2019, se debe establecer el cambio conceptual del término “discapacitado mental” que traía consigo la ley 1306 de 2009. Así, la norma derogada en su artículo 2 establecía; “una persona natural tiene discapacidad mental cuando padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permiten comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio”. En este orden de ideas, uno de los cambios de paradigma derivados de la vigencia de la ley 1996 de 2019 está fundamentado en que la interpretación de la ley debe hacerse “conforme a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y los demás pactos, convenios y convenciones internacionales sobre derechos humanos aprobados por Colombia que integran el bloque de constitucionalidad y la Constitución Colombiana” (Ley 1996, 2019). Por tanto, no se consideran, discapacitados mentales sino, personas con discapacidad, al respecto, la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en su preámbulo dispone:

Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2007)

El contenido de la norma vigente, plantea una prevalencia de la autonomía de la voluntad privada de cada individuo, por medio de la cual toda persona mayor de edad es capaz para autodeterminarse, tomar sus propias decisiones, equivocarse y tener así un desarrollo pleno de su personalidad. Por su parte, la ley 1306 de 2009 (derogada), buscaba proteger a la persona con discapacidad para evitar que sus equivocaciones tuvieran una incidencia negativa o perjudicial en su patrimonio. En este sentido, la ley 1996 de 2019 consagra en su artículo 4 numeral 3:

Primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico. Los apoyos utilizados para celebrar un acto jurídico deberán siempre responder a la voluntad y preferencias de la persona titular del mismo. En los casos en los que, aun después de haber agotado todos los ajustes razonables disponibles, no sea posible establecer la voluntad y preferencias de la persona de forma inequívoca, se usará el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, el cual se establecerá con base en la trayectoria de vida de la persona, previas manifestaciones de la voluntad y preferencias en otros contextos, información con la que cuenten personas de confianza, la consideración de sus preferencias, gustos e historia conocida, nuevas tecnologías disponibles en el tiempo, y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto (Ley 1996, 2019)

Es decir, se hace más relevante el principio de la autonomía de la voluntad privada, a través de la manifestación de la voluntad de quien se consideraba incapaz a la hora de la celebración los negocios jurídicos.

Así mismo, otro de los cambios de la ley 1996 de 2019, es la eliminación de la figura de la representación legal o curaduría de las personas con discapacidad, o consideradas incapaces, la cual fue reemplazada por salvaguardas, ayuda que deberá ser regulada como lo establece el artículo 12 de la norma en análisis, pero que a la fecha no ha sido establecido ni adelantado parámetro alguno; lo que vislumbra el primer vacío normativo. En este sentido, las personas con discapacidad que ya fueron calificadas y determinadas como incapaces, a través del extinto proceso de interdicción, deben someterse a una revisión del proceso para determinar si necesitan o no un apoyo o salvaguarda para realizar actos jurídicos. Sin embargo, si en dicha revisión la persona con discapacidad considera a su propio juicio que no es necesario de dicho apoyo, es

preciso hacerse las siguientes preguntas: ¿qué pasaría si la premisa inicial es de prevalencia de la autonomía de la voluntad privada?, ¿cómo el juez, sin la solicitud de estos puede determinar que éste es sujeto de dichos apoyos?

Por otra parte, la nueva norma establece la posibilidad que tiene la persona con discapacidad de solicitar varios apoyos para la celebración de cada negocio jurídico, en contraposición de la norma derogada que establecía una curaduría única con prohibiciones consagradas en el artículo 92 de la ley 1306 de 2009 frente al representado y además una responsabilidad por el cargo encomendado. En este sentido, una persona, por ejemplo, puede tener un apoyo para suscribir una compraventa, y un apoyo diferente para realizar una inversión en un fondo, situación contenida específicamente en el artículo 6 ibídem de la ley 1996 de 2019

De esta manera, se genera una problemática en la celebración de los negocios, puesto que es la persona con discapacidad la que determina a su arbitrio quién es el facultado para ejercer ese rol. Aparte de ello, dicha ayuda es de mera consejería, porque como ya se enunció esta norma tiene como primacía general la autonomía de la voluntad privada, avalando los actos de todas las personas mayores de edad sin importar sin tener en cuenta la condición cognoscitiva o estabilidad emocional, al momento de celebrar el negocio jurídico. Por lo anterior, y como protección del principio de no discriminación, en Colombia quedaron abolidas las incapacidades absolutas para las personas mayores de edad. En consecuencia, toda persona mayor de edad es presumida capaz, lo cual se desarrollará ampliamente en el segundo capítulo de este artículo.

En consonancia con lo anterior, resultan también problemáticos, los criterios que plantea la ley 1996 de 2019 con respecto a la designación de apoyos para el ejercicio de la capacidad legal de la persona con discapacidad, toda vez que establece en su Artículo 5 numeral 4:

Imparcialidad. La persona o personas que presten apoyo para la realización de actos jurídicos deben, en el ejercicio de sus funciones como apoyo, obrar de manera ecuaníme en relación con dichos actos. Ello implica, entre otras cosas, que las personas que prestan apoyo deben actuar en

congruencia con lo establecido en el numeral 2 del artículo 4° de la presente ley, respetando siempre la voluntad y preferencias de la persona titular del acto jurídico, con independencia de si quien presta apoyo considera que debería actuar de otra manera, respetando también el derecho a tomar riesgos y cometer errores. Así mismo, las personas que prestan el apoyo no podrán influenciar indebidamente la decisión. Se considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación.

La persona con discapacidad que solicita el apoyo, lo hace debido a que dentro de su saber y entender, no está la comprensión total del acto que va a realizar, debido a que no vislumbra la situación por la cual está pasando o la consecuencia jurídica que ello conlleva para su patrimonio. Por esta razón, busca ayuda para realizar de la mejor manera dicho acto. Sin embargo, el artículo previamente enunciado establece que incluso si el apoyo considera que el titular debería actuar de una manera diferente, debe prevalecer la voluntad de éste, respetando el derecho a tomar riesgos y cometer errores. En este sentido, ¿de qué vale la asesoría en la toma de decisiones que está realizando el apoyo?, la desprotección legal frente a la persona discapacitada es evidente. Otra vez se encuentran inmersos en un vacío normativo que no establece la obligatoriedad del apoyo por velar por los intereses del titular; por el contrario, existe una ambigüedad jurídica en aconsejar y dejar actuar de manera inadecuada.

Como se mencionó anteriormente, la ley 1996 de 2019 trae consigo obligaciones para el legislador de regular parámetros para las notarías, reglamentación del servicio de valoración de apoyos, lineamientos y protocolos para la valoración de apoyos, todos trámites que no se han realizado. Además, para el 2020 los procesos de interdicción que están en curso, se encuentran inactivos hasta tanto no se adelanten dichas actuaciones. En ese contexto, las personas que no han sido declaradas interdictas están desamparadas debido a que las notarías y centros de conciliación no están haciendo los trámites de designación de apoyos porque no tienen lineamientos para ello y tampoco pueden adelantar un proceso de interdicción, con el fin de

realizar, sin mayores inconvenientes, a través de un curador los actos jurídicos que requieran y que en cualquier caso, un notario podría negarse a avalar en tanto se evidencia su situación de discapacidad o, como se entendía con la norma derogada, su ausencia de capacidad. En consecuencia, se encuentran inmersos en un limbo jurídico que genera desprotección total para alguien que tiene una condición de vulnerabilidad frente a los demás.

III. ELEMENTOS ESENCIALES DE NEGOCIO JURÍDICO EN CONTRATOS CELEBRADOS POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Con el objetivo de desarrollar el concepto de capacidad para el tema que se está tratando y así ahondar en las dificultades que puede traer la implementación de la ley 1996 de 2019, es pertinente analizar los elementos esenciales que debe contener todo negocio jurídico para que no esté viciado de nulidad absoluta o relativa. Teniendo en cuenta lo anterior, se establecen los conceptos fundamentales que permitan dar un desarrollo más profundo a la voluntad de las partes para los efectos que trae la ley 1996 de 2019.

Cabe destacar que, para proteger los negocios jurídicos celebrados entre particulares, el Código Civil Colombiano en su artículo 1740 establece que “es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes” (Ley 84, 1873). Pues bien, en términos generales los requisitos acogidos por la jurisprudencia y por la ley son: la voluntad de las partes, el objeto lícito y causa lícita.

En este sentido, el elemento de la voluntad de las partes, adquiere una relevancia especial para el presente estudio, toda vez que la capacidad de toda persona para auto determinarse, es la expresión o manifestación de la voluntad encaminada a realizar, de manera consiente, un acto

jurídico. Es decir que, dicha voluntad es el elemento determinante para avizorar la existencia de alguno de los vicios del consentimiento, a saber: error, fuerza y dolo, contenidos en los artículos 1508 ibídem del Código Civil Colombiano (Ley 84, 1873).

Ciertamente, con la entrada en vigencia de la ley 1996 de 2019, juega un papel importante en la celebración de los negocios jurídicos, el hecho de que una persona declarada, con la ley 1306 de 2009 como incapaz absoluto, (es decir, quien en su sano juicio no puede representarse a sí mismo o no tiene la capacidad de obligarse); y que, además, tiene un dictamen médico con el cual un profesional en la materia establece la imposibilidad de la persona para tomar decisiones acordes a sus necesidades. Conviene destacar, en concordancia con la especial protección que deben tener las personas con discapacidad, que se hace necesario que prevalezca el interés particular de este sujeto.

En palabras del profesor Arturo Valencia Zea, la capacidad jurídica:

“La “capacidad jurídica” o “de derecho” (y aún “capacidad de goce”) se refiere simplemente a la posibilidad de que determinado derecho se radique en cabeza de una persona. En cuanto se refiere a los derechos civiles de orden patrimonial (...), toda persona, por el solo hecho de serlo, tiene “capacidad jurídica”, (...) tanto las personas físicas (sin distinción de sexo o edad) como las personas jurídicas, pueden ser titulares de esos derechos (...). Pero no toda persona que tenga “capacidad jurídica” respecto a los derechos civiles patrimoniales, tiene la “capacidad de ejercicio” de los mismos. En efecto, para ejercer un derecho civil patrimonial mediante negocio jurídico, se exige en el sujeto o persona la existencia de una voluntad plenamente desarrollada (Zea & Ortiz Monsalve , 1994)

Luego, se hace necesario que la persona en condición de discapacidad, no solo tenga una voluntad de celebrar un negocio jurídico, si no que exprese un consentimiento consiente, respecto de lo que va a realizar, con el fin de que, al operador jurídico o a la otra parte del negocio jurídico le quede totalmente claro que la decisión que está tomando, no acarreará posteriormente una posible nulidad.

En este sentido, apuntan Vallejo Jiménez y Hernández Ríos:

En Colombia se relaciona el concepto de capacidad con el concepto de validez de la norma jurídica. Esto quiere decir que para que un negocio jurídico produzca plenos efectos, requiere que el titular del mismo cuente con la madurez reflexiva para entender y comprender el acto en sí y el alcance de su decisión, de lo contrario la regla particular carece de efectos jurídicos, pues la sanción legal es la denominada nulidad absoluta del negocio jurídico. Por consiguiente, el Código Civil continúa asociando el concepto de discapacidad mental con el concepto de incapacidad legal. (Ramos, 2020, pág. 60)

De igual manera, expresa Torres Villarreal que:

Para el Código Civil, las personas que no tenían la suficiente aptitud intelectual para comprender sus actos, o eran inmaduras y con una tendencia a obrar impulsivamente y sin el debido cuidado al manejar patrimonio, se tenían por personas incapaces para ejercitar sus derechos y obligarse mediante actos voluntarios. Los que de manera permanente tenían esas falencias quedaban a cargo de una o más personas que actuaran por ellas en el campo del derecho, defendieran sus intereses, administraran sus bienes y les garantizaran su bienestar (Villarreal, Medina Pabón, Rueda Serrano, & Diez Vargas, 2009)

Ahora bien, la nueva norma trae consigo la adecuación a las exigencias de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, estableciendo como medida de protección los apoyos definidos en la ley como:

[...] son tipos de asistencia que se prestan a la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de su capacidad legal. Esto puede incluir la asistencia en la comunicación, la asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, y la asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales

Sin embargo, como ya se había manifestado anteriormente, dichos apoyos los debe solicitar la persona en situación de discapacidad, generando así la posibilidad de que no se hagan efectivos los mismos o que estos nunca sean solicitados. Así, para tener más claridad sobre el tema, se puede tomar como ejemplo el caso del dilapidador, declarado ya interdicto relativo con la ley 1306 de 2009, debido al peligro inminente que pueden correr sus bienes. Así, realizado el trámite de levantamiento de interdicción de que trata el artículo 56 de la norma en estudio (Ley 1996, 2019), cabe la posibilidad de que la persona con discapacidad manifieste la no necesidad

de apoyos para la realización de actos jurídicos que, eventualmente, puedan afectar su patrimonio. El dilapidador, sería entonces, en la práctica, capaz de realizar por sí mismo las actuaciones necesarias para la celebración de los negocios jurídicos, pero mentalmente no tiene una conciencia plena de los negocios que va a realizar, tan solo requiere de dinero sin importar las consecuencias.

Ahora bien, si bien es cierto que, en la ley 1996 de 2019 tiene una prevalencia especial la autonomía de la voluntad privada establecida en su artículo 4 numeral 2:

Autonomía. En todas las actuaciones se respetará el derecho de las personas a auto determinarse, a tomar sus propias decisiones, a equivocarse, a su independencia y al libre desarrollo de la personalidad conforme a la voluntad, deseos y preferencias propias, siempre y cuando estos, no sean contrarios a la Constitución, a la ley, y a los reglamentos internos que rigen las entidades públicas y privadas (Ley 1996, 2019)

También es cierto, que la falta de uno de los elementos esenciales en la celebración de los negocios jurídicos puede acarrear nulidad absoluta o relativa, dependiendo de las circunstancias; el mismo código civil en su artículo 1741 establece:

Nulidad absoluta y relativa. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y o a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerden, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato. (Ley 84, 1873)

Es así, como la voluntad consiente de una persona en situación de discapacidad, sobre todo con afectación cognitiva o mental, hace necesario que se realice de una manera idónea, debido a que trato igualitario no es tratar con el mismo racero a todas las personas, sino tratar de manera igual a quien son iguales y están en las mismas condiciones, y de manera desigual pero proteccionista a quienes están en una condición desmejorada o que amerite una vigilancia especial para garantizar, una eficaz implementación del derecho a la dignidad humana.

IV. SITUACIÓN ACTUAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE CARA AL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN ENTRE LA LEY 1306 DE 2009 Y LA LEY 1996 DE 2019

Por último, Se hace pertinente realizar un análisis de la situación en la que se encuentra la transición entre la ley 1306 de 2009 y la ley 1996 de 2019, teniendo en cuenta que la ley 1996 de 2019 trae consigo en el capítulo VIII, el régimen de transición aplicable para la materia.

Vale la pena decir, que el artículo 53 de la ley 1996 de 2019 derogó de manera explícita la interdicción en Colombia, estableciendo: “PROHIBICIÓN DE INTERDICCIÓN. Queda prohibido iniciar procesos de interdicción o inhabilitación, o solicitar la sentencia de interdicción o inhabilitación para dar inicio a cualquier trámite público o privado a partir de la promulgación de la presente ley” (Ley 1996, 2019). Por lo tanto, desde la entrada en vigencia de la norma y hasta finales de 2020 se encuentran detenidos todos los procesos de interdicción que se estaban adelantando y no se admiten procesos nuevos en esta materia.

Así mismo, el artículo 54 de la ley 1996 de 2019, deja a disposición de los jueces de familia del domicilio del titular del acto jurídico, para que adjudiquen judicialmente apoyos transitorios, pero dicho trámite solo se realiza cuando la persona titular se encuentre imposibilitado absolutamente para expresar su voluntad y preferencias por cualquier medio.

Se puede observar entonces, que sin tener determinados los lineamientos para la adjudicación de apoyos enunciado en la ley 1996 de 2019, son los jueces los llamados a establecer una protección en favor de las personas con discapacidad para que no se vean inmersos en un vacío normativo que conlleve a la vulneración de sus derechos.

De esta manera, la desprotección a la que se está sometiendo a las personas con discapacidad; que como ya se había mencionado; se encuentran abandonados por el aparato judicial, presenta gran preocupación debido a conlleva nulidades de actos jurídicos que puedan afectar incluso a terceros de buena fe

Por otra parte, el artículo 55 de la norma objeto de estudio, incorpora la posibilidad de decretar medidas cautelares nominadas e innominadas, (es decir, las establecidas taxativamente en la ley o las que el juez a su buen juicio considere pertinentes) para garantizar la protección y disfrute de los derechos patrimoniales de la persona con discapacidad; generando así un ámbito de protección especial, para no vulnerar derechos inherentes a la persona, como es la capacidad. Pero si bien es cierto, la norma contempla esta posibilidad se debe tener en cuenta que la justicia colombiana tiene un cumulo importante de procesos, por lo que en la práctica dichas medidas deberán ser decretadas a solicitud de parte debido a las condiciones especiales para caso.

Siguiendo en el orden de la norma estudiada, encontramos en el artículo 56 los parámetros establecidos para el proceso de revisión de interdicción o inhabilitación, el cual plantea lo siguiente.

ARTÍCULO 56. PROCESO DE REVISIÓN DE INTERDICCIÓN O INHABILITACIÓN: En un plazo no superior a treinta y seis (36) meses contados a partir de la entrada en vigencia del Capítulo V de la presente ley, los jueces de familia que hayan adelantado procesos de interdicción o inhabilitación deberán citar de oficio a las personas que cuenten con sentencia de interdicción o inhabilitación anterior a la promulgación de la presente ley, al igual que a las personas designadas como curadores o consejeros, a que comparezcan ante el juzgado para determinar si requieren de la adjudicación judicial de apoyos.

En este mismo plazo, las personas bajo medida de interdicción o inhabilitación podrán solicitar la revisión de su situación jurídica directamente ante el juez de familia que adelantó el proceso de Interdicción o inhabilitación. Recibida la solicitud, el juez citará a la persona bajo medida de interdicción o inhabilitación, al igual que a las personas designadas como curadores o consejeros, a que comparezcan ante el juzgado para determinar si requieren de la adjudicación judicial de apoyos.

En ambos casos, el juez de familia determinará si las personas bajo medida de interdicción o inhabilitación requieren la adjudicación judicial de apoyos, de acuerdo a:

1. La voluntad y preferencias de las personas bajo medida de interdicción o inhabilitación, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 13 de la presente ley. Por lo anterior, la participación de estas personas en el proceso de adjudicación judicial de apoyos es indispensable so pena de la nulidad del proceso, salvo las excepciones previstas en la presente ley.

2. El informe de valoración de apoyos, que deberá ser aportado al juzgado por cualquiera de los citados a comparecer según lo dispuesto en el presente artículo, en el plazo que el juez disponga, y en todo caso, antes de la fecha señalada para comparecer ante el juzgado. En caso de que los citados a comparecer aporten más de un informe de valoración de apoyos, el juez deberá tener en consideración el informe más favorable para la autonomía e independencia de la persona, de acuerdo a la primacía de su voluntad y preferencias, así como las demás condiciones establecidas en el artículo 13 de la presente ley.

El informe de valoración de apoyos deberá consignar, como mínimo:

a) La verificación que permita concluir, cuando sea el caso, que aún después de haber agotado todos los ajustes razonables y apoyos técnicos disponibles, la persona bajo medida de interdicción o inhabilitación se encuentra imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio posible.

b) Los apoyos que la persona requiere para la comunicación y la toma de decisiones en su vida diaria; o en lo relacionado al manejo financiero, salud y demás aspectos relevantes, en caso de que la persona se encuentre imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio.

c) Los ajustes que la persona requiera para participar activamente en el proceso.

d) Las sugerencias frente a mecanismos que permitan desarrollar las capacidades de la persona en relación con la toma de decisiones para alcanzar mayor autonomía e independencia en las mismas.

e) Las personas que han fungido o pueden fungir como apoyo en la toma de decisiones de la persona, para cada aspecto relevante de su vida.

f) Un informe sobre el proyecto de vida de la persona.

g) La aprobación de la valoración de apoyos por parte de la persona bajo medida de interdicción o inhabilitación. En aquellos casos en que la persona bajo medida de interdicción o inhabilitación se encuentre imposibilitada para manifestar su voluntad y preferencias por cualquier medio posible, le corresponderá al juez aprobar dicha valoración de apoyos.

3. La relación de confianza entre las personas bajo medida de interdicción o inhabilitación y la o las personas que serán designadas para prestar apoyo en la celebración de actos jurídicos.

4. Las demás pruebas que el juez estime conveniente decretar.

5. Una vez vencido el término para la práctica de pruebas, el juez escuchará a los citados y verificará si tienen alguna objeción. Posteriormente, el juez procederá a dictar sentencia de adjudicación judicial de apoyos, la cual deberá:

a) Hacer claridad frente a la adjudicación de apoyos en relación con los distintos tipos de actos jurídicos.

b) Designar la o las personas de apoyo y sus respectivas funciones para asegurar el respeto a la voluntad y preferencias de la persona.

- c) Oficiar a la Oficina de Registro del Estado Civil para que anule la sentencia de interdicción o inhabilitación del registro civil.
- d) Emitir sentencia en lectura fácil para la persona con discapacidad inmersa en el proceso, explicando lo resuelto.
- e) Ordenar la notificación al público por aviso que se insertará una vez por lo menos en un diario de amplia circulación nacional, señalado por el juez.
- f) Ordenar los programas de acompañamiento a las familias, en el caso de que resulten pertinentes.
- g) Disponer las demás medidas que el juez considere necesarias para asegurar la autonomía y respeto a la voluntad y preferencias de la persona, en particular aquellas relacionadas con el manejo de patrimonio que se hubiesen establecido en la sentencia de interdicción sujeta a revisión.

PARÁGRAFO 1o. En caso de que el juez considere que las personas bajo medida de interdicción o inhabilitación no requieren de la adjudicación judicial de apoyos, la sentencia deberá consignar esta determinación y los motivos que la fundamentan. Asimismo, oficiará a la Oficina de Registro del Estado civil para que anule la sentencia de interdicción o inhabilitación del registro civil correspondiente. Una vez la sentencia se encuentre en firme, las personas quedarán habilitadas para acceder a cualquiera de los mecanismos de apoyo contemplados en la presente ley.

PARÁGRAFO 2o. Las personas bajo medida de interdicción o inhabilitación anterior a la promulgación de la presente Ley, se entenderán como personas con capacidad legal plena cuando la sentencia del proceso de revisión de la interdicción o de la inhabilitación quede ejecutoriada.

Según lo anterior, es dable afirmar que, a diferencia del proceso de interdicción, en el proceso de revisión de la interdicción es indispensable que la persona con discapacidad manifieste su voluntad y consentimiento, siendo esta la directriz más importante para que el juez establezca los apoyos necesarios, so pena que se pueda decretar la nulidad del proceso.

Por otro lado, en los casos en que la persona con discapacidad este en la imposibilidad de hacerse entender por algún medio, el juez deberá oficiosamente decretar los apoyos necesarios para garantizar la prevalencia de sus derechos, evaluando las mejores decisiones para este, se puede observar que prácticamente es un proceso de oficio en el cual quien toma las directrices y decisiones es el juez, prevaleciendo siempre las garantías de la persona con discapacidad.

Igualmente, es potestad del juez determinar si debe levantar la interdicción de la persona con discapacidad, y si esto no es pertinente decretar apoyo. Esto, teniendo en cuenta las valoraciones realizadas en el proceso; en consecuencia, la persona con discapacidad podrá acudir a la solicitud

de apoyos en centros de conciliación o notaria, debido a que por sentencia judicial se determina que es plenamente capaz para realizar cualquier acto jurídico.

V. CONCLUSIONES

En conclusión, cabe resaltar que el derecho privado es la rama del derecho que se ocupa de las relaciones jurídicas entre particulares, pero que el tema que se desarrolla en el presente artículo, debe ser observado en sintonía con todas las ramas del derecho. Especialmente, debe ser estudiado desde la esfera constitucional.

En este sentido, es pertinente resaltar que la constitución política de Colombia es norma de normas y debe prevalecer por encima de cualquier disposición. Así entonces, el artículo 4 establece: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (Constitucion politica de Colombia , 1991)

Así mismo, las personas con discapacidad por ministerio de la ley tienen una especial protección, como se plantea en el artículo 13 inciso 3 “...El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan” (Constitucion politica de Colombia , 1991)

Teniendo en cuenta lo anterior, la ley 196 de 2019 resulta permisiva para la vulneración de los derechos constitucionales de las personas con discapacidad, teniendo en cuenta que todas las personas se presumen capaces, pero no se tiene en cuenta que las discapacidades que padecen deben ser tratadas de manera diferente, en un ámbito proteccionista que es el deber que tiene el estado por mandato constitucional.

Por último, es pertinente manifestar que la ley 1996 de 2019 ya se encuentra en estudio de constitucionalidad debido a que se han presentado demandas tanto por el total de la norma, como por artículos en particular. Además, se encuentra en estudio el hecho de que se debió expedir por medio de ley estatutaria y no por ley ordinaria. Por lo pronto, el 5 de noviembre de 2020 fue expedido el decreto reglamentario 1492 de 2020 por medio del cual se reglamentan los artículos 16, 17 y 22 de la ley 1996 de 2020. En lo que respecta a ello, se deberá esperar la implementación que van a realizar las notarías y los centros de conciliación para hacer efectiva la adjudicación de apoyos para personas con discapacidad.

En otras palabras, se hace necesario que las nuevas reglamentaciones establezcan límites al ejercicio de la capacidad de las personas con discapacidad, como tenía concebido la ley 1309 de 2009, con la cual, claramente, se pretendía con la interdicción proteger el patrimonio de las personas con discapacidad, teniendo en cuenta que el curador del interdicto debía velar por los intereses económicos y la integridad personal de su representado. Resulta entonces incoherente, predicar en la Constitución la protección especial de las personas con discapacidad cuando la Ley 1996 de 2019 establece la posibilidad de que una persona con discapacidad pueda elegir si considera pertinente solicitar un apoyo para celebrar un negocio no estando en la capacidad de celebrarlo por sí mismo y que además dicho apoyo sea tan solo de consejería. Luego, se estaría generando también una vulneración a ese tercero que de buena fe celebra un negocio jurídico para un beneficio propio, ya que si se demuestra una falta de consentimiento consiente podría caber la solicitud de nulidad relativa del negocio jurídico por no cumplir con los requisitos esenciales del mismo.

Teniendo en cuenta lo desarrollado, se puede determinar que la interdicción que traía consigo la ley 1309 de 2009, es una figura jurídica importante para la celebración de un negocio jurídico

con una persona con discapacidad ya que genera la certeza, tanto para el tercero como para quien sería interdicto, de que la negociación se va a llevar en beneficio de ambos extremos y que a misma no estaría viciada de nulidad; lo que a la larga, afectaría a todas las partes relacionadas en el negocio jurídico.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Congreso de la República de Colombia (27 de febrero de 2013). Ley Estatutaria 16 18. Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Recuperado de:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1618_2013.html

Congreso de la República de Colombia (26 de agosto de 2019). Ley 1996. Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. Recuperado de:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1996_2019.html

Congreso de la República de Colombia (31 de mayo de 1873). Ley 84 de 1873. Código Civil de los estados unidos de Colombia. Recuperado de:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html

Congreso de la República de Colombia (31 de julio de 2009). Ley 1346 de 2009. 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. Recuperado de:

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1346_2009.html

Constitución Política de Colombia (1991). Recuperado de

http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Naciones unidas 30 de 03 de 2007).

Cruz Puerto, M.S., & Rincón León, E. R. (2018). Un debate entre lo personal y lo público: la Interdicción como pretexto. *Revista Española de Discapacidad*, 75-90. doi: <<https://doi.org/10.5569/2340-5104.06.01.04>>

Decreto, 1429 (Presidente de la república de Colombia 5 de noviembre de 2020).

Monsalvo, A.W. (s.f.). Cambio de Paradigma ley 1996 de 2019. Bogota. Colombia

Ramos, S.E.(2020) Capacidad en situacion de discapacidad: analisis de la ley 1996 de 2019. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, 60-82.

Vallejo Jiménez, G.A., Hernández Ríos, M. I., & Posso Ramírez, A. E (2017). La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombi y los nuevos retos normativos. *CES DERECHO*, 3-21.

Villarreal, M. L., Medina Pabón, J. E., Rueda Serrano, M. G., & Diez Vargas, C. (2009). Nuevo régimen de proteccion legal a las personas con discapacidad mental: antecedentes, analisis y tramite legislativo -Ley 1306 de 2009 . Bogota : Universidad del Rosario.

Zea, A. V., & Ortiz Monsalve , A. (1994). Derecho Civil, Tomo I Parte General y Personas. Bogota: Temis.

