

La capacidad legal de las personas mayores de edad con capacidades múltiples cognitivas:

un evento que garantiza la libertad en la emisión del
consentimiento en los actos jurídicos a la luz de la ley
1996 de 2019.

**La capacidad legal de las personas mayores de edad con
capacidades múltiples cognitivas:**

un evento que garantiza la libertad en la emisión del consentimiento en
los actos jurídicos a la luz de la ley 1996 de 2019.

Lorena Alexandra Parra Arroyave

Asesora:

Catalina Merino

Septiembre, 2021

Monografía para optar por el título de abogada

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana

DEDICATORIA

Este trabajo de grado está dedicado a Jorge Eliecer Parra Varón, Diana Patricia Arroyave, Dani Mauricio García Flórez, Catalina Merino y al personal de la biblioteca Justiniano Turizo Sierra. Quienes fueron indispensables en la realización de este escrito y en mi proceso como estudiante.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mi padre Jorge Eliecer Parra Varón por su apoyo y confianza, por tener siempre una sonrisa amable y unas palabras de aliento para tranquilizarme en los momentos de impaciencia y frustración. Por ser un trabajador imparable, que se ha sacrificado en innumerables ocasiones para brindarme una mejor calidad de vida y con mayores oportunidades. A mi madre Diana Patricia Arroyave quien con su fuerza y constancia me inspiro a darlo todo en los últimos días para lograr graduarme en este año; por apoyarme económicamente y no dejar de creer en mí, por levantarme temprano y cocinarme para potenciar mis mañanas de trabajo. A mi novio Dani Mauricio García por desvelarse conmigo al otro lado de una pantalla, animándome para terminar cada capítulo de la tesis sin que perdiera el foco de concentración ni la motivación. A mi amigo Juan Diego Agudelo, por ser mi guía, consejero y esperanza cuando pensaba que todo estaba perdido. A mi amigo Juan Manuel Gonzales, por su incondicionalidad. A mi cuñada Jennifer García y a su novio Luis Agudelo por darme su apoyo con las clases de inglés y practicar conmigo los fines de semana. Sin su ayuda no hubiese terminado los 13 niveles. A mi asesora Catalina Merino, quien me oriento en este proceso con profesionalidad y gentileza. Finalmente, a todo el personal de la biblioteca Justiniano Turizo Sierra por su disposición al servicio en las búsquedas y préstamos de material bibliotecario. A todos muchas gracias.

RESUMEN

Este trabajo de grado contiene un análisis sobre la incidencia, a la luz de la ley 1996 de 2019, de la atribución de la capacidad legal de las personas mayores de edad con capacidades múltiples cognitivas en la emisión libre del consentimiento en los actos jurídicos. El cual fue realizado a partir de tres ejes temáticos, a saber; la caracterización del concepto de “capacidades múltiples cognitivas”, los componentes estructurales del consentimiento y de la capacidad legal, como elementos de existencia y validez de los actos jurídicos y, por último, las herramientas legales reguladas en la Ley 1996 de 2019 que garantizan la libertad de las personas mayores de edad con capacidades múltiples cognitivas”.

Palabras clave: Ley 1996 de 2019, Capacidad, Capacidades múltiples cognitivas, Consentimiento, acto jurídico, voluntad.

ABSTRACT

This degree work contains an analysis about the incidence, referring to the 1996 law of 2019. This law cover the attribution of the legal capacity for people in legal age with multiple cognitive capacities in the free issuance of consent in legal acts. Which come under three central themes: the characterization of the concept of “multiple cognitive capacities”, the structural components of consent and legal capacity, as elements of existence and validity of legal acts and the last one, the legal tools regulated in Law 1996 of 2019 that guarantee freedom for people in legal age with multiple cognitive abilities.

Keywords: Law 1996 of 2019 Legal capacity, multiple cognitive capacities, consent, legal act, will.

PRÓLOGO

Desde la entrada en vigor de la Ley 1996 de 2019 han surgido diversos cuestionamientos respecto a las implicaciones que tiene el hecho de presumir la capacidad legal de las personas con capacidades múltiples cognitivas. Entre ellos, la libertad en la emisión de su consentimiento ya que, desde una perspectiva científica y también filosófica, es discutible que una persona que se encuentre impedida en el uso de sus facultades mentales pueda, por una parte, tomar decisiones de forma voluntaria y por otra, ser responsable de las mismas sin interpuesta persona.

En primer lugar, porque para que un acto sea voluntario es indispensable que se encuentre mediado por la razón, pues de lo contrario solo sería una acción instintiva. En segundo lugar, el poder obligarse y ser obligado, como exigencia de validez del acto jurídico requiere, que una persona pueda estar en condición de autodeterminarse y responder por su obrar. Por lo que es plausible deducir que; la voluntad, la capacidad y el discernimiento son elementos que se encuentran intrínsecamente relacionados y la decisión del legislador de hacer una presunción de derecho respecto a la capacidad legal de las personas, no tiene razón de ser más allá de la de adaptar la normativa colombiana a los planteamientos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecho que no es reprochable, al contrario la audacia de la Ley 1996 de 2019 respecto a los derechos de las personas con discapacidad y la evolución de un modelo médico a un modelo social de discapacidad es un avance que se aplaude a ley. Pero lo que sí es reprochable es que, en su afán de cumplir con los postulados de la Convención no distinga entre lo que es una medida de protección y lo que es un acto de discriminación. Por todo lo anterior es que, este trabajo de grado es en el fondo una crítica a la presunción de derecho que el legislador erige sobre la capacidad legal de las personas mayores de edad con capacidades múltiples cognitivas.

Tabla de Contenido

Introducción	8
CAPÍTULO I. Caracterización del concepto de “capacidades múltiples cognitivas”.	10
Perspectivas del concepto de discapacidad	12
Discapacidades cognitivas	17
Capacidades múltiples cognitivas	21
CAPÍTULO II. Componentes estructurales del consentimiento y de la capacidad legal, como elementos de existencia y validez de los actos jurídicos.	24
El acto jurídico	24
Voluntad y consentimiento en los actos jurídicos	29
Capacidad legal y validez de los actos jurídicos	32
CAPÍTULO III. Herramientas legales reguladas en la ley 1996 de 2019 que garantizan la libertad de las personas mayores de edad con capacidades múltiples cognitivas	35
el origen de la Ley 1996 de 2019	35
estructura de la Ley 1996 de 2019	40
falencias de la Ley 1996 de 2019	42
CONCLUSIONES	47
REFERENCIAS	49

INTRODUCCIÓN

Esta es una monografía de investigación que versa sobre el nuevo régimen de capacidad legal de la Ley 1996 de 2019 y los cuestionamientos que surgen tras su entrada en vigor. En especial, los relacionados con la presunción de que todas las personas mayores de edad con discapacidad son legalmente capaces. Lo que significa que, varios de los postulados del régimen de capacidad anterior, o sea de la Ley 1306 de 2009 y también del Código civil colombiano, quedan sin efecto. Tal es el caso del artículo 1503 del Código civil, el cual habla sobre la presunción legal capacidad y establece que, todas las personas mayores de edad son capaces, salvo aquellas que la ley determine como incapaces. Es decir que, la capacidad legal, aunque se presume de todas las personas adultas, sí admite prueba en contrario. Por ende, aquellos individuos que la ley considera como incapaces en el artículo 1504 de Código civil, deberán estar protegidos bajo el proceso de interdicción, que es un mecanismo mediante el cual la Ley 1306 de 2009 busca en primer lugar, velar por la integridad y el patrimonio de la persona discapacitada que se halla en estado de incapacidad, ya sea absoluta o relativa.

A pesar de que, la Ley 1306 de 2009 no es una ley con enfoque de derechos humanos y de inclusión social, hay que destacar que, a diferencia de la Ley 1996 de 2019 sí es una norma clara y objetiva respecto a sus conceptos y parámetros para la configuración y validez de un acto jurídico. Toda vez que, la Ley 1996 de 2019 en su afán por plantear una regulación inclusiva conforme a los estándares internacionales propuestos por la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, confunde la protección hacia las personas con discapacidad, que en adelante serán llamadas personas con capacidades múltiples diferentes, con un acto de discriminación hacia ellas y modifica sustancialmente los criterios de capacidad legal y consentimiento.

Por ello, al concebir que con fundamento en los derechos humanos y en la no discriminación todas las personas son legalmente capaces, elimina el proceso de interdicción para instaurar un sistema de apoyos donde se supone que independiente de la capacidad múltiple diferente que ostente el individuo, su voluntad no va a ser sustituida por la de un guardador, sino que atendiendo al principio de la primacía de la voluntad que promulga la Ley 1996 de 2019, la persona con capacidades múltiples diferentes podrá manifestar su voluntad a través de la asistencia de un apoyo quien se dará a la tarea de interpretarla. Incluso cuando la clase de capacidad múltiple diferente que tenga el sujeto sea tan severa que no permita hacerlo. Pues la ley, propone en esos casos aplicar el criterio de la mejor interpretación de la voluntad. Sin embargo, este método resulta ser insuficiente en los casos donde la capacidad múltiple diferente, es de tipo cognitivo y el individuo que la posee tiene un estado de conciencia completamente afectado. Lo que significa que, el criterio de la mejor interpretación de la voluntad va a ser un mecanismo abstracto, volátil, subjetivo y sobre todo, bastante cuestionable.

Pues dada la subjetividad del criterio es plausible considerar que no se trata realmente de una interpretación de la voluntad del titular del acto, sino de la sustitución de su voluntad bajo otro nombre. Razón por la cual, en la práctica la Ley 1306 de 2019 es más objetiva y efectiva, al menos en lo que se refiere a la capacidad legal de las partes y a la emisión libre de su consentimiento para la realización de un acto jurídico. Dado que, el consentimiento debe ser emanado por las partes de forma consiente y voluntaria no es claro, hasta qué punto las personas con capacidades múltiples diferentes de carácter cognitivo severo pueden ejercer una manifestación consciente y voluntaria en un acto jurídico, en tanto ellas no pueden obligarse por sí mismas, sin interpuesta persona y tomar decisiones de forma deliberada.

Motivo por el cual, esta investigación se plantea el siguiente interrogante ¿cómo incide, a la luz de la ley 1996 de 2019, la atribución de la capacidad legal de las personas mayores de edad con capacidades múltiples cognitivas en la emisión libre del consentimiento en los actos jurídicos? que será resuelto desde una metodología hipotética-deductiva, que permitirá desarrollar dicho cuestionamiento luego de caracterizar el concepto de “capacidades múltiples cognitivas” diferenciándolo del que alude al de “capacidades múltiples físicas” y delimitar, desde las concepciones doctrinales y jurisprudenciales, los componentes estructurales del consentimiento y de la capacidad legal, como elementos de existencia y validez de los actos jurídicos para identificar, dentro de la ley 1996 de 2019, los instrumentos legales destinados a garantizar la libertad en la emisión del consentimiento por parte de las personas mayores de edad con capacidades múltiples cognitivas. Para de esa manera, mostrar que la incidencia, a la luz de la ley 1996 de 2019, de la atribución de la capacidad legal de las personas mayores de edad con capacidades múltiples cognitivas en la emisión libre del consentimiento en los actos jurídicos es que éste se hallará determinado por la voluntad del apoyo y no por la del titular del acto en los casos más severos y graves de las capacidades múltiples cognitivas, cuando el estado de conciencia del individuo completamente anulado.

Por ello, esta investigación estará dividida en tres capítulos. El primero de ellos, lleva por nombre “*caracterización del concepto de “capacidades múltiples cognitivas”*”, donde se construye y caracteriza el concepto de *capacidades múltiples cognitivas* con el que se busca hacer alusión a las personas en condición de discapacidad. Por ello, este concepto se desarrollará a través del estudio de la noción de discapacidad, la cual ha sido definida y explicada por diversas áreas del conocimiento a lo largo de la historia. El segundo capítulo es llamado, “*componentes estructurales del consentimiento y de la capacidad legal, como elementos de existencia y validez de los actos jurídicos*”, cuyo propósito es delimitar desde las concepciones doctrinales y jurisprudenciales; el papel que juega la voluntad en el consentimiento y en la capacidad legal de las personas mayores de edad y por último, se encuentra el tercer capítulo denominado *herramientas legales reguladas en la ley 1996 de 2019 que garantizan la libertad de las personas mayores de edad con capacidades múltiples cognitivas* en el cual se identifican dentro de la Ley 1996 de 2019, los instrumentos legales destinados a garantizar la libertad en la emisión del consentimiento por parte de las personas mayores de edad con capacidades múltiples cognitivas, resaltando las falencias que sobre este asunto tiene la Ley 1996 de 2019.

CAPITULO I

Caracterización del concepto de “capacidades múltiples cognitivas”

En este primer capítulo se procura construir y caracterizar el concepto de *capacidades múltiples cognitivas* con el que se pretende hacer alusión a las personas en condición de discapacidad. Por ello, este concepto se desarrollará a través del estudio de la noción de discapacidad, la cual ha sido definida y explicada por diversas áreas del conocimiento a lo largo de la historia.

Lo anterior, con el fin de introducir al lector en la problemática que encierra la atribución de la capacidad legal a las personas mayores de edad con discapacidad cognitiva, quienes podrán, al tenor de la Ley 1996 de 2019, ejercer la capacidad negocial y emitir su libre consentimiento en cualquier acto jurídico. Por cuanto la Ley 1996 de 2019 que establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad no define la noción de discapacidad ni mucho menos propone una clasificación sobre la misma que permita dilucidar a qué tipo de discapacidades se refiere, ya que, en su artículo primero solo dice que su objeto es “establecer medidas específicas para la garantía del derecho a la capacidad legal plena de las personas con discapacidad, mayores de edad, y al acceso a los apoyos que puedan requerirse para el ejercicio de la misma” (Ley 1996, 2019, art 1), haciendo mención de la discapacidad en términos generales.

Ahora bien, ¿qué se puede entender por discapacidad? esto es importante tenerlo en cuenta porque en la actualidad la discapacidad se comprende más allá de un criterio médico. Según la definición adoptada por el Observatorio Nacional de Discapacidad en Colombia y el Ministerio de Salud, la discapacidad es toda interrelación dada entre las condiciones médicas de un individuo y las barreras que genera la comunidad y el entorno para que la persona que *tenga esta condición se desarrolle y participe plenamente en sociedad con las mismas* oportunidades que puede tener un sujeto sin discapacidad (Observatorio Nacional de Discapacidad, Ministerio de Salud, 2018). Por lo que, tanto la condición médica como los factores sociales y ambientales son necesarios para entender en qué consiste la discapacidad.

La evolución histórica, conceptual y social que ha tenido esta palabra hace que un simple análisis etimológico no sea suficiente, ya que el origen del vocablo discapacidad proviene del prefijo griego “dys” (Valencia, 2014) que traduce trastorno o mal de lo que se presume “normal” en el ser humano. Esto por un lado reduce la discapacidad únicamente a un ámbito físico, anatómico y médico. Por otro lado, restringir la discapacidad a la transliteración del prefijo dys fomenta desde el lenguaje una descripción peyorativa y discriminatoria para quienes se encuentran en esta condición.

Dado que, el trastorno tiene que ver con lo que está mal, ya sea por su ausencia o por su disminución con relación a los estándares de normalidad; la discapacidad es pues, asociada con la minusvalía, un término que se usa para dar cuenta de la disminución o detrimento del valor de una persona o cosa como lo expone Porxas (2018).

En ese sentido, podría inferirse que todo aquel que se halle en condición de discapacidad es un sujeto que ha perdido valor. De ahí que, Valencia (2014) diga que, significar la discapacidad desde su etimología es peyorativo y degradante para las personas que viven con esta condición. Por ello, se hace pertinente recurrir a conceptos más sociales y humanos que permitan comprender el panorama general de la discapacidad, no solo desde un enfoque médico, también desde un enfoque ambiental, social, humanista y universalista (OMS, 2001a).

Esto porque, la discapacidad va más allá de la limitación o restricción que puede tener un ser humano para realizar una actividad, es así que, al concebir que la discapacidad posee un principio universalista con un enfoque social y humano, se asume que ésta no es sólo un estado médico absoluto que se da en circunstancias especiales, las cuales permiten identificar un grupo específico de personas imperfectas, sino que se logra entrever que la discapacidad es una condición potencial que todos los seres humanos podemos presentar en algún momento de nuestra vida ya sea por una condición de salud, una lesión u otros factores, experiencias, construcciones psicológicas, físicas, emocionales o culturales que le puedan acaecer a una persona. (OMS, 2001a).

Es evidente entonces, que la discapacidad puede manifestarse en el individuo por más de una razón, pero también cabe anotar que la discapacidad se hace presente en más de una forma. Una clasificación primaria de ella es la que brinda el diccionario de la Real Academia Española cuando la define como la situación que vive una persona a causa de sus condiciones físicas o mentales duraderas (Real Academia Española, s.f., definición 1). Pero además de esos dos aspectos, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad incluye dos tipos más, a saber; el sensorial y el intelectual (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006, art.1).

Cada uno de estos eventos de discapacidad repercute de un modo diferente (INEGI, s/f) tanto en el ámbito funcional del ser humano como en el ámbito social, político y económico donde se desenvuelve el mismo. Por esta razón, la falta de definición y clasificación en la Ley 1996 del 2019 respecto a la discapacidad es un asunto complejo y problemático cuando se habla del ejercicio de la capacidad legal, puesto que la capacidad de obrar requiere la existencia de una voluntad reflexiva (Tolosa, 2018 a). Esto es, que toda decisión que tome un individuo esté basada en su libertad, autonomía y discernimiento para que pueda ser sujeto de derechos y también de obligaciones. En otras palabras, para que una persona pueda tener capacidad negocial es necesario que ésta pueda desplegar su actuar de una manera racional y así responsabilizarse de cualquier situación subyacente al acto jurídico que realice. De tal manera que, las implicaciones que pueden tener las decisiones de una persona con discapacidad física o sensorial no son iguales a las de alguien con discapacidad cognitiva o intelectual.

El ejercicio de la capacidad negocial implica un grado intelectual mínimo para comprender las consecuencias normativas y afrontar las responsabilidades subyacentes a un acto jurídico, (Código Civil, 2019). Por ende, una persona con discapacidad mental o intelectual severa, que no cuente con un grado de conciencia y raciocinio medianamente aceptable, no podría estar calificada para obligarse y ser obligada, por lo que, el ejercicio de su capacidad legal

debería ser limitado y no pleno como dice la Ley 1996 de 2019. Así mismo, vale la pena anotar que el hecho de que una persona ostente una discapacidad cognitiva o intelectual severa no la priva ni la excluye del goce de sus derechos, sino que la ubica en una perspectiva diferente frente a los mismos, es decir ya no como un agente activo, que es quien puede exigir derechos y contraer obligaciones, sino como un agente pasivo, que es quien solo puede ser receptor de derechos porque no está facultado intelectivamente para responsabilizarse de sus acciones. Esto puede entenderse mejor a la luz de la diferencia entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio (Tolosa, 2018 a).

Todo lo anterior con el fin de desarrollar el objetivo de este capítulo, que no es otro más que el de construir y caracterizar el concepto de *capacidades múltiples cognitivas* para hacer referencia a las personas en condición de discapacidad sin que medie una descripción o significación peyorativa sobre ellas. Por tal razón, este capítulo estará dividido en tres apartados fundamentales. El primero de ellos versará sobre las perspectivas y los diferentes modelos de discapacidad. El segundo de ellos explicará las diferencias entre discapacidades cognitivas y discapacidades físicas. En el tercer y último apartado se construirá y desarrollará el concepto de capacidades múltiples cognitivas y su relación con la ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en Colombia.

Perspectivas del concepto de discapacidad

El trato que se le ha dado al concepto de discapacidad ha sido bastante amplio, principalmente en dos áreas del conocimiento; a saber, las ciencias de la salud y las ciencias sociales. Ambas han abordado el estudio de la discapacidad desde diferentes perspectivas como lo expone Vargas, (2012). Las primeras, desde la medicina y la terapia, en tanto asumen que la discapacidad está relacionada con una falencia o anomalía, razón por la cual buscan un tratamiento adecuado con el fin de lograr curar y rehabilitar a la persona que se halle en condición de discapacidad.

De ahí que, las primeras clasificaciones de la OMS entiendan la discapacidad como la incapacidad o limitación que presenta un individuo para realizar las actividades que cualquier otro podría hacer conforme a los parámetros que se consideran normales y posibles para un ser humano (OMS, 2001a). Las segundas, es decir las ciencias sociales, han intentado comprender la discapacidad con base en áreas como la psicología, la sociología y la educación para conocer el modo en que interactúan las personas con y sin discapacidad y así, estar al tanto de las implicaciones que subyacen a esta interacción en los diferentes espacios de desarrollo de un individuo (Vargas, 2012).

Debido a esto, en la actualidad la incapacidad está mediada por una amplia gama de factores como; el social, el histórico, el económico y el político por mencionar algunos, lo que hace complejo fijarle una definición única y permanente, pues dicho concepto no es para nada estático. Por el contrario, es una noción que fluctúa, menciona OMS (2011) citado por Pérez y Chhabra (2019, p.8) que la discapacidad puede ser explicada de modo distinto dependiendo del país de origen, el género, la edad, las ideologías políticas o creencias religiosas, o la situación socioeconómica de cada individuo.

Por tal motivo, las perspectivas del concepto de discapacidad en las ciencias sociales son mucho más complejas y variadas que en las ciencias de la salud. La doctora Marie Clarie Vargas Dengo, autora del artículo *Miradas epistemológicas desde distintas perspectivas teóricas sobre la discapacidad* se acoge y expone las siguientes: 1) la perspectiva positivista 2) la cognitiva 3) la interpretativa 4) la sociocrítica (Vargas, 2012) las cuales permiten comprender la transición de un modelo primario de discapacidad, también conocido como el modelo tradicional o religioso, a un modelo de rehabilitación y posteriormente al modelo social actual, configurado en las normativas internas del país y en las Convenciones internacionales ratificadas por Colombia.

El modelo primario es el punto de partida para comprender la transición histórica del concepto de discapacidad, porque si bien las perspectivas teóricas principales sobre la discapacidad se hallan contempladas en las ciencias de la salud y en las ciencias sociales, también es cierto que previo a estas, había un paradigma sobre esta condición que no se inscribía ni en una ciencia, ni en la otra (Pérez y Chhabra, 2019) y que tenía que ver con la moral, la religión y la tradición.

La discapacidad en el modelo primario se soporta en creencias religiosas, por eso cuando alguien nace con algún tipo de discapacidad se presume que sus padres han cometido conductas inmorales y por esta razón, han sido castigados por la justicia divina con un hijo discapacitado (Betancur, 2020). Por ello, en la medida en que la existencia de un familiar en condición de discapacidad deja en evidencia el pecado cometido por uno de sus miembros, es preferible para estos mantenerlo oculto y al margen de la sociedad para cuidar la honra de su linaje y no caer en el escarnio y en la vergüenza pública.

Esta forma de asumir la discapacidad muestra la primacía del buen nombre sobre la calidad de vida de una persona. Alguien con discapacidad carece de valor, por un lado, porque es fruto del pecado y por el otro, porque debido al déficit o carencia de alguna facultad para realizar determinada actividad deja de ser un individuo útil para la sociedad (Valencia, 2014). De ahí que se utilice como sinónimo de discapacitado el término de minusválido (Real Academia Española, s.f., adjetivo) una palabra proveniente del latín y que significa menos válido o valioso. Tal definición, al igual que toda la caracterización del modelo tradicional, moral y religioso es muestra de porqué éste es considerado como uno de los modelos más excluyentes, discriminatorios y opresores para quienes están en condición de discapacidad (Pérez y Chhabra, 2019).

El modelo tradicional comienza a sucumbir a principios del siglo XX durante el desarrollo de dos acontecimientos históricos importantes, la Primera Guerra Mundial y la creación de la Organización Internacional del Trabajo en adelante OIT. Lo anterior porque, tras finalizar el mencionado conflicto bélico en 1918, varios de los Estados involucrados se encontraron con que un gran número de sus soldados habían quedado con secuelas físicas y psíquicas que los limitaba en la realización de actividades que antes, al igual que otros, podían hacer sin ninguna clase de esfuerzo (Valencia, 2014). Razón por la cual, el Estado presto asistencia mediante tratamientos clínicos y subsidios a quienes se encontrarán en condición de discapacidad a causa de la guerra, es decir a los mutilados en batalla, personas que en medio del combate perdieron una extremidad del cuerpo, un órgano, un sentido o una función como lo afirma Palacios, (2008).

De modo que, la discapacidad ya no se trataba solo de una condición congénita en tanto que, también se podía adquirir después del nacimiento por factores completamente ajenos al

individuo, en este caso, una guerra. Esto hizo que emergiera un nuevo paradigma de discapacidad llamado modelo médico o de rehabilitación, el cual no se fundamenta en la moral ni en la religión, sino en un criterio científico que comprende la discapacidad como un trastorno, daño o enfermedad que debe curarse para que así, el sujeto afectado, pueda reincorporarse a las dinámicas sociales como un agente útil (Hernández, 2015).

La llegada del modelo médico implicó un cambio en la percepción que se tenía de las personas en condición de discapacidad, lo que derivó en un trato y visibilización diferente para ellas. Pues un año después de finalizada la Primera Guerra Mundial, fue creada la OIT un organismo que tiene como objeto regular los asuntos laborales a nivel internacional, quien para ese entonces según Valencia (2014), “tuvo un papel decisivo en la aprobación de normativas – aunque limitadas- tendientes a proteger los derechos de las personas con discapacidad congénita y adquirida, y en la promoción y desarrollo de Programas de Rehabilitación” (p. 17).

En conclusión, la evolución del modelo tradicional al modelo médico de discapacidad representa un avance. Por un lado, de tipo científico y por el otro, de orden social, en tanto se deja de asumir que quienes tienen una discapacidad son portadores de un castigo divino, para entender que la discapacidad puede ser una condición congénita o adquirida, que debe tratarse clínicamente para lograr la rehabilitación y reincorporación de la persona a la vida social como seres valiosos y útiles (Velarde, 2012) con el apoyo del Estado y de organizaciones como la OIT que protegen los derechos de las personas con discapacidad, es decir que ya hay un marco legal que advierte que las personas con discapacidad tienen derechos.

El tenue enfoque de derechos que logra percibirse en el modelo médico va a tomar mayor fuerza en el modelo social, luego de que éste; agote todas las perspectivas de las ciencias sociales, a saber: la positivista, la cognitiva, la interpretativa y la sociocrítica para llegar a priorizar a la persona antes que a su discapacidad. Lo anterior se logra, en un principio, desde el lenguaje, luego de abandonar la terminología del paradigma rehabilitador donde se habla de discapacitados o incapacitados y adoptar el concepto de personas en condición de discapacidad. Reconociendo así, el valor de la persona por encima de su limitación (Valencia, 2014). Sin embargo, para que se dé este reconocimiento, es necesario que el modelo social supere todas las perspectivas de las ciencias sociales fundamentadas en criterios ajenos al valor de la persona en cuanto tal.

De acuerdo con Vargas (2012), el primer enfoque que se conoce de las ciencias sociales es el positivista, el cual hunde sus bases en el método científico, es decir, a través de un análisis objetivo donde priman las características medibles y observables. Por consiguiente, la concepción general que se tiene de las personas con discapacidad es que son seres defectuosos, en tanto sus capacidades están limitadas en comparación con las de los demás (Hernández, 2015). Pero, en la medida en que hay un análisis objetivo que procura establecer características medibles y observables, se establece también un trato individual para cada persona en condición de discapacidad, pues no todas las limitaciones repercuten de la misma manera en el individuo, lo que implica que las relaciones entre quienes no tienen ningún tipo de alteración en sus capacidades con quienes sí lo tienen va estar siempre a la expectativa (Vargas, 2012) por lo que en algunos casos puede primar la persona sobre la condición de discapacidad y en otras, la condición sobre la persona.

En cuanto al enfoque cognitivo de las ciencias sociales, en éste priman los procesos cognoscitivos, aquellos que se encargan de “la construcción y procesamiento de la información

que permite la elaboración y asimilación de conocimiento” (González, B y León, A, 2013, pp. 51) que, para el caso en cuestión, es la percepción que tienen las personas sin discapacidad sobre las que sí padecen esta condición. Tal percepción surge en primera instancia de la impresión visual que, por lo general, es negativa en tanto los constructos mentales en los que se fundamenta la sociedad se soportan principalmente en prejuicios y estereotipos de lo que se presume normal y aceptable, rechazando así, todo aquello que no lo sea. Este enfoque deja claro que, pesa más la apariencia o la condición que pueda padecer un individuo que, el hecho de que éste sea una persona (Vargas,2012).

El tercer enfoque de las ciencias sociales, el enfoque interpretativo, tiene que ver con la construcción colectiva del concepto de discapacidad que dependerá de la comprensión común que los individuos tengan de la realidad (Vargas, 2012). Esto quiere decir que, por encima de la condición en que se halle el sujeto, ya sea ésta congénita o adquirida, va a estar el resultado de las relaciones sociales y de los factores externos que le rodean como lo son; el medio ambiente, el entorno social y laboral, la cultura, la economía y la familia, dado que, esta perspectiva interpretativa considera que el mayor límite de las personas con discapacidad no es la pérdida de una capacidad o la disminución en una de sus funcionalidades, sino los obstáculos que la sociedad misma se encarga de poner cuando excluye todo aquello que se encuentra por fuera de sus estándares de normalidad (Hernández, 2015).

Sin embargo, así como puede darse un imaginario colectivo donde se excluya a las personas con discapacidad por estar fuera de los parámetros de “normalidad”, también puede darse uno positivo, en el cual haya una conciencia sobre la diversidad, la dignidad y los derechos humanos, que permita la existencia de un trato incluyente para las personas en condición de discapacidad por parte de quienes no poseen tal condición. Este escenario positivo es probablemente el primer acercamiento al modelo social de discapacidad actual que se enmarca en la Convención Internacional sobre Derechos Humanos, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y demás instrumentos de orden internacional que inciden en la normativa interna de los países pertenecientes a la Organización de Naciones Unidas.

Por último, encontramos en las ciencias sociales la perspectiva sociocrítica de la discapacidad, la cual tiene que ver con las relaciones de poder donde se advierte que quienes cuentan con una limitación fisiológica o psicológica son un grupo minoritario que se encuentra oprimido por una sociedad que no comprende la diversidad (Vargas, 2012). Al igual; que el enfoque interpretativo, el enfoque sociocrítico considera que la discapacidad no se reduce únicamente a una limitación física o mental del individuo, sino a factores y dimensiones sociales externas que se convierten en obstáculos para las personas con discapacidad.

Cabe agregar, que a la fecha, tanto las perspectivas de las ciencias de la salud como las perspectivas de las ciencias sociales, continúan teniendo influencia en algunos aspectos del modelo social de discapacidad actual, como por ejemplo, en los diseños arquitectónicos de la ciudad. Dado que, en la actualidad, no todas las ciudades cuentan con infraestructura y accesos que faciliten el desplazamiento de las personas en condición de discapacidad. (Palacios, 2008).

Por lo que; es plausible afirmar que, aunque se ha avanzado mucho en el imaginario común sobre las personas en condición de discapacidad, aún falta un largo camino por recorrer en el tema de los derechos y la inclusión social; para promover el reconocimiento de la

diversidad de los seres humanos, el cual va más allá de la mera distinción entre quienes están limitados por una condición y quienes no (Hernández, 2015). Pues; aunque exista una condición médica que puede o no disminuir la habilidad en la realización de una actividad, también existen barreras sociales que los mismos individuos se encargan de crear por miedo o rechazo a lo que está por fuera de sus estándares de “normalidad”. Por eso, con el fin de acabar con las barreras y obstáculos que la sociedad les impone a las personas en condición de discapacidad, el modelo social ha desarrollado dentro del marco de los derechos humanos y la dignidad, su postura frente a la discapacidad y la percepción de las personas que poseen esta condición, concibiéndolas como un sujeto de derechos al que el Estado le debe protección para igualar el acceso a la justicia y su participación en diversos entornos, dejando atrás las políticas asistencialistas (Ospina M. (2017).

Prueba de lo anterior, son los Tratados y Convenciones internacionales que promueven y exigen a los Estados parte, cumplir con la protección de los derechos de las personas en condición de discapacidad, desde diferentes escenarios. En el escenario laboral, por ejemplo, se encuentra vigente en Colombia el Convenio C159 de 1983 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) que trata sobre la readaptación profesional y el empleo de las personas inválidas. En el marco social y político se encuentran, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad y la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual busca “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente” (ONU, 2006, art 1, p. 4).

Estos instrumentos internacionales han sido indispensables en la normativa nacional colombiana que, en pro de seguir con las directrices propuestas por las convenciones y pactos ratificados, modifica y crea sus leyes. Tal es el caso de la Ley 1996 de 2019 que, con el objeto de respetar y promover los derechos de las personas con discapacidad, ha establecido que todos los individuos que tengan esta condición y que sean mayores de edad tienen derecho a ejercer plenamente su capacidad legal (Ley 1996, 2019).

Sin embargo, la Ley 1996 de 2019 no establece una definición ni mucho menos una clasificación de la discapacidad que determine en qué casos se puede hacer uso pleno de este derecho y en qué casos es necesario que el ejercicio del mismo sea limitado, por lo que es acertado pensar que la ley se está refiriendo a la discapacidad en general. Lo que es bastante problemático si se tiene en cuenta que la discapacidad, como lo expresa la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 1, inciso segundo, puede ser de tipo físico, mental, intelectual o sensorial a largo plazo (ONU, 2006.). Lo que significa que; puede limitar diferentes facultades del hombre, por lo tanto, las implicaciones que acarrea tener un tipo de discapacidad no necesariamente van a ser las mismas si se tiene otro. De ahí la importancia de definir los tipos y explicar sus consecuencias en la toma de decisiones y en el ejercicio de la capacidad legal, dado que ésta demanda una voluntad desarrollada o deliberativa (Tolosa b, 2018) que implica cierto grado intelectual para asumir las responsabilidades subyacentes al ejercicio de la capacidad negocial, por lo que no es lo mismo que una persona con discapacidad física ejerza su capacidad negocial a que lo haga una persona con discapacidad mental o

intelectual severa que le impida responsabilizarse de sus propias acciones como se expondrá en el siguiente acápite.

Discapacidades cognitivas

Así como la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad reconoce que existen diferentes tipos de discapacidad (ONU, 2006), la Organización Mundial de la Salud (OMS) también lo hace y las categoriza por medio de la CIF (Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud), la cual se aprobó en el año 2001 y tiene como finalidad establecer un marco estandarizado para definir y categorizar la salud y las dimensiones vinculadas a ella desde dos clases, a saber; funcionamiento y discapacidad por un lado y factores contextuales por el otro (Fernández, Fernández, Geoffrey, Stucki, & Cieza, 2009).

- La primera clase, funcionamiento y discapacidad está constituida por dos elementos:
- Funciones y estructuras corporales
- Actividades y participación

Las funciones y estructuras corporales se usan paralelamente debido a que éstas se encuentran en interacción constante, porque las primeras obedecen a la fisiología que es una ciencia experimental y las segundas a la anatomía que es una ciencia descriptiva. Por un lado, las funciones fisiológicas del ser humano son todos aquellos flujos de materia, cargas de energía e información que de manera continua, rítmica o transitoria le ocurren a los seres vivos y a las relaciones que éstos tienen con el entorno que les rodea. Tal es el caso de la respiración, la circulación, la reproducción y la nutrición (Tresguerres, Ariznavarreta, Cachofeiro, Cardinali, Escrich, Gil, Lahera, Mora, Romano, & Tamargo, 2005). Además de las funciones psicológicas, toda vez que, dentro de las funciones fisiológicas del ser humano, se encuentran también las funciones propias del cerebro, como la conciencia, los impulsos, el lenguaje y la memoria, por mencionar algunas (OMS, 2001b).

Por otro lado, las estructuras corporales, se refieren a las partes anatómicas del cuerpo, como los órganos, las extremidades, la composición y las propiedades de los tejidos corporales donde se producen los procesos fisicoquímicos y funciones fisiológicas (OMS, 2001b).

Las actividades y la participación también están conformadas por dos elementos:

- Actividades y Participación
- Limitaciones en la actividad y restricciones en la participación

Los cuales van dirigidos a determinar cómo el individuo ejecuta una tarea y cuáles son las dificultades o limitaciones que se le presentan al realizarla (Fernández, Fernández, Geoffrey, Stucki, & Cieza, 2009). Para esto, cuenta con dos indicadores de desempeño, uno es la realización y el otro es la capacidad. El primero, da cuenta de cómo el individuo se desenvuelve en su entorno y el segundo, de la habilidad que éste tiene para realizar cualquier actividad por sí mismo en un entorno específico que ya se encuentre regulado por estándares internacionales que

den cuenta del nivel de dominio que un sujeto debe tener en la ejecución de esa misma acción (OMS, 2001b).

La segunda clase, llamada factores contextuales, tiene que ver con todos los escenarios donde se desenvuelve el individuo y con el estilo de vida que lleva. Por lo que, se habla tanto de factores externos como de factores internos. Los externos se conocen también como factores ambientales, que obedecen a entornos físicos, climáticos, geográficos o arquitectónicos donde las barreras que enfrenta el individuo son de carácter social. En cuanto a los factores internos, estos se denominan también factores personales, porque guardan relación con el estilo de vida del individuo y con aspectos puntuales sobre su identidad como el sexo, la edad, la ocupación laboral, su comportamiento y demás (Fernández, Fernández, Geoffrey, Stucki, & Cieza, 2009).

Luego de esta breve introducción sobre la clasificación que hace la CIF del funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, es momento de que se expongan los grupos y subgrupos en que se divide y subdivide la discapacidad. Para ello, esta investigación va a ahondar en la primera categoría de la CIF, que es funcionamiento y discapacidad y va a mencionar las secciones principales de ésta y a desarrollar sólo algunas de las subsecciones debido a la gran extensión de las mismas. Aun así, será suficiente para mostrar que la discapacidad es una condición que puede presentarse de múltiples formas en el individuo y que ello, no significa que todas las manifestaciones de esta condición generen los mismos efectos en la realización de una actividad (INEGI, s/f), en especial si dicha actividad se encuentra íntimamente relacionada con un acto consiente y voluntario, tal y como es el caso del ejercicio de la capacidad legal (Tolosa, 2018).

Como ya se ha mencionado en párrafos anteriores, el funcionamiento y la discapacidad se componen, por una parte, de las funciones y estructuras corporales y por otra, de las actividades y la participación (OMS, 2001a).

Las funciones corporales del ser humano incluyen:

- Funciones mentales
- Funciones sensoriales y dolor
- Funciones de la voz y el habla
- Funciones de los sistemas cardiovascular, hematológico, inmunológico y respiratorio
- Funciones de los sistemas digestivo, metabólico y endocrino
- Funciones genitourinarias y reproductoras
- Funciones neuromusculoesqueléticas y relacionadas con el movimiento
- Funciones de la piel y estructuras relacionadas (OMS, 2001b)

Estos son todos los tipos que hay sobre discapacidad en funciones. Es evidente la gran gama de discapacidades. A primera vista, puede distinguirse que hay discapacidades de tipo cognitivo, sensorial, también de comunicación y de afecciones en órganos. Sin embargo, la gran distinción entre ellas es que, no todas afectan la parte cognoscitiva e intelectual del ser humano, solo una parte física, ya sea de tipo funcional o sensorial. Por lo que, su capacidad deliberativa continua intacta, cosa que no puede decirse las discapacidades por funciones mentales como se muestra a continuación:

1. *Funciones mentales*: De acuerdo con la clasificación de la CIF, en este grupo se encuentran las funciones propias del cerebro, las cuales se dividen en dos tipos, funciones mentales globales y funciones mentales específicas. Las primeras, tienen que ver con el estado de la conciencia, esto incluye personas en trance, en estado de coma, posesión o estado vegetativo (OMS, 2001 b). También con las funciones intelectuales, las cuales involucran todas las funciones cognitivas, es decir, aquellas relacionadas con el conocimiento de las cosas (Tresguerres, Ariznavarreta, Cachofeiro, Cardinali, Escrich, Gil, Lahera, Mora, Romano & Tamargo, 2005).

Por lo que; ambas funciones, inciden negativamente en la capacidad que un sujeto tiene para tomar decisiones, manifestar su voluntad y responsabilizarse de sus acciones. Por cuanto, la voluntad surge del conocimiento intelectual, ya que antes de que un individuo tome una decisión, éste debe discernir primero qué es lo que más le conviene y posterior a ello, decidir y actuar (García, J. 1977). Pero si dicho individuo se encuentra en estado de coma o con retraso intelectual severo, no va a poder manifestar su voluntad frente a los demás, ni tampoco responsabilizarse de sus acciones, distinto a como ocurre en las deficiencias por funciones mentales específicas.

El resto de las funciones mentales globales, implican menos afectación en la capacidad intelectual y decisiva de una persona cuando fallan. Toda vez que, en éstas no se compromete la parte cognoscente, ni tampoco, la parte consciente del cerebro. Dentro de las funciones mentales globales, se encuentran las funciones de orientación, éstas sirven para reconocer el espacio y tiempo en que se encuentra un individuo. También hacen parte de esta categoría las funciones psicosociales, que son necesarias para el desarrollo de habilidades interpersonales. Por otro lado, están las funciones de sueño, que son esenciales para regular los estados de desconexión y descanso del sistema neuronal. Igualmente, las funciones del temperamento, que controlan las reacciones del hombre en diferentes contextos y por último, las funciones del impulso y la energía indispensables para la motivación y satisfacción de las necesidades específicas del individuo (OMS, 2001 b).

2. *Funciones mentales específicas*: Según la CIF estas funciones se centran en cada uno de los procesos cognitivos del cerebro. Como por ejemplo; la memoria, la atención, la percepción, el pensamiento, el lenguaje, la emoción y las funciones relacionadas con la toma de decisiones, llamadas funciones cognitivas, (OMS, 2001 b) las cuales ocurren en la corteza frontal del cerebro, que es donde se recoge la información sobre los sucesos internos y también externos para crear esbozos sobre la toma de decisiones, abstraer y organizar ideas, formar conceptos y realizar juicios que luego van a ir al lóbulo frontal que es donde finaliza el proceso sensorial de información para la toma de decisiones, (Tresguerres, Ariznavarreta, Cachofeiro, Cardinali, Escrich, Gil, Lahera, Mora, Romano, & Tamargo, 2005). Por eso, al igual que en las funciones globales, de tipo consciente e intelectual cuando estas funciones presentan fallas o deficiencias, no es posible que el sujeto logre tomar decisiones voluntarias y conscientes. Pero hay que tener en cuenta, que hay casos excepcionales y es cuando, la discapacidad es mínima o moderada como se verá a continuación con los rangos de calificación de la CIF.

La CIF ha establecido el siguiente rango internacional (OMS, 2001b) para conocer la extensión del daño en las funciones y estructuras corporales:

- Del 0 al 4% se considera que no existe deficiencia o que ella es insignificante.
- Del 5 al 24% se considera que la deficiencia es ligera o poca.
- Del 25 al 49% se considera que la deficiencia es moderada o regular.
- Del 50-95% se considera que la deficiencia es grave o extrema.
- Del 96-100% se considera que la deficiencia es completa o total.
- Sin especificar
- No aplicable.

Así que, los individuos que tengan un tipo de discapacidad mental y cuenten con una calificación de la CIF de 0 a 4 % y de 5 a 24% podrán hasta cierto punto responsabilizarse de sus acciones. Por lo que, sus acciones y decisiones sí se presumen voluntarias y aceptablemente racionales.

En cuanto a las estructuras corporales a saber;

1. Estructuras del sistema nervioso
2. El ojo, el oído y estructuras relacionadas
3. Estructuras involucradas en la voz y el habla
4. Estructuras de los sistemas cardiovascular, inmunológico y respiratorio
5. Estructuras relacionadas con los sistemas digestivo, metabólico y endocrino
6. Estructuras relacionadas con el sistema genitourinario y el sistema reproductor
7. Estructuras relacionadas con el movimiento
8. Piel y estructuras relacionadas

Éstas también pueden presentar fallas, las cuales pueden llegar a comprometer una parte o extensión del cuerpo que puede ocasionar una pérdida importante del miembro, extremidad, órgano, tejido o célula. Cuando ocurre una desviación o pérdida, en las estructuras corporales hay que tener en cuenta no sólo cuál es el porcentaje o nivel de deficiencia con que queda el individuo sino, que como dice García, C & Sarabia, A. (2001a) es necesario contemplar el cambio en la naturaleza de la estructura y la ubicación en donde se da ese cambio. El calificador propuesto por la CIF para saber cuál es el cambio en la estructura por cuenta de la deficiencia es el siguiente (OMS, 2001 b):

- 0 cuando no hay cambio en la estructura
- 1 cuando hay ausencia total
- 2 cuando hay ausencia parcial
- 3 cuando se trata de una parte adicional
- 4 cuando se trata de dimensiones aberrantes
- 5 cuando hay discontinuidad
- 6 cuando la posición está desviada
- 7 cambios cualitativos en la estructura, incluyendo la acumulación de fluido.

8 no especificada

9 no aplicable

En cuanto al tercer calificador que da cuenta de la ubicación de la falla o pérdida de la estructura hay que precisar si ésta ocurre en más de una región, si es el lado derecho, izquierdo o si quizá en ambos. También si fue en la parte de enfrente o de atrás, si fue proximal o distal. Así mismo, es importante conocer si el daño va a ser temporal o permanente, pues ello va a influir en el porcentaje de la deficiencia (OMS, 2001 b)

Ahora bien, teniendo en cuenta lo ya expuesto sobre la clasificación de la CIF, es pertinente afirmar que la discapacidad como deficiencia en las funciones y estructuras corporales posee una gran diversidad de tipos que son equivalentes a la cantidad de procesos fisiológicos y anatómicos del ser humano. No obstante, solo las discapacidades producto de las fallas en las funciones mentales comprometen los actos volitivos y racionales del hombre. Ya que, dentro de las funciones mentales que controla el cerebro se encuentran, las funciones de la conciencia (b110), las intelectuales (b117) y las funciones mentales específicas (b140-b189).

Es ahí donde habita la gran diferencia entre las discapacidades físicas y las discapacidades cognitivas, la cual es mucho más notoria cuando en el marco de la Ley 1996 de 2019 se establece que todas las personas con discapacidad mayores de edad son capaces legalmente (Ley 1996, 2019) hecho que desde la perspectiva teórica y práctica resulta contradictorio en la medida en que, una persona con discapacidad mental no cumple con los requisitos que da el Código Civil colombiano cuando en su artículo 1502 advierte que para que una persona sea capaz legalmente debe poderse obligar a sí misma sin interpuesta persona a cumplir con lo pactado (Código Civil, 2019). Pero según la Ley 1996 de 2019 esto también podrá lograrse por medio de apoyos, quienes se encargarán de ayudar a las personas en condición de discapacidad cognitiva a encontrar sus impulsos volitivos genuinos, lo que resulta problemático si se tiene en cuenta que la voluntad debe emanar del querer genuino del individuo, es decir de su propia deliberación y autonomía (Tugendhat, E.2006). Para que así; este pueda responsabilizarse; tanto de sus decisiones sobre aspectos simples de la vida como de sus decisiones sobre a proyectos de vida, patrimonio, salud y demás.

Distinto ocurre con las personas que presentan una discapacidad motriz o sensorial, ellos a pesar de no tener la plena funcionalidad de uno de sus sentidos, o extremidades pueden decidir sobre su vida y autodeterminarse, el apoyo y asistencia que ameritan es para actividades físicas, desplazamientos u orientaciones, pero su capacidad desiderativa está en plenitud, por lo que podrían no solo ser sujetos de derecho, también de obligaciones.

Capacidades múltiples cognitivas

Teniendo en cuenta los planteamientos sobre la discapacidad que se han ido desarrollando a lo largo de este capítulo, es pertinente destacar que pese a toda la trayectoria histórica que han tenido sus perspectivas y modelos, el lenguaje que se usa para hacer referencia a la discapacidad y al individuo que la presenta, no ha tenido cambios significativos desde la transición del modelo de rehabilitación al modelo social, donde no se habla ya del discapacitado, sino de una persona en condición de discapacidad (OMS, 2001a), ya que el paradigma social se centra en la persona y no en la condición que padece, (Valencia, 2014).

Aun así, el término “persona en condición de discapacidad” sigue siendo una forma despectiva de concebir a alguien. Ya que, lo que se está diciendo es que hay una persona que presenta una condición fuera de lo normal, debido a una deficiencia en sus capacidades, lo que deviene en un sesgo conceptual entre quienes tienen capacidades acordes a la media y quienes por sus capacidades diferentes se hallan en un estado defectuoso respecto a los demás (OMS, 2001b). Esto, a su vez implica que se cree un estigma y un prejuicio social frente a las personas en condición de discapacidad por ser diferentes, debido a que, el lenguaje “es esencial para la comprensión de la vida cotidiana, construye enormes edificios de representación simbólica que parecen dominar la realidad de la vida y condiciona el modo de pensar” (Pérez, 2020, p. 47). Por ende, si se nombra a una persona que tiene capacidades diferentes a las de los demás como alguien que está defectuoso o se encuentra en una condición especial por su defecto, el resto lo concebirá así, y no lo reconocerá como un igual, sino que, lo excluirá de la participación social por no estar en el mismo nivel de capacidad y desarrollo que los demás miembros de la comunidad.

Es por esa razón que, autores como Agustina Palacios y Javier Romañach (2006, 2008) citados por Vargas (2012, p. 152) consideran que el modelo social se queda corto y necesita ser superado por un nuevo paradigma que vislumbre la discapacidad como diversidad y no como una condición que enfrenta dos polos opuestos, a saber; la capacidad y la discapacidad. Comprender la discapacidad desde el paradigma de la diversidad, implica que las personas que se encuentran dentro de los parámetros de normalidad establecidos social y biológicamente puedan percibir que el hecho de que un individuo posea un funcionamiento orgánico o estructural distinto no significa que sea alguien defectuoso o carente de capacidad, sino una persona con capacidades diversas (Vargas, 2012).

Este asunto es sutilmente planteado por la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, en el literal I del Preámbulo, cuando advierte que hay un reconocimiento por la diversidad de las personas con discapacidad (ONU, 2006) y en su artículo 3 literal D cuando se establece que el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad constituye uno de los principios generales de la Convención (ONU, 2006) tendientes a la promoción de la dignidad humana, la cual es inherente a cada persona independiente de su condición. Esto hace que, la diferencia de capacidades a la luz de la dignidad humana sea el primer paso para la transición de un modelo social a un modelo de diversidad, donde todos los seres humanos son iguales ante la ley y gozan del mismo valor aun cuando sus capacidades sean distintas a las de los demás, hecho que no significa que las personas con capacidades diferentes estén defectuosas y por ello, no puedan realizar las mismas actividades que los demás, sino que al tener capacidades diversas el modo de ejecutar tales actividades va a ser distinto (Pérez y Chhabra, 2019).

De ahí que, se apele por una terminología diferente que dignifique e incluya a las personas con capacidades diversas, ya sea de tipo sensorial, físico, intelectual o cognitivo, dejando de lado el concepto de persona discapacitada o persona en condición de discapacidad, implementando el término de persona con capacidades múltiples diferentes, para resaltar la diversidad y el valor inherente de las personas.

Para el caso de las capacidades múltiples diferentes de tipo cognitivo, si bien se entiende que son personas que pueden realizar las mismas actividades que el resto pero de un modo diferente (Pérez y Chhabra, 2019), también se entiende que según el rango en que se encuentren sus capacidades de acuerdo al calificador internacional que propone la CIF (OMS, 2001b) puede haber intervención o ajustes razonables (ONU, 2006) en la ejecución de algunas de sus actividades, así como límites en su realización, con el objeto de proteger sus derechos e intereses.

CAPÍTULO II

Componentes estructurales del consentimiento y de la capacidad legal, como elementos de existencia y validez de los actos jurídicos

El propósito del presente capítulo es delimitar desde las concepciones doctrinales y jurisprudenciales; el papel que juega la voluntad en el consentimiento y en la capacidad legal de las personas mayores de edad. Para ello, este capítulo estará dividido en tres apartados. El primero se titula “el acto jurídico”, versa sobre la definición general del acto jurídico y los elementos de existencia y validez del mismo. El segundo, lleva por nombre “voluntad y consentimiento en los actos jurídicos”, en este acápite se analizarán, a la luz del tratamiento filosófico, doctrinal y normativo las concepciones acerca de la voluntad. Finalmente, en el tercera y última parte, que se denomina “capacidad legal y validez de los actos jurídicos” se expondrá cuál es la relación de la voluntad con la capacidad legal de las personas mayores de edad y la validez de los actos jurídicos.

El acto jurídico

De acuerdo con la metodología anteriormente expuesta, este apartado iniciará con la definición general de acto jurídico, un concepto que según doctrinantes y tratadistas como Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2016) corresponde a un conglomerado de hechos jurídicos específicos, puntualmente aquellos que son producto de la voluntad del agente. Ya que, en la categoría de hecho jurídico se circunscriben tanto los acontecimientos generados por la conducta del hombre como los sucesos de la naturaleza siempre que, generen efectos jurídicos (Garcés Vásquez, 2017). Pero son únicamente los hechos voluntarios los que permiten definir el concepto de acto jurídico, ya que éste, tiene que ver con “la manifestación de la voluntad directa y reflexivamente encaminada a producir efectos jurídicos” (Villegas Muñoz, 2016, p. 18). Por lo que, se estaría hablando no solo del comportamiento del hombre sino, de un proceder voluntario y autónomo que se halla mediado por el discernimiento.

Esta definición que brinda el autor Villegas Muñoz (2016) dista mucho del concepto de acto jurídico propuesto por la Ley 1996 de 2019, en tanto que, en ésta, el acto jurídico no se entiende como una manifestación reflexiva de la voluntad sino, como “toda manifestación de la voluntad y preferencias de una persona encaminada a producir efectos jurídicos” (Ley 1996, 2019, art. 3). Es decir, que el factor racional y reflexivo de la voluntad en el actuar del individuo, queda completamente excluido del concepto de acto jurídico.

Ya sea que, se trate de un acto jurídico unilateral donde solo una parte sea la que declara su intención como ocurre en el testamento, o de un acto bilateral, donde la intención emane de un acuerdo entre dos o más partes, como ocurre en los contratos (Tamayo, 2008) bastará con que, el o los individuos según sea el caso, tengan la intención y predilección de ejecutar una acción que sea jurídicamente relevante, aún si no cuentan con la facultad de discernimiento para evaluar las consecuencias legales que pueda traer dicha acción. Lo que resulta ser bastante controversial si se tienen en cuenta los requisitos de existencia y validez del acto jurídico en Colombia, que son condiciones sin las cuales el acto jurídico no puede configurarse ni generar efectos legales (Cubides Camacho & Prada Márquez, 2011).

Por un lado, están los requisitos de existencia, que son elementos esenciales para que el acto jurídico pueda darse (Garcés Vásquez, 2017). Estos elementos pueden ser de carácter particular o general. Los primeros, no van a ser objeto de esta investigación porque varían en cada tipo de acto jurídico que se realice, razón por la cual sería muy extenso exponerlos ya que, hay alrededor de doce clases de actos jurídicos (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2021). Los segundos, corresponden a las condiciones esenciales que le son exigibles a todos los actos jurídicos a saber;

- 1) El consentimiento: es la declaración de la voluntad de uno o más individuos, dependiendo de si se trata de un acto jurídico unilateral o bilateral respectivamente. Donde el o los involucrados acuerdan llevar a cabo un asunto jurídicamente relevante con miras a generar efectos jurídicos (Tamayo, 2008). De esta definición se pueden extraer los dos factores fundamentales que integran al consentimiento como requisito de existencia. El primero es el factor interno, la voluntad comprendida como “la facultad psíquica de la persona, mediada por la inteligencia; es el deseo e intención para elegir entre realizar o ejecutar o no un determinado acto, o hecho en concreto” (Tolosa, 2018 b, p. 43). El segundo, es el factor externo, la forma como los individuos dan a conocer su intencionalidad, su querer respecto al acto jurídico. Dicha intencionalidad puede ser declarada de una manera tácita o expresa (Garcés Vásquez, 2017). Cuando la declaración de la voluntad se hace de forma tácita significa que a pesar de que ninguna de las partes exponga su querer de manera explícita, su actuar evidencia la postura que tienen frente al acto jurídico que se va a realizar. En otras palabras, la voluntad tácita es una deducción con base al comportamiento del individuo (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2016). Y cuando la declaración de la voluntad se hace de forma expresa, quiere decir que el o los individuos han sido claros, directos y contundentes al momento de dar a conocer su intencionalidad respecto al acto jurídico, ya sea mediante una comunicación oral, escrita o por lenguaje de señas (Tamayo, 2008).
- 2) El objeto: puede analizarse desde tres perspectivas (Villegas Muñoz, 2016). La primera es como la finalidad del acto jurídico, que no es otra más que la de generar efectos legales. La segunda es como el objeto propio de la obligación, que de acuerdo con el artículo 1517 del Código civil puede ser de dar, hacer o no hacer (Código civil, 2019, art. 1517). Por último, el objeto del acto jurídico puede ser entendido como la cosa sobre la cual recaen las prestaciones de dar, hacer o no hacer (Código civil, 2019, art.1518). Sin embargo, para entender el objeto como requisito de existencia del acto jurídico esta investigación acoge la primera perspectiva.
- 3) Las formas solemnes: aunque la Ley 1996 de 2019 y algunos doctrinantes como Alberto Tamayo Lombana y Guillermo Ospina Fernández consideran que son dos los elementos

esenciales del acto jurídico, a saber; la manifestación de la voluntad para formar el consentimiento entre las partes y el objeto de producir efectos legales. Hay otra línea de estudio que advierte la existencia de un tercer elemento esencial denominado formas solemnes (Góngora Torres, 2005), que consiste en el cumplimiento de formalidades legales o protocolos que acompañan al acto jurídico con la finalidad de perfeccionar la existencia del mismo en los casos que corresponda. Por lo que, las formas solemnes constituyen una excepción al principio de libertad de la forma, donde las partes interesadas pueden elegir a discreción el modo de llevar a cabo el acto jurídico siempre que el legislador no haya estipulado algo distinto (Garcés Vásquez, 2017). Un claro ejemplo de formalismos legales en la creación de actos jurídicos es el de la escritura pública en la compraventa de bienes inmuebles, ya que, sin este documento no puede constar que el acto jurídico fue celebrado y que además va a generar obligaciones frente a terceros (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2016).

Por otro lado, se encuentran los requisitos de validez del acto jurídico que según el artículo 1502 del Código civil colombiano son cuatro, a saber;

- 1) capacidad legal: también conocida como capacidad de ejercicio o capacidad negocial (Tolosa, 2018 a) es la facultad que tienen las personas mayores de edad para actuar por cuenta propia y hacerse responsables de sus acciones (Tamayo, 2008). Para el Código civil todas las personas que ya cumplieron su mayoría de edad se presumen legalmente capaces (Código civil, 2019, art. 1503), salvo aquellas que la ley ya reconoce como incapaces en el artículo 1504 del Código civil. En otras palabras, para el Código civil, la capacidad legal es la regla y la incapacidad es la excepción. No obstante, con la llegada de la Ley 1996 de 2019, el concepto de capacidad legal ha dado un giro argumentativo considerable, pues en lugar de una facultad del individuo y de un requisito para la validez del acto jurídico (Villegas Muñoz, 2016), parece más una extensión de la capacidad de goce. Dado que, no se advierte la necesidad de que el individuo deba autodeterminarse y responsabilizarse de sus acciones para que sea considerado legalmente capaz, basta con que sea mayor de edad. En otras palabras, es como si la capacidad legal en la Ley 1996 de 2019 fuera un atributo propio de las personas mayores de dieciocho años y no, un poder o facultad para tomar decisiones por cuenta propia y asumir las consecuencias que de ellas se deriven.
- 2) consentimiento libre de vicios: es la manifestación del querer de uno o más individuos, según se trate de un acto jurídico unilateral o bilateral respectivamente. Donde el o los involucrados aceptan realizar un acto jurídico de forma voluntaria, consciente y autónoma para que éste no adolezca de algún vicio (Jiménez Valderrama, 2015). Según el artículo 1508 del Código Civil colombiano, los vicios de consentimiento se reducen a tres, a saber:
 - error: es aquella equivocación que se da en el consentimiento cuando una de las partes acepta porque piensa que algo es de una manera cuando realmente es de otra. Este error puede ser de tres clases (Garcés Vásquez, 2014). La primera lleva el nombre de error de hecho y ocurre cuando la equivocación se da con base en el conocimiento incorrecto que se tiene de la persona con la que se pretende llevar a cabo el acto jurídico (Código civil, 2019, art. 1512), también cuando el error es por el tipo de acto jurídico que se va a realizar (Código civil, 2019, art. 1510) o a causa del objeto sobre el cual van a recaer las prestaciones del acto jurídico

(Código civil, 2019, art. 1511). La segunda, tiene por nombre error de derecho, tal y como su nombre lo indica el error se encuentra en la interpretación de una norma, ya sea respecto a su vigencia, aplicación o contenido (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2016). En la legislación colombiana el error de derecho no vicia el consentimiento, ya que existe el imaginario colectivo de que la ley ha tenido tal grado de publicidad que nadie podría alegar no conocerla. Por ende, el desconocimiento de la misma no se considera un fundamento aceptable para que el consentimiento se entienda viciado y el acto carezca de validez (Villegas Muños, 2016). La tercera y última clase, se denomina error común y versa sobre un error colectivo, donde varias personas en la realización de un acto jurídico infringen la ley sin culpa alguna, porque consideran que es así y no de otra manera como debería realizarse dicho acto (Garcés Vásquez, 2014). Esta clase de error no invalida el consentimiento, ya que se trata de un equívoco general donde quienes participan lo hacen de buena fe, es decir de manera transparente y libre de toda mala intención. Cabe agregar que, el error común no se inscribe en un artículo puntual del Código civil, sino que, su existencia se deduce del análisis que la doctrina hace de algunos planteamientos del Código civil, como por ejemplo; del artículo 768 que habla sobre el principio de la buena fe, una disposición que consiste en el deber de toda persona de actuar de manera honesta en los actos jurídicos (Garcés Vásquez, 2017). Así como el artículo 1620, que establece cómo debe ser la interpretación lógica de los actos jurídicos, aduciendo que las cláusulas que producen efectos legales priman sobre las que no (Código civil, 2019, art. 1620). La inferencia razonable es que, un acto jurídico que genera efectos legales es preferible a un acto nulo. Por eso, aunque el acto jurídico se haya visto permeado por el quebrantamiento de una norma, éste seguirá siendo válido, siempre y cuando la violación normativa haya sido por cuenta de un hecho o situación imprevisible para un conglomerado de personas que en la realización de un acto jurídico hayan actuado de buena fe (Garcés Vásquez, 2014).

- fuerza: es entendida como una coacción capaz de generar el suficiente temor en una persona como para cambiar o influir en su consentimiento (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-345 de 2017), a causa de una presión física o moral; que atenta contra su persona o contra sus seres queridos (Código Civil, 2019, art. 1513), nublando su juicio y haciendo que sus elecciones sean producto de un acto desesperado por protegerse y no de una deliberación autónoma. Por lo tanto, la manifestación de su voluntad estará viciada (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2021).
- dolo: como vicio del consentimiento es una “conducta ilícita de uno de los contratantes orientada a inducir en error al otro a fin de que concluya un negocio jurídico” (Tamayo, 2008, p. 241). Esta definición contiene los requisitos necesarios para que haya dolo, a saber; que una de las partes involucradas en el negocio intencionalmente desee causar un daño, que el daño que cause una de las partes vaya en contra de la ley y sea realizado con el objeto de engañar a una persona para obtener su consentimiento y llevar a cabo el acto jurídico. Además, el error al que sea inducida una de las partes, debe ser determinante para que el acto jurídico sea ejecutado o lo que es lo mismo, que el negocio jurídico no se

hubiera realizado sin el engaño. Por último, el daño causado debe ser probado, siempre que la ley no lo presuma (Garcés Vásquez, 2017).

- 3) objeto lícito: el objeto está relacionado con la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones derivadas del acto jurídico (Caprile, 2007), dicho de otro modo, éste tiene que ver con los efectos jurídicos del acto, los cuales deben estar dentro de los parámetros de la ley y las buenas costumbres para se considere conforme a la ley (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2016).
- 4) causa lícita: es aquello que motiva a las partes a dar su consentimiento en la realización de un acto jurídico. Esta motivación debe cumplir con dos condiciones para que sea considerada causa; la primera es que las partes involucradas conozcan a plenitud la razón que las incita a manifestar su voluntad, la segunda es que la razón que suscita el acto sea lo suficientemente fuerte como para llevarlo a cabo (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2021) y para que sea causa lícita, la finalidad del acto debe estar dentro del margen normativo, respetar las buenas costumbres y no atentar contra el orden público (Código civil, 2019).

Todas las condiciones expuestas, o sea las de existencia y validez, son necesarias para la configuración y validación del acto jurídico (Cubides Camacho & Prada Márquez, 2011). Cuando todos los requisitos se cumplen a cabalidad en el acto jurídico, las personas involucradas en él podrán contraer obligaciones entre sí (Código civil, 2019, art. 1502) por cuanto, el acto va a existir y a producir efectos legales. Por el contrario, si falta alguno de los elementos que ya se han mencionado, el acto jurídico o no llega a ser, o aun cuando exista puede que no llegue a generar efecto alguno, toda vez que la ley sanciona a los actos que no se ajustan a los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico con la figura de la ineficacia, que básicamente lo que hace es dejar sin efecto legal el acto jurídico (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2021).

La ineficacia como sanción contempla tres figuras, a saber; la inexistencia, la nulidad y la inoponibilidad del acto jurídico. Por lo que, tanto la manifestación defectuosa de la voluntad como la declaración obstaculizada de la misma dejan sin efecto el acto jurídico (Corte constitucional, Sala plena, SC 345-11758 de 2017). La primera figura, es decir la inexistencia tiene que ver con el incumplimiento de los requisitos esenciales del acto, que como ya se dijo en párrafos anteriores son tres, a saber; consentimiento, objeto y formas solemnes (Villegas Muñoz, 2016). La segunda figura es la nulidad y ocurre cuando el acto jurídico cumple con las condiciones necesarias para su existencia, pero no para su validez. Según sea el elemento de validez del que carezca el acto jurídico, la nulidad puede ser absoluta o relativa (Código civil, 2019, art.1740).

La nulidad absoluta es la más grave porque sus defectos no pueden ser subsanados, razón por la cual el acto o negocio jurídico perece (Garcés Vásquez, 2017). Esta clase de nulidad se da principalmente por tres razones. La primera, es cuando las partes no se encuentran facultadas para obligarse y ser obligadas debido a una incapacidad absoluta, que según el Código civil se da cuando las partes del acto jurídico son menores de catorce años, padecen una enfermedad mental severa o, no pueden darse a entender por ningún medio de comunicación (Código civil, 2019, art 1504). La segunda, es cuando hay ilicitud en el objeto y en la causa del acto. La tercera, es cuando en determinados actos jurídicos no se cumplen ciertas formalidades (Código civil, 2019, art.1741) como por ejemplo, en los actos jurídicos de enajenación, cuando los bienes raíces pertenecen a los hijos de familia y no a sus padres, es necesario para la validez del negocio

contar con la autorización de un juez so pena de que el acto jurídico sea declarado absolutamente nulo (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2016).

En cuanto a la nulidad relativa, hay que decir que ésta es menos grave debido a que sus irregularidades pueden ser saneadas para que el negocio jurídico pueda producir efectos legales. Como causales de nulidad relativa se encuentran; los vicios del consentimiento, a saber error fuerza y dolo (Tamayo , 2008) y la capacidad parcial de las partes; que puede ser por dos razones, una es que los involucrados sean mayores de catorce años pero sigan sin alcanzar la mayoría de edad que los faculta para obligar y ser obligados en un acto jurídico y la otra es que, una o ambas partes tengan problemas de conducta que les impida ejercer la administración de su patrimonio bajo un buen juicio, como es el caso de los dilapidadores y los ludópatas (Código civil, 2019, art. 1504).

La tercera figura de la ineficacia es la inoponibilidad, la cual se da cuando no se vincula correctamente a una de las partes con las que se realiza el acto jurídico, razón por la cual, aunque el acto jurídico se haya configurado, no va a producir efectos legales para quien no fue relacionado en él ya que, al no ser reconocido como parte dentro del acto jurídico no podrá estar legitimado para reclamar los derechos que de él se deriven (Garcés Vásquez, 2017).

Voluntad y consentimiento en los actos jurídicos

La voluntad es un tema ampliamente estudiado, no solo desde el campo del derecho, sino también desde otros escenarios epistemológicos como la filosofía, que tiene gran trayectoria y antigüedad, dado que, sus inicios se remontan a la antigua Grecia. Es por esta razón que, el concepto de voluntad va a ser expuesto, primero a la luz de las nociones filosóficas, para lo cual se tendrán en cuenta los planteamientos de tres autores que fueron fundamentales en su época, a saber, Aristóteles, un filósofo clásico de la antigua Grecia, Immanuel Kant uno de los principales filósofos alemanes de la modernidad y Ernst Tugendhat, uno de los pensadores contemporáneos más importantes de la filosofía moral. Luego, se desarrollará la noción de la voluntad desde los preceptos normativos y, por último, se expondrán los vicios de los cuales puede adolecer el consentimiento.

Ahora bien, según la estructura dada en el párrafo anterior, se iniciará explicando el concepto de la voluntad desde los planteamientos que el filósofo clásico Aristóteles hace en su libro *Ética Nicomáquea*, un texto conformado por diez libros en los que trata temas relacionados con las virtudes humanas, el perfeccionamiento del conocimiento y la forma de obtener la felicidad (Aristóteles, 1985). En resumen, este libro tiene que ver con el ámbito de lo práctico, con la libertad que se le da al hombre para obrar y la forma en que éste la aprovecha para vivir en rectitud, llevando una vida moderada y virtuosa que le permita ser feliz. La *Ética* para este autor tiene un sentido teleológico, es decir que todo lo que ocurre está enfocado siempre en el cumplimiento de una meta. Así pues, el fin de las acciones del hombre es alcanzar la virtud, el máximo bien que para Aristóteles es la felicidad, la cual describe como una suerte de actividad racional pero acorde a la virtud. (Guariglia, 1997).

En el libro II, Aristóteles afirma que en el alma ocurren tres cosas; las pasiones, las facultades y los modos de ser. Las primeras, son todo aquello que va acompañado de placer o dolor, como la alegría o la tristeza. En el caso de las facultades, éstas son consideradas como las

capacidades que le permiten al hombre afectarse por las pasiones, es decir, sentirse de un modo alegre o de un modo triste. Los modos de ser, por su parte son las disposiciones que tiene el individuo frente a las pasiones, o sea, la manera en que las asume y vive mediante su conducta, que puede ser buena o mala, mesurada o desbordada, virtuosa o viciosa. (Aristóteles, 1985).

En el libro III, el autor habla sobre el concepto de voluntad, también de las acciones voluntarias y de las involuntarias. Aunque Aristóteles (trad. en 1985) no define puntualmente el concepto de voluntad, si afirma que, “la voluntad tiene por objeto un fin” (p. 188). Tal fin es el bien, un bien que solo el hombre bueno puede juzgar acertadamente debido a que ve con verdad todas las cosas, porque no se deja engañar de las apariencias del placer (Aristóteles, 1985). Sin embargo, es posible que el individuo al dejarse engañar por sus pasiones pueda acceder a un fin pero que éste en lugar de estar dotado de virtud este colmado de vicio. Es ahí donde se aprecia el libre albedrío, en la posibilidad que tiene una persona de elegir y labrar su propio destino, a través de buenas y malas acciones (Romero, 2014).

Las acciones propias del libre albedrío son las acciones voluntarias. Las cuales se presentan de dos tipos; los primeros corresponden a aquellos impulsos volitivos del hombre donde solo existe un deseo desenfadado como ocurre con los animales que solo actúan por instinto y no por raciocinio. Los segundos, son actos voluntarios que representan una verdadera elección, en tanto que, el deseo por algo tiene que ver con la preferencia, la cual solo se logra cuando hay reflexión y se contemplan los pro y contra de las opciones a consideración (Rapp, 2008), en otras palabras, cuando el ser humano delibera, es decir, cuando analiza e investiga antes de elegir. En conclusión, cualquiera puede desear, pero solo un ser dotado de razón puede elegir, puesto que debe deliberar sobre asuntos que están a su alcance y seleccionar aquel que se encuentra dentro de sus posibilidades y es preferible sobre los demás (Romero, 2014).

Pero no siempre el hombre actúa bajo su propia determinación, a veces suele hacerlo por coacción o ignorancia y es allí donde se dice que sus actos son involuntarios, en tanto ocurren por influencia externa y no por elección consciente (Rapp, 2008). Por lo que, podría interpretarse que, si el objeto de la voluntad es el fin, la voluntad misma es el poder que tiene el hombre para determinar su conducta y tomar sus propias decisiones para así, alcanzar dicho fin (Restrepo de Guzmán, 1988). Si su propósito tiende al bien, se dirá entonces que el hombre que lo persigue es bueno y que su modo de ser descansa en la virtud, una disposición del individuo para ser selectivo en sus decisiones y lograr así un balance entre sus pasiones de placer y de dolor (Aristóteles, 1985).

El segundo filósofo propuesto en esta investigación para analizar el concepto de voluntad es Immanuel Kant, autor del libro *Fundamentación para una Metafísica de las costumbres*, un texto que también versa sobre la Ética y cuyo objeto es investigar y determinar cuál es el principio supremo de la moralidad (Tugendhat, 1997). De acuerdo con Kant, dicho principio radica en la razón, porque es la razón la que direcciona la voluntad para que ésta pueda ser buena. Ello, solo es posible cuando los hombres actúan por respeto a la ley y no por una motivación fundada en motivos empíricos o inclinaciones pasionales (Kant, 2012).

El autor destaca dos clases de acciones, unas son las acciones *por deber* y otras las acciones *conforme al deber*. Las primeras, son las que el individuo realiza sin que le importen las consecuencias que le sobrevengan y que poseen valor moral, lo que le permite al hombre alcanzar la buena voluntad, es decir, aquella meta moral a la que todos los seres humanos tienden, pero no logran llegar porque su voluntad se encuentra patológicamente afectada por

causa de sus inclinaciones (Tugendhat, 1997). El segundo tipo de acciones, son las que se realizan conforme al deber, esto quiere decir que, aunque son acciones que van de acuerdo con los preceptos normativos, no poseen ningún valor moral debido a que la motivación interna del sujeto está permeada de inclinaciones pasionales y motivos empíricos distintos al querer mismo de respetar la ley por lo que ella es (Kant, 2012).

La voluntad en términos generales es aquello que determina la acción. Ésta puede estar inclinada hacia las pasiones o puede ser racional y tender hacia la buena voluntad. Kant la define en su texto *Fundamentación para una metafísica de las costumbres* como “una capacidad para que uno se autodetermine a obrar conforme a la representación de ciertas leyes” (Kant, 2012, p. 112). Esta autodeterminación es posible gracias al libre albedrío del que gozan los seres humanos.

El tercer autor seleccionado para analizar el concepto de voluntad es Ernest Tugendhat, quien en su texto *El problema de la voluntad libre* explica que lo importante no es debatir sobre la existencia de la voluntad sino, entender en qué consiste ésta. Es por eso por lo que el autor realiza la distinción entre dos clases de voluntad, la de acción y la reflexiva (Tugendhat, 2006). La primera, es aquella que le permite actuar a un individuo libremente desde un ámbito fisiológico, como lo es caminar o levantar una mano. Este tipo de libertad de acción no tiene que ver con los conceptos éticos de voluntad que se han desarrollado en esta investigación. Por otra parte, la voluntad reflexiva es un querer mediado por una actividad racional que faculta al ser humano para responsabilizarse de sus propias acciones y también, para emitir juicios de aprobación o desaprobación frente a las acciones de los demás (Tugendhat, 2006). Por ende, la voluntad para este autor es la capacidad de reflexionar sobre las consecuencias de sus acciones y optar por una de ellas de forma libre, es decir sin coacción alguna y siendo capaz de autocontrolar sus impulsos, poniéndolos siempre al servicio de su razón.

En conclusión, las tres posturas filosóficas advierten la importancia de la razón para que una acción sea voluntaria. De igual modo, en las tres posturas, la voluntad es asociada a un escenario ético y moral, donde la libertad de elección es determinante para la responsabilidad del agente en las elecciones que haga. Esta forma de entender la voluntad no dista mucho del escenario normativo y doctrinal en Colombia. Ya que, según autores como Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta (2021) la voluntad se define como “la autodeterminación” que tiene uno o más agentes en la realización de un acto jurídico. Es el querer llevar a cabo un acto jurídico y obligarse de forma autónoma a cumplir con lo pactado. Es importante reiterar que la voluntad en Colombia comprende dos dimensiones, tal y como se dijo en el primer acápite cuando se expuso el consentimiento como requisito de existencia. La primera dimensión de la voluntad es la interna y se refiere al querer intencional de un individuo racional. Ya que, no se trata meramente de un impulso instintivo sino de un deseo permeado por la razón, lo que le permite al sujeto tomar decisiones basadas en una elección consciente (Tolosa, 2018 b). La segunda dimensión de la voluntad es la externa y consiste en la manera en la que el individuo manifiesta su querer frente a los demás. Si de una forma tácita o expresa (Tamayo, 2008). Una vez la voluntad se hace manifiesta y confluye en un mismo sentido para la creación, modificación o extinción de un acto o negocio jurídico, surge el consentimiento (Garcés Vásquez, 2014).

Todo esto; sirve para resaltar que entre la voluntad y la capacidad de ejercicio del individuo se evidencia un vínculo fehaciente a causa de la razón. Ya que; para que haya voluntad y capacidad, es indispensable la presencia del factor cognitivo que de acuerdo con lo expuesto en

el capítulo I de la presente tesis, debe estar en un grado aceptable, esto es con una afectación mental inferior al 25% (OMS, 2001b). Primero porque sólo así se garantiza que la voluntad sea autónoma y producto de una decisión reflexiva del sujeto. Segundo, porque solo aquellos individuos que posean la facultad de deliberar y comprender las condiciones a las cuáles se obligan, pueden responsabilizarse de sus acciones. Por este motivo, el último apartado tendrá como objetivo ahondar más en este asunto de la relación entre voluntad y capacidad.

Capacidad legal y validez de los actos jurídicos

Este apartado final, tal y como se expresó en el párrafo anterior, tiene por objeto determinar cuál es la relación que existe entre la voluntad y la capacidad legal de las personas mayores de edad, así como las implicaciones que esta relación tiene frente a la validez de los actos jurídicos. Por ello, se iniciará con una breve definición de voluntad para establecer un lenguaje común, ya que, en el capítulo anterior esta noción fue ampliamente trabajada. Luego se analizará el concepto de capacidad y su importancia como elemento de validez para finalmente exponer la relación que existe entre la voluntad y la capacidad legal.

En concordancia con la metodología planteada, se usará como concepto de voluntad la facultad psíquica de la persona, mediada por la inteligencia; es el deseo e intención para elegir entre realizar o ejecutar o no un determinado acto, o hecho en concreto” (Tolosa, 2018 b, p. 43). Además, se constituye como un elemento esencial para la existencia del acto y también para la validez del mismo, en la medida en que cuando ambas partes manifiestan su voluntad para realizar un acto se constituye el consentimiento y siempre y cuando la voluntad con que éste ha emanado no se encuentre con un imperfecto o viciada, el acto será válido (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2016).

Ya aclarada la noción de voluntad que se usará en esta investigación, el paso a seguir es analizar el concepto de capacidad y establecer qué concepción concuerda más con el tema de este trabajo de grado. Ya que, en términos generales la capacidad se entiende como la aptitud de una persona para contraer derechos y también obligaciones (Tamayo, 2008). En términos específicos la capacidad comprende dos versiones a saber; la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La primera es la aptitud que toda persona natural o jurídica tiene de contraer derechos por el solo hecho de existir, por lo que la capacidad de goce es considerada un atributo de la personalidad en tanto, basta con ser considerado una persona para tenerla (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-983 de 2002).

En cuanto a la segunda versión de la capacidad, ésta consiste en la aptitud de una persona mayor de edad para ejercer sus derechos sin la necesidad de interpuesta persona y para hacerse responsable de las consecuencias que se deriven del acto jurídico (Fernández de Buján, 2016). La capacidad de ejercicio es tanto una aptitud para llevar a cabo actos jurídicos autónomos, como un requisito de validez del acto jurídico (Código Civil, 2019). Por lo que, a diferencia de la capacidad de goce, en la capacidad de ejercicio; no es suficiente que la persona exista, es necesario también que ésta tenga la facultad de obligarse por sí sola. Lo que solo es posible, si esta persona cuenta con un grado de discernimiento aceptable, es decir que su afectación cognitiva no debe superar el 25% (OMS, 2001b) para que le permita ser consciente de aquello a lo que se está obligando (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2021).

A pesar de que; probar el grado de discernimiento en una persona no es esencial para considerarla capaz, sí es indispensable demostrar cuándo una persona no cumple con los estándares de capacidad, para invalidar el acto jurídico (Código Civil, 2019, art. 1503). Significa entonces que; la capacidad se presume, pero la incapacidad se demuestra, entendiéndose por incapacidad la carencia de sano juicio y experiencia necesaria para la ejecución de un acto o negocio jurídico (Garcés Vásquez, 2017). La incapacidad al igual que la capacidad legal tiene dos categorías:

- 1) la incapacidad específica: esta clase de incapacidad solo es aplicable en los casos que previamente determine la ley (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-983 de 2002). Pues; a pesar de su nombre, esta incapacidad no tiene que ver con la falta de aptitud legal de las partes que acuerdan llevar a cabo un negocio, sino con una estipulación normativa; donde se inhabilita a cierto tipo de personas a negociar en determinados actos jurídicos. Tal es el caso de la compraventa entre padres e hijos de familia no emancipados, cuyo acto se declara nulo de conformidad con el artículo 1851 del Código Civil (Tamayo, 2018).
- 2) la incapacidad general: esta clase de incapacidad sí es aplicable a cualquier negocio jurídico y a diferencia de la incapacidad específica, sí obedece a la carencia de experiencia o discernimiento que puede presentar cualquiera de las partes por causa de su edad, sus facultades cognitivas o sus facultades comunicativas (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2021). De acuerdo con el artículo 1504 del Código Civil, la incapacidad general puede ser absoluta o relativa. Antes de la Ley 1996 de 2019, la incapacidad general absoluta tenía su origen cuando una de las partes del acto jurídico padecía una discapacidad mental absoluta. El Código civil contemplaba como incapaces absolutos a los impúberes, o sea los menores de catorce años, a los dementes y también los sordomudos, siempre que éstos no pudieran darse a entender de ningún modo (Código Civil, 2019).

Posteriormente la ley 1306 de 2009, definía a las personas con discapacidad mental absoluta como aquellas, cuya condición patológica afectaba o deterioraba de manera severa sus facultades mentales, su conducta y la forma en que conocían y aprendían sobre las cosas. La incapacidad relativa, por otra parte, se daba cuando uno de los intervinientes del acto era un menor de dieciocho años pero mayor de catorce o cuando se trataba de una persona que padecía una irregularidad en su conducta, que a pesar de no afectar su facultad para razonar y manifestar su voluntad, sí le impedía manejar con prudencia y madurez comercial su patrimonio, por lo que éste podía verse en grave riesgo si no se empleaban medidas que restringieran su actividad comercial, como era el caso de los dilapidadores (Ley 1306, 2009). En consecuencia, su capacidad comercial no era restringida completamente. Pues podían realizar otros actos que no fueran de índole patrimonial. Además, si el individuo lograba rehabilitarse corrigiendo su conducta dilapidadora y el menor adulto, alcanzaba su mayoría de edad, podían restablecer su capacidad comercial. Dado que, su incapacidad radicaba en una medida de protección y no en una carencia de aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones a causa de una condición natural, como era el caso de los incapaces absolutos (Garcés Vásquez, 2017).

Pero con la llegada de la ley 1996 de 2019, ahora lo anterior no tiene razón de ser en la medida en que todas las personas mayores de edad se presumen legalmente capaces independiente de si posee o no la facultad de responsabilizarse por sus acciones, lo cual es

bastante problemático. Por cuanto, contraria todos los preceptos de existencia y validez, así como los conceptos de voluntad, consentimiento y capacidad. Además, cabe resaltar que el valor de un acto jurídico depende del cumplimiento de cuatro requisitos, a saber; capacidad legal, consentimiento libre de vicios, objeto lícito y causa lícita. Pero, no habría objeto ni causa lícita, si la persona no tuviese el poder de actuar bajo sus propias directrices para obtener el resultado anhelado. Por lo que, la capacidad de ejercicio se encuentra sujeta a la voluntad (Tolosa, 2018 b). Pero no cualquier voluntad, sino a una que se encuentre mediada por la razón, una voluntad reflexiva, para que el sujeto que dispone de la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones pueda generar efectos jurídicos a través de su actuar autónomo y consiente.

CAPÍTULO III

Herramientas legales reguladas en la ley 1996 de 2019 que garantizan la libertad de las personas mayores de edad con capacidades múltiples cognitivas

Este tercer y último capítulo tiene como objetivo analizar cuáles son las herramientas legales propuestas por la Ley 1996 de 2019 para garantizar la libertad de las personas mayores de edad con capacidades múltiples cognitivas. Por tal razón, y dando continuidad a la estructura metodológica que se ha llevado a cabo en los capítulos anteriores, este capítulo estará dividido en tres acápite. El primero de ellos se titula el origen de la Ley 1996 de 2019; su finalidad es mostrar la evolución histórica que ha tenido el concepto de capacidad legal a la luz de las personas con capacidades múltiples diferentes desde el Código civil hasta la actual Ley 1996 de 2019. En el segundo acápite, llamado estructura de la Ley 1996 de 2019 se pretende analizar objetivamente cómo está construida la Ley 1996 de 2019 para explicar, su finalidad, el sistema de apoyos y determinar a quiénes va dirigida. Finalmente, el acápite tercero que lleva por nombre falencias de la Ley 1996 de 2019, tratará sobre las fallas que presenta la norma en cuanto a la libertad del individuo para emitir su consentimiento por medio del sistema de apoyos.

El origen de la Ley 1996 de 2019

De conformidad con lo anterior, en este acápite se empezará por realizar un análisis histórico que dé cuenta de los cambios y avances que la normativa colombiana ha tenido con relación a la capacidad legal de las personas con capacidades múltiples diferentes desde el Código civil de 1887 hasta la actual ley 1996 de 2019. Lo anterior con base en el estudio y comparación de las siguientes normas:

- La Ley 57 de 1887 que regula el Código Civil colombiano.
- La Ley 1306 de 2009 que establece las normas para la protección de las personas con discapacidad mental y también el régimen de la representación legal para los “incapaces emancipados” (Ley 1306, 2009).
- La Ley 1346 de 2009 que aprueba la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Ley 1346, 2009).

La primera norma que sienta las bases del origen de la Ley 1996 de 2019 es la Ley 57 de 1887 que regula la unificación del Código civil, que es la norma más antigua de las cuatro mencionadas en el párrafo anterior. Pues el Código civil colombiano tiene su génesis en el

Estado centralista, cuando la constitución vigente era la hispánica y confesional de 1886, promovida bajo el mandato del presidente Rafael Núñez (Valencia Zea & Ortiz Monsalve). Desde sus inicios en 1887 hasta la aparición de la Ley 1996 de 2019, el Código civil ha sufrido varias modificaciones en sus normas respecto a la capacidad legal que, como se ha dicho a lo largo de esta investigación, es tanto un requisito para la validez del acto jurídico como la facultad que puede tener un individuo para obligarse y responsabilizarse de sus acciones sin interpuesta persona (Villegas Muñoz, 2016). La capacidad de ejercicio entendida como facultad, corresponde a todos los individuos mayores de edad, salvo a aquellos que previamente la ley determine (Código Civil, 2019, art. 1503).

En el artículo 1504 del Código civil se menciona que existen dos tipos de incapacidad a saber: la absoluta y la relativa. La primera, es de carácter permanente mientras que, la segunda es de carácter relativo (Código civil, 2019, art. 1504). En un primer momento, el Código civil estableció que los dementes, los impúberes y también; los sordomudos que no podían darse a entender a través de la escritura eran incapaces absolutos (Betancur, 2020). Además, determinó a los menores adultos, a los disipadores que estuvieran bajo interdicción, a las mujeres casadas y a las personas jurídicas, como incapaces relativos (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2017). Sin embargo, luego de que la Ley 28 de 1932 consagrará en su artículo cinco que “la mujer casada, mayor de edad, como tal, puede comparecer libremente en juicio, y para la administración y disposición de sus bienes no necesita autorización marital ni licencia del Juez, ni tampoco el marido será su representante legal” (Ley 28, 1932, art.5) se derogó el texto que advertía que la mujer casada era incapaz a menos que, se hallara amparada por una autorización marital, licencia del Juez o representación del cónyuge.

De igual manera, fue abolido el texto que establecía la incapacidad de la persona jurídica, toda vez que; ésta no es un ser vivo dotado de discernimiento e impulsos volitivos racionales que le permitan actuar por voluntad propia. Por lo que, se llegó a la conclusión de que, la incapacidad es atribuible solo a personas naturales (Ospina Fernández & Ospina Acosta, 2021). Así mismo, la Sentencia C-983/02 donde se demanda la inconstitucionalidad de la condición “por escrito” que se exige en los artículos 62, 432 y 1504 para que las personas sordomudas puedan ejercer su capacidad legal (Ospina Ramírez, 2017) modificó el Código civil respecto a los artículos mencionados, afirmando que la persona sordomuda podrá ejercer su capacidad legal siempre que pueda dar a entender sus decisiones con claridad frente a terceros, aun cuando no sea a través de un escrito. Pues para los demandantes, era inconcebible que; solo porque una persona sordomuda no podía expresar su voluntad por escrito se le considerara como incapaz absoluta (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-983 de 2002) ya que, la declaración de la voluntad de un individuo no sólo puede hacerse por medio de la escritura (Garcés Vásquez, 2014). Existen otros medios para darse a entender frente a los demás, por ejemplo, el clave morse, el lenguaje de señas o el lenguaje visual a través de gráficos. Y que, el uso de ellos no significa que la persona sordomuda carezca de capacidad racional (Tamayo, 2008). De ahí que, los demandantes hagan mención del científico Stephen Hawking, quien, pese a sufrir de una enfermedad degenerativa que afectó severamente sus facultades motoras y lingüísticas, no se vio impedido para comunicarse a través de una máquina sensorial que percibía sus órdenes y las transmitía (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-983 de 2002).

Otra sentencia que vale la pena resaltar es la C-478 de 2003, en la que se demanda la inconstitucionalidad de nociones peyorativas como; furiosos locos, locura furiosa, casa de locos, mentecatos, imbecilidad, idiotismo y el texto empleadas en los artículos 140, 545, 554 y 560 (Parra Benítez, 2011) toda vez que, tales conceptos vulneran la dignidad humana así como del derecho a la igualdad, impidiendo la sana inclusión de las personas con capacidades múltiples cognitivas en los escenarios de participación social (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-478 de 2003) en la medida en que desde el lenguaje se crean barreras diferenciales donde se sesga la capacidad de estos individuos para interactuar con las demás personas debido a su condición mental, por eso todos esos términos peyorativos fueron acuñados bajo el concepto de demente y la oración casa de locos fue sustituida por lugar donde se confinan los enfermos mentales (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2016).

La Sentencia C-478 de 2003 dio los primeros atisbos para lo que sería en años posteriores la Ley 1306 de 2009, cuyo propósito era el de proteger e incluir en los escenarios sociales a las personas con discapacidad cognitiva que tuvieran impedimentos para desenvolverse con naturalidad en sociedad (Ley 1306, 2009). Este nuevo régimen para “incapaces” no solo trajo el tema de la inclusión de las personas con capacidades múltiples cognitivas a partir del uso del lenguaje (Parra Benítez, 2011) cuando cambio el termino demente de la sentencia C-478 de 2003 por el de persona con discapacidad mental, sino que además, definió qué se entendía por discapacidad, las clases y las consecuencias jurídicas de cada una con base en fundamentos científicos ya que; la Ley 1306 de 2009 hunde sus raíces en el modelo médico de discapacidad (Hernández, 2015); desarrollado en el primer capítulo de esta investigación.

En vista de que; en el segundo capítulo de esta monografía se desarrolló el tema de la incapacidad en la Ley 1306 de 2009 y se definió tanto la incapacidad absoluta como la incapacidad relativa, a continuación, solo se expondrán las herramientas de protección de la Ley 1306 respecto a las personas con discapacidad mental absoluta, quienes como ya se ha mencionado en capítulos anteriores “sufren una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o de deterioro mental”(Ley 1306, 2009, art.17) que les impide tener un juicio sano para administrar sus bienes. Motivo por el cual, la ley dispone de instrumentos para garantizar tanto el cuidado de las personas con discapacidad mental como la protección de su patrimonio (Ospina Ramírez, 2017).

Uno de esos instrumentos es la interdicción; una figura jurídica que sirve para restringir las facultades de una persona con discapacidad mental absoluta, de tal modo que ésta no pueda administrar de forma directa su patrimonio, sino que, deba hacerlo a través de un representante (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2016). Aunque esta figura ya existía en el régimen de capacidad legal anterior, la Ley 1306 de 2009 realizo unas sutiles modificaciones (Gutiérrez Prieto & García Ramos, 2020) entre las cuales de destacan las siguientes: primero, que; la demanda por discapacidad mental absoluta esté acompañada por un certificado médico que dé cuenta de dicha condición y que además, sea emitido por un médico especializado como lo es un psiquiatra o un neurólogo y no, por un médico general. Segundo, que; cualquier sujeto está facultado para interponer una demanda por discapacidad mental absoluta, toda vez que la Ley 1306 de 2009 elimino la necesidad de probar el interés para demandar, permitiendo de este modo

que cualquier persona pudiera adelantar el proceso (Parra Benítez, 2011) y tercero que, a diferencia del régimen de capacidad anterior, la Ley 1306 de 2009 sí da la posibilidad de rehabilitación, así que si en algún momento una persona con discapacidad mental absoluta mejora o se recupera a cabalidad podrá solicitarle al Juez una revisión de su estado para que éste le levante la medida de protección (Saavedra Bahamón & Sánchez Fino, 2015).

Una vez queda sentado el fallo de interdicción por el Juez, lo que sigue es la segunda fase de protección que tiene la interdicción, que es la adjudicación de guardadores, quienes serán los encargados de cuidar tanto a la persona con discapacidad cognitiva como a los bienes de ésta (Ley 1306 de 2009, art. 52). De acuerdo con el tercer inciso del artículo 52 de la Ley 1306 de 2009 los guardadores se clasifican en:

- Curadores: son personas naturales que representan a individuos con discapacidad mental absoluta en actuaciones legales, con el fin de cuidarlos a ellos y a su patrimonio; mientras se encuentren en proceso de interdicción (Gutiérrez Prieto & García Ramos, 2020).
- Consejeros: son los guardadores de las personas con discapacidad relativa que se encuentran inhabilitadas por la ley (Betancur, 2020). La función del consejero es la de guiar y acompañar a la persona con discapacidad mental relativa en los negocios donde ésta se encuentre impedida. A diferencia del curador, un consejero no administra los bienes ni sustituye la voluntad del individuo que guarda, a menos que éste le confiera un poder que lo faculte para ello (Ley 1306, 2009, art.55).
- Administradores fiduciarios: son sociedades fiduciarias legalmente constituidas para operar en Colombia (Ley 1306, 2009, art.57). Su función es ser guardador tanto de las personas con discapacidad mental absoluta como de las personas con discapacidad mental relativa en los casos donde los bienes productivos de éstas se encuentren por encima de los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes (Saavedra Bahamón & Sánchez Fino, 2015).

La adjudicación de los guardadores se encuentra presente tanto en el régimen de capacidad del Código civil como en la Ley 1306 de 2009 (Gutiérrez Prieto & García Ramos, 2020) con la diferencia de que, en esta última la discapacidad mental absoluta de una persona mayor de edad, no implicaba que ésta fuera jurídicamente incapaz en todos los aspectos (Parra Benítez, 2011). Toda vez que, la Ley 1306 de 2009 consentía en su artículo 50 que una persona mayor de edad con discapacidad mental absoluta podía llevar a cabo ciertos actos jurídicos ante el Juez de Familia, por ejemplo, un reconocimiento o impugnación de la filiación, sin necesidad de guardador. En caso de que; el hijo haya sido concebido durante el periodo de interdicción del presunto padre o presunta madre, se deberán aportar pruebas científicas que soporten su exigencia, ya sea para el reconocimiento o para la impugnación (Ley 1306, 2009, art.50).

Hay que decir que, aunque la ley 1306 de 2009 continuaba desenvolviéndose en un modelo médico de discapacidad donde se hacía mayor énfasis a la enfermedad que en la persona (Hernández Ríos, 2015), lo cierto es que, identificaba claramente los escenarios donde las personas con capacidades múltiples cognitivas podían desenvolverse sin interpuesta persona y también los escenarios donde era necesario adjudicarle un representante que velara por su bienestar y el de su patrimonio, hasta que pudiera demostrar científicamente ante el Juez una

mejoría o una rehabilitación completa para hacerse cargo de la administración de sus bienes. Por lo que, realmente esta ley se trataba de un régimen de protección y no de restricción, en tanto la limitación de las libertades del individuo eran en procura del bienestar de una persona en estado de vulnerabilidad por causa de la insanidad de su juicio y discernimiento.

Sin embargo, las falencias de la ley 1306 de 2009 en el ámbito de lo social, fueron mucho más notorias con la llegada de la Ley 1346 de 2009 mediante la cual fue aprobada en Colombia la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (Ley 1346, 2009). La cual muestra una seria preocupación por mejorar el ideal común que hay acerca de las personas discapacitadas (Benavides, 2015) ya que, son comprendidas como una carga social y pública a las que se les debe proveer de atención médica y protección social especial por simple caridad (Palacios, 2008). Cuando ello no debería ser así, puesto que, su condición no las cosifica ni les borra su valor como seres humanos.

De ahí que, el proceso de dignificación que emprende la Convención sea primero desde el lenguaje, sustituyendo la noción de discapacitado por la de persona con discapacidad, resaltando así la cualidad de persona antes que la condición en que ésta se encuentra (ONU, 2006). Con el fin de visibilizar y aclarar que a pesar del estado de vulnerabilidad que una persona pueda tener a causa de una condición física, mental, intelectual o sensorial permanente (ONU, 2006, art.1) que limite su desarrollo en sociedad en comparación con quienes no padecen ninguna de estas condiciones, no significa entonces que, tengan menos derechos o que deban ser excluidos de los beneficios que trae la ley. Por el contrario, tanto el Estado como la sociedad deben encargarse de disminuir y eliminar cualquier sesgo de discriminación que impida que las personas puedan ser tratadas con igualdad ante la ley (Vallejo Jiménez., Hernández Ríos & Posso Ramírez, 2017).

Ello, incluye los asuntos relacionados con el ejercicio de la capacidad legal, ya que, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 1346 de 2009 no hay una estratificación entre las discapacidades, que condicione el tipo de actos que pueden o no realizar las personas con discapacidad, tal y como ocurría en la ley 1306 de 2009. Al contrario, en la Ley 1346 de 2009 se advierte que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica, no solo en cuanto a la capacidad de goce, también frente a la capacidad de ejercicio (Ley 1346, 2009, art. 12) para la cual, dispondrán de un acompañamiento en la toma de decisiones jurídicamente relevantes, que a diferencia de la representación en la Ley 1306 de 2009, no sustituye la voluntad de la persona con discapacidad, al contrario, la respeta y la interpreta a partir de los intereses y preferencias de las personas con discapacidad (Ospina Ramírez, 2017).

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad replanteó por completo los asuntos relacionados con la capacidad legal, ya que en pro de visibilizar e incluir a las personas con discapacidad optó por permitirles ejercer su capacidad legal, aun cuando fuera mediante acompañamiento. Lo que motivó en gran parte a la normativa colombiana a instaurar un nuevo régimen de capacidad legal para las personas con discapacidad mayores de edad, que fuera más acorde con los derechos humanos y el modelo social de discapacidad (Enríquez Maya, 2019a).

Fue entonces que, en agosto de 2019 entro en vigor la Ley 1996 de 2019, la cual dando seguimiento a los pronunciamientos del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad estableció el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas mayores de edad con discapacidad (Betancur, 2020), consagrando en el artículo 6 que “ todas las personas con discapacidad son sujetos de derecho y obligaciones, y tienen capacidad legal e igualdad de condiciones, sin distinción alguna e independientemente de si usa o no apoyos para la realización de actos jurídicos” (Ley 1996, 2019, art.6). Por lo que, en lugar de restringir y cohibir el ejercicio de la capacidad negocial a las personas con discapacidad, la normativa colombiana optó por brindarles alternativas para que a través de una asistencia pudieran ejercer su capacidad legal y tanto su voluntad como sus preferencias fueran tenidas en cuenta en el proceso (Hernández, 2020)

Estructura de la Ley 1996 de 2019

En este acápite se va a analizar cómo está construida la Ley 1996 de 2019, para explicar cuál es su finalidad, a quiénes va dirigida y en qué consiste su sistema de apoyos. Para empezar, la Ley 1996 de 2019 consta de 56 artículos y se encuentra dividida por ocho capítulos (Ley 1996, 2019), a saber;

1. Disposiciones generales.
2. Mecanismos para el ejercicio de la capacidad legal y para la realización de actos jurídicos.
3. Acuerdos de apoyo para la celebración de actos jurídicos.
4. Directivas anticipadas.
5. Adjudicación judicial de apoyos.
6. Personas de apoyos.
7. Actos jurídicos sujetos a registro.
8. Régimen de transición del artículo.

Si bien todos y cada uno de estos capítulos son importante, en esta investigación únicamente se va a desarrollar el primero. Esto, debido a que los cuestionamientos realizados al inicio del acápite pueden responderse desde las disposiciones generales. Ahora bien, el primer capítulo, puede definirse en su totalidad como la carta de presentación de la Ley 1996 de 2019. Primero, porque expone cuál es la finalidad de la ley cuando advierte en el artículo 1 que el objeto de ésta es establecer medidas concretas para garantizarle a las personas con capacidades múltiples diferentes mayores de edad; el derecho a la capacidad legal plena, así como el acompañamiento para el ejercicio de la misma (Enríquez Maya, 2019 a). Dejando claro además, que el público al que estás dirigido son las personas con capacidades múltiples diferentes mayores de edad. Aunque; más adelante se afirme que, cuando se trate de personas con capacidades múltiples diferentes que aún no hayan cumplido la mayoría de edad, éstas podrán también ser acompañadas por los apoyos en las actuaciones que la ley permita (Ley 1996, 2019, art.7). No obstante, el foco de la ley son las personas adultas con capacidades múltiples diferentes.

En segunda instancia, este primer capítulo brinda un panorama general sobre los conceptos que van a ser usados a lo largo de la ley, definiéndolos a fin de manejar un lenguaje común en el nuevo régimen de capacidad legal para las personas con capacidades múltiples

diferentes. Entre los conceptos que se definen en este primer capítulo se encuentran los que componen la estructura básica del sistema de apoyos, a saber; titular del acto, el postulante a ser apoyo y funcionario encargado de autorizar el acuerdo de apoyo (Hernández, 2020).

El titular del acto es la persona que se encuentra en condición de discapacidad y que solicita acompañamiento para la toma de decisiones (Ley 1996, 2019, art. 3). El postulante a ser apoyo es la persona que desea asistir al titular del acto. Por último, se halla el funcionario, que puede ser; por un lado, un Juez de familia encargado de adjudicar el acuerdo de apoyo en un proceso verbal sumario, luego de que haya recibido por parte de un tercero la solicitud para ello, a causa del impedimento total que tiene el titular del acto para determinarse. Por otro lado, están el notario y el conciliador, quienes dan fe pública del acuerdo de apoyo suscrito por el titular del acto y el apoyo (Betancur, 2020).

Una vez quede suscrito el acuerdo de apoyo mediante cualquiera de los funcionarios antes mencionados, el titular del acto podrá en compañía del apoyo designado, llevar a cabo actos jurídicos sin necesidad de acudir nuevamente ante un funcionario, a menos de que se trate de un acto jurídico que amerite solemnidad ante notario, como por ejemplo la suscripción de escritura pública para compraventa de bien inmueble (Hernández, 2020). Dentro de los actos concebidos para que el apoyo brinde acompañamiento a la persona adulta con capacidad múltiple diferente se encuentran tanto los asuntos relacionados con la comunicación relacionada con el acto, como la claridad frente a inquietudes varias respecto al mismo y la orientación para que las personas con discapacidad puedan declarar su voluntad frente a terceros (Ley 1996, 2019, art.4).

En el primer caso, el apoyo puede establecer un canal de comunicación entre el titular del acto y un tercero diferente a los medios tradicionales, por ejemplo; lenguaje de señas, lenguaje braille, clave morse, movimientos corporales, uso de equipos inteligentes como computador, celular o tableta electrónica (Ley 1996, 2019, art. 8). En otras palabras, cualquier medio que sirva para comprender la decisión que la persona con capacidades múltiples diferentes ha tomado. En el segundo caso, el apoyo deberá explicar a la persona con capacidades múltiples diferentes las consecuencias legales que se derivan del acto jurídico que pretende celebrar, así como demás inquietudes que pueda tener el titular respecto al acto (Betancur, 2020). En el tercer caso, el apoyo debe estudiar una serie de aspectos del titular del acto, como por ejemplo; sus preferencias, intereses, estilo de vida, entorno familiar, entre otros para lograr orientar la toma de decisiones de la persona con capacidades múltiples diferentes o interpretar la posible voluntad del éste en asuntos específicos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-025 de 2021).

El apoyo también puede hacer valer la voluntad del titular del acto en un evento futuro, siempre que, mediante escritura pública ante notario o acta de conciliación frente a conciliadores extrajudiciales, se haya suscrito una directiva anticipada, que es un instrumento que sirve para que una persona adulta con capacidades múltiples diferentes, pueda declarar su voluntad respecto de un acto jurídico que está por venir, ya que, hay certeza de que para ese entonces, el titular del acto no va a poder hacerlo (Gutiérrez Prieto & García Ramos, 2020). Por ejemplo, una persona con una enfermedad neuronal degenerativa que estipule que después de pasar la fase tres o cuatro de su enfermedad, sus bienes sean vendidos para pagar el internamiento en un centro especializado.

Es importante destacar que, el sistema de apoyos de la Ley 1996 de 2019, procura conocer, interpretar y respetar la voluntad de los titulares del acto, independiente de si se trata de un acto jurídico presente o futuro. A diferencia de las medidas de protección propuestas por la ley 1306 de 2009, el sistema de apoyos de la Ley 1996 de 2019 no pretende representar y sustituir la voluntad del titular del acto, al contrario, su objetivo es ayudar a que la persona adulta con capacidades múltiples diferentes pueda ejercer su autonomía a pesar de la condición en que se encuentre (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-025 de 2021). De ahí que, los titulares del acto no solo puedan ser orientados en la declaración de un acto jurídico actual y específico, sino que, puedan hacer valer su voluntad a futuro, aun cuando para ese entonces no recuerden nada en lo absoluto y el apoyo no esté de acuerdo, ya que el deber del apoyo es comunicar, aclarar y exponer cuáles son los pro y contras de la realización de un acto jurídico en particular.

No obstante, la voluntad del titular del acto no siempre es cumplida a cabalidad ya que, si al momento de solicitar el acuerdo de apoyo o suscribir un acto jurídico con apoyo, el funcionario competente de adjudicarlo o rendirle fe pública, percibe tras entrevistar al titular de acto que el acuerdo no coincide con la voluntad de éste, podrá proponer ajustes razonables, que son modificaciones que hace el funcionario para que el documento se ajuste a la voluntad del titular del acto y de ese modo protegerlo ante cualquier carga desproporcionada que no compadezca con la voluntad del titular del acto (Gutiérrez Prieto & García Ramos, 2020).

Falencias de la Ley 1996 de 2019

En este tercer y último acápite, lo que se pretende es hacer una crítica a la Ley 1996 de 2019 sobre las falencias que ésta presenta respecto a la libertad de las personas con capacidades múltiples cognitivas en la emisión de su consentimiento. Para ello, dicha crítica estará sustentada en el análisis y confrontación de la Sentencia C-025 de 2021 que versa sobre los pronunciamientos que la Corte Constitucional hace frente a las demandas de inconstitucionalidad D-13.575 y D-13.585 que reclaman la inconstitucionalidad de los artículos 6, 8, 19 y 53 (parciales) de la Ley 1996 de 2019 (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-025 de 2021).

Aunque la Corte Constitucional declara exequibles los artículos 19 y 53 que son el núcleo central de esta investigación, hubo intervenciones que votaron por la inexecutable de los artículos 19 y 53 a saber:

- El Instituto Nacional para Ciegos (INCI).
- El Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia

Así como, declaraciones en el anexo segundo de pruebas realizadas por:

- La Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia representada por la Dra. María Eugenia Toro Pérez, quien es especialista en neurología clínica.
- El abogado externo Mauricio García Herreros.

- El Dr. Leonardo Palacios Sánchez, especialista en neurología de la Universidad del Rosario

Que fundamentan desde criterios médicos y jurídicos la impertinencia de presumir como legalmente capaces a las personas con capacidades múltiples cognitivas y eliminar debido a ello, la interdicción como medida de protección cuando es evidente que, las personas con capacidades múltiples cognitivas no cuentan con las facultades apropiadas para manifestar su voluntad y llevar a cabo actos jurídicos. Reconociendo además que aunque, la Ley 1996 de 2019 es una ley audaz que visibiliza y dignifica el rol social de las personas con capacidades múltiples diferentes y supera por mucho al modelo médico de discapacidad desde un enfoque de derechos al priorizar la persona y no la condición médica que ésta presenta (Hernández, 2015), también es cierto que, en su afán por seguir los estándares internacionales propuestos por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, confundió la protección de las personas con capacidades múltiples diferentes con un acto de discriminación hacia las mismas (Cristancho Diaz, 2019). Motivo por el cual, no realizó ningún tipo de clasificación y distinción entre las personas con capacidades múltiples cognitivas y las personas con capacidades múltiples físicas al momento de presumir su capacidad negocial, argumentando en el inciso dos de su artículo 6 que “en ningún caso la existencia de una discapacidad podrá ser motivo para la restricción de la capacidad de ejercicio de una persona” (Ley 1996, 2019, art. 6, inc. 2). Olvidando que la clasificación de discapacidad que se ha realizado en los regímenes anteriores de capacidad nunca ha sido con el objeto de discriminar sino, con el fin de instaurar medidas de protección acordes con los impedimentos y necesidades de cada individuo. En tanto, según la Constitución Política de Colombia “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” (Constitución Política de Colombia, 1991, art 13 inc. 3). Parámetro que era seguido por la Ley 1306 de 2009, que pese a inscribirse en un modelo médico de discapacidad, con menor enfoque de derechos, sí tenía en cuenta la diferencia entre las capacidades múltiples diferentes y los lineamientos que con cada una debía seguir para el ejercicio de la capacidad negocial. Y ello, no significaba que fuera una ley que promoviera la discriminación ya que, independiente de la discapacidad que tuviera el individuo, éste siempre podría solicitar una revisión de la misma para que la medida de protección que le haya sido impuesta con el objeto de protegerlo a él y a su patrimonio le fuera levantada (Saavedra Bahamón & Sánchez Fino, 2015).

Las medidas de protección impuestas por los regímenes de capacidad anteriores tienen su fundamento en la imposibilidad que tiene un individuo para actuar por cuenta propia y hacerse responsable de sus acciones (Tamayo, 2008). Motivo por el cual, tanto ellos como su patrimonio corren riesgo por cuenta de su mal juicio. En este sentido, el ejercicio de la capacidad legal de una persona con capacidades múltiples físicas no entra en discusión siempre que, ésta pueda tomar decisiones deliberadas, es decir mediadas por la razón y dar a conocer su voluntad por cualquier medio o forma de comunicación, así no sea una convencional (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-983 de 2002). Pero, cuando se trata del ejercicio de la capacidad negocial de una persona con capacidades múltiples cognitivas, el asunto es diferente, toda vez que, en la mayoría de las ocasiones su juicio sí se ve afectado y aunque puedan elegir entre opciones de

manera instintiva, no podrán tomar decisiones deliberadas (Aristóteles, 1985) que es lo permite que una persona se determine como agente moral, es decir capaz de reconocer lo que está bien y lo que no, para poder responsabilizarse de sus acciones (Kant, 2012). A pesar de que el Comité de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad mediante la Observación General No 1 afirme que la capacidad legal no debe asimilarse a la capacidad mental de una persona en tanto que:

La capacidad jurídica es la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad legal) y de ejercer esos derechos y obligaciones (legitimación para actuar). Es la clave para acceder a una participación verdadera en la sociedad. La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-025 de 2021).

Sin embargo, este planteamiento no dista en absoluto de lo que en esta tesis se ha argumentado. Es claro que, la capacidad de goce, la capacidad de ejercicio y la capacidad mental son tres conceptos diferentes. En primer lugar, la capacidad de goce corresponde a un atributo de la personalidad que concibe a una persona como titular de derechos por el simple hecho de ser persona (Ospina Fernández & Ospina Acosta 2021). En segundo lugar, la capacidad de ejercicio que ha sido tema de discusión a lo largo de toda esta investigación corresponde como ya se ha mencionado en varias ocasiones a la facultad que tienen las personas mayores de edad para actuar por cuenta propia y hacerse responsables de sus acciones (Tamayo, 2008). En tercer lugar, la capacidad mental, que es la facultad que tiene un individuo para ejecutar sin complicaciones sus funciones mentales, no se reduce únicamente a la toma de decisiones, también tiene que ver con el estado de conciencia del sujeto, con su razonamiento, memoria, forma de adquirir conocimientos (Tresguerres, Ariznavarreta, Cachofeiro, Cardinali, Escrich, Gil, Lahera, Mora, Romano & Tamargo, 2005) y todas las demás funciones que fueron tema de desarrollo en el primer capítulo de esta monografía de investigación.

Es pues evidente la diferencia conceptual de cada uno de estos conceptos, no obstante también es un hecho notable la interdependencia entre capacidad de ejercicio y capacidad mental, pues ya que, para que una persona pueda obligarse por sí misma sin interpuesta persona debe poder reconocer las ventajas y desventajas de la decisión que está próxima a tomar a fin de que pueda responsabilizarse por la misma (García, J. 1977) y ello, sólo es posible cuando las facultades mentales que se vinculan con globales y las funciones mentales específicas que se relacionan con el estado de conciencia, deliberación y razonamiento se encuentran en óptimas condiciones (Tresguerres, Ariznavarreta, Cachofeiro, Cardinali, Escrich, Gil, Lahera, Mora, Romano & Tamargo, 2005).

Aun así, el Comité de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad es reiterativo al destacar que, a pesar de que una persona no tenga la facultad racional para tomar decisiones por cuenta de una condición médica certificada ello, no es motivo suficiente para privarla del ejercicio de su capacidad negocial, por cuanto:

El criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el

funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-025 de 2021).

El primer argumento que brinda el Comité muestra nuevamente la confusión entre protección y acto de discriminación en tanto que, supone que la aplicación de medidas de protección a las personas con capacidades múltiples cognitivas es una forma de privarlas de su autonomía y de la libertad de tomar las riendas de su proyecto de vida, por el simple hecho de tener una condición médica que le impide deliberar sobre sus actos de la misma manera que una persona que no posea tal condición (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-025 de 2021) cuando la verdadera razón es que, siguiendo el deber del Estado de proteger a las minorías en estado de vulnerabilidad por cuenta de una condición mental (Constitución Política de Colombia, 1991, art 13) se establecen instrumentos legales que restringen la capacidad comercial de las personas con capacidades múltiples cognitivas en casos excepcionales cuando el estado de su conciencia impida la manifestación de su voluntad por todos medios, como es el caso del estado vegetativo o de inconciencia total, donde la limitación del derecho de la capacidad legal es una herramienta de protección necesaria para salvaguardar su integridad y su patrimonio (Cristancho Diaz, 2019).

Por tal razón, la presunción de derecho que hace la Ley 1996 de 2019 respecto a la capacidad de ejercicio, en cuanto no admite que la misma sea desvirtuada bajo ninguna circunstancia, amerita ser replanteada, ya que, existen casos como los anteriormente mencionados donde ni siquiera por medio, de un apoyo la persona en transe o estado vegetativo va a poder manifestar su voluntad (Tresguerres, Ariznavarreta, Cachofeiro, Cardinali, Escrich, Gil, Lahera, Mora, Romano & Tamargo, 2005). Razón por la cual, la voluntad que emane no va a ser la del titular del acto, sino la de su apoyo o representante. Teniendo en cuenta que, como bien lo afirma la Dra. María Eugenia Toro Pérez, especialista en neurología en la Facultad de medicina de la Universidad de Antioquia:

No se puede suponer que todas las personas con discapacidad cognitiva general cuenten con el nivel de razonamiento suficiente para comprender todos los actos jurídicos en los que participan, por lo tanto en cada caso debe evaluarse de forma individual y concienzudamente la capacidad de razonamiento, autodeterminación, previsión de consecuencias, pensamiento crítico, argumentación, interpretación, capacidad de comunicación, razonamiento y empleo adecuado y flexible de los propios recursos cognitivos, determinando la necesidad de apoyos y/o salvaguardias que protejan al individuo de vulneración de sus derechos (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-025 de 2021).

Puede que, en algunos casos, este individuo de capacidades múltiples cognitivas no presente una afectación severa o grave en su razonamiento, autodeterminación, previsión de consecuencias, pensamiento crítico, argumentación, interpretación, capacidad de comunicación, razonamiento y empleo adecuado y flexible de los propios recursos cognitivos etc. (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-025 de 2021) que le impida dar a conocer su voluntad por medio de su apoyo o representante. Pero cabe también la posibilidad de que, el individuo en cuestión tenga su estado de conciencia tan afectado que, en ninguna circunstancia pueda manifestar su voluntad, lo que implica que, la libertad en la emisión de su consentimiento va a estar completamente determinada por el criterio del apoyo, en otras palabras, la voluntad del apoyo sustituiría a la voluntad del titular del acto. Hecho que no se aprueba en la Ley 1996 de

2019, puesto que, según el principio de la primacía de la voluntad y preferencias de la persona titular del acto, el apoyo no debe en ningún caso sustituir la voluntad del titular del acto, aun cuando no sea posible comprender cuál es la voluntad y cuáles las preferencias de la persona mayor de edad con capacidades múltiples cognitivas (Ley 1996 de 2019, art. 4). Toda vez que para eso está, el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, el cual tendrá en cuenta la trayectoria de vida de la persona titular del apoyo, así como las manifestaciones previas de su voluntad, junto con sus 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 (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-025 de 2021). Lo que convierte a este criterio de la mejor interpretación de la voluntad en un mecanismo bastante abstracto, fluctuante y tendiente al error, ya que, no siempre los apoyos adjudicados son personas tan allegadas al titular del acto y aunque lo fueran, no habría forma de que con certeza pudieran interpretar la voluntad de una persona con capacidades múltiples cognitivas severas del estado de conciencia, como lo es el estado de coma, a menos claro está de que el titular previamente a su estado haya dejado una directiva anticipada.

Pero en tanto; es el apoyo o representante quien se encarga de establecer ese criterio, la libertad en la emisión del consentimiento se halla en manos del apoyo más no del titular, aun cuando se ponga en marcha dicho criterio, ya que el consentimiento depende tanto del factor interno como del factor externo de la voluntad, es decir que para que haya consentimiento es necesario que converja tanto la facultad psíquica de una persona, la cual se encuentra mediada por la inteligencia y encaminada por la intención de realizar o no un determinado acto (Tolosa, 2018 b, p. 43) como el modo en que la persona titular del apoyo da a conocer su intencionalidad, su querer respecto al acto jurídico (Garcés Vásquez, 2017). Pues solo de ese modo, cuando se da a conocer públicamente la intencionalidad del individuo es que se habla de la libertad en la emisión del consentimiento. Ya que; el consentimiento entendido, como la declaración de la voluntad tendiente a producir efectos jurídicos (Ospina Fernández & Ospina Acosta 2021) debe, en primer lugar, ser antecedido por un querer o intencionalidad que esté mediado por la razón y en segundo lugar por la publicidad del mismo bajo cualquier medio de comunicación (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-983 de 2002). Razón por la cual, si una persona con capacidades múltiples cognitivas no puede discernir y deliberar medianamente sobre sus actos, no hay forma de que la emisión de su consentimiento sea libre. Esto desde el análisis de una perspectiva científica como lo es la neurociencia y del estudio de una perspectiva filosófica a partir de los pronunciamientos de Kant y Tugendhat, esbozados respectivamente en el capítulo primero y segundo de esta investigación.

CONCLUSIONES

- Aunque el modelo social de discapacidad que trae la Ley 1996 de 2019 es más inclusivo que los modelos anteriores, sigue quedándose atrás en el reconocimiento de la diversidad de las personas en condición de discapacidad a través del lenguaje. Pues continúa haciendo hincapié en la deficiencia en que se encuentra la persona y no en la diversidad de la misma. De ahí, la propuesta de esta investigación de referirse a ellas como personas con capacidades múltiples diferentes y no como personas en condición de discapacidad.
- Las capacidades múltiples diferentes pueden clasificarse de manera general en capacidades múltiples físicas y capacidades múltiples cognitivas. La diferencia entre ambas a luz de la presunción de capacidad legal es fundamental toda vez que, las capacidades múltiples físicas no afectan el desarrollo y operatividad de las facultades mentales que son las que permiten que un individuo pueda razonar, deliberar y discernir sobre los eventos que ocurren a su alrededor. Pero las capacidades múltiples cognitivas sí, por ende, no es lo mismo que una persona que pueda obligarse por sí misma sin interpuesta persona y discierne sobre sus decisiones de a entender la declaración de su voluntad por medio de la asistencia de un apoyo, a que una persona que debido a la severidad de sus capacidades múltiples cognitivas se encuentre impedida no solo para comunicar su decisión sino también, para comprender el contexto, contenido y consecuencias del rechazo o aprobación de un acto jurídico del que tampoco, va a poder hacerse responsable debido a que sus facultades mentales no son suficientes para ser un agente moral, capaz de discernir entre lo bueno y lo malo.
- Tanto la capacidad legal como la voluntad y el discernimiento son elementos que se encuentran intrínsecamente relacionados, en la medida en que; el poder obligarse y ser obligado, como exigencia de validez del acto jurídico requiere, que una persona pueda estar en condición de autodeterminarse y responder por su obrar, en otras palabras que pueda decidir libremente cómo actuar y asumir las consecuencias de sus decisiones, hecho que solo ocurre cuando el sujeto es capaz de discernir y deliberar sobre sus decisiones. Así mismo, la voluntad de un individuo requiere que haya sido producto de una actividad psíquica donde el deseo e intención del individuo se encuentre mediado por la razón, ya que de lo contrario no sería un acto voluntario sino, instintivo. Por ende, la decisión del legislador de hacer una presunción de derecho respecto a la capacidad legal de las personas no tiene un fundamento a parte del de adaptar la normativa colombiana a los planteamientos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Ya que; es evidente que tal presunción podría desvirtuarse fácilmente con una evaluación neurológica o psiquiátrica que demuestre que el titular de la acción se halla impedido cognitivamente para tomar decisiones y manifestar su voluntad deliberadamente.

- A pesar de la audacia de la Ley 1996 de 2019, es pertinente la realización de ciertas modificaciones dirigidas a cambiar la presunción de derecho de la capacidad legal de las personas mayores de edad con capacidades múltiples cognitivas por una presunción legal que permita desvirtuar dicha presunción en los casos extremos donde de ningún modo el individuo va a poder emanar su voluntad y darla a conocer con certeza. De igual forma, es necesario que la Ley 1996 de 2019 elimine el criterio de interpretación de la mejor voluntad en los casos donde no sea posible establecerla, toda vez que la voluntad que se tiene en cuenta no es la del titular del acto sino, la del apoyo. Por lo que, resulta acertado además, reconsiderar la implementación de la interdicción como medida en los casos extremos de capacidad múltiple cognitiva, ya que es evidente que no hay manera de que una persona en estado de coma o vegetativo pueda manifestar su voluntad.

- La interdicción como medida de protección, impedirá que bajo el nombre de la persona con capacidades múltiples cognitivas extremas se lleven a cabo actos jurídicos a través de un apoyo o cualquier otro representante hasta tanto, el titular del acto no recupere su estado de conciencia. Puesto que, no es lo mismo que un apoyo interprete la voluntad de una persona que no puede comunicarse de forma oral u escrita, sino que lo haga por clave morse, pintura, señas o símbolos, donde tendría una base objetiva para determinar la voluntad del titular que, cuando éste se haya completamente inconsciente y su voluntad debe ser casi que adivinada ya que, no es suficiente el pedir concepto a la familia del titular sobre determinado acto o ver sus decisiones pasadas sobre temas relacionados porque, diferenciar las consideraciones sobre lo que los familiares piensan que haría el titular y lo que ellos creen que debería hacer es una línea muy delgada que ni siguiera un especialista en psicología o psiquiatría podría determinar sin haber conocido a profundidad al titular y ello, no lo va a conseguir en un par de meses o años.

BIBLIOGRAFÍA

- Aristóteles. (1985) *Ética Nicomáquea-Ética Eudemia*. (Traducción: Julio Pallí Bonet). Editorial Gredos. Madrid.
- Ballesteros Garrido, J.A. (1999). *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía de la voluntad*. (Tesis de doctorado). Universidad de Oviedo, España.
- Barnett, R. (2004). *Una teoría del consentimiento contractual*. *THEMIS Revista De Derecho*, (49), 47-79. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8568>
- Beltrán, J & Campos, H. (2009). *Breves apuntes sobre los presupuestos y elementos del negocio jurídico*. *Derecho & Sociedad*, (32) 198-211.
- Benavides, Á. (2015). *Capacidad jurídica: una reflexión necesaria a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. *Anuario de derechos humanos*, (11).
- Betancur Aguilar, J. (2020). *El cambio de paradigma de la Ley 1996 de 2019 y sus retos jurídicos*. (Trabajo de grado). Universidad Eafit, Medellín, Colombia.
- Bonilla, J. (2019). *Los Paradigmas y modelos sobre la discapacidad: evolución histórica e implicaciones educativas*. *Paradigma: Revista De Investigación Educativa*, 26. (42), 75-89. <https://doi.org/10.5377/paradigma.v26i42.9019>.
- Caprile Biermann, B. (2007). *El objeto de los actos jurídicos*. Bogotá, Legis.
- Cárdenas Krenz, R. (2015). *Acerca de la importancia del principio de autonomía de la voluntad y sus límites en el ordenamiento jurídico*. *Revista VOX JURIS*, Lima, 29. (1) 103-131.
- Cerra, E. (2017). *De la autonomía de la voluntad: noción, limitaciones y vigencia*. *Revista Universidad libre*, 14 (29), 179-190.
- Congreso de Colombia. (12 de noviembre de 1932). *Sobre reformas civiles. Régimen Patrimonial en el Matrimonio*. [Ley 28 de 1932]. Do: 22139.
- Congreso de Colombia. (26 de agosto de 2019). *Ley para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad*. [Ley 1996 de 2019]. Do: 51.057

Congreso de Colombia. (5 de noviembre de 2020). *Decreto por el cual se reglamentan los artículos 16, 17 y 22 de la Ley 1996 de 2019 y de adiciona el Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho*. [Decreto 1429 de 2020]. Do: 51489.

Constitución Política de Colombia [C.P]. (1991). (45^a ed.). Legis.

Corte Constitucional (13, noviembre,2002). *Sentencia C-983/02*. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 62, 432 y 1504 (parciales) del Código Civil. REF. Expediente D-4141.

Corte Constitucional (10, junio, 2003). *Sentencia C-478/03*. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 140 numeral 3, 545, 554,560 (parciales) del Código Civil. REF. Expediente D-4324.

Corte Constitucional de Colombia (21, enero, 2015). *Sentencia C-021/15*. Capacidad jurídica de las personas con discapacidad. REF. Expediente D-10328. Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional de Colombia (24, mayo, 2017). *Sentencia C-345/17*. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1741 y 1743 (parcial) del Código Civil y el artículo 900 (parcial) del Código de Comercio. REF. Expediente D-11758. Magistrado Ponente Dr. Alejandro Linares Cantillo.

Corte Constitucional de Colombia (5, febrero, 2021). *Sentencia C-025/21*. Demandas de inconstitucionalidad contra los artículos 6, 8, 19 y 53 (parciales) de 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". REF. Expedientes acumulados D-13575 y D13585. Magistrada Sustanciadora Dr. Cristina Pardo Schlesinger.

Cristancho Diaz, J. (2019). *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad: ¿Derecho fundamental absoluto?* Revista chilena de derecho y ciencias políticas, 31–56.

Cruz, J. (2015). Concepto de derechos. Fabra, J & Núñez, Á. *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*. (1503-1520) México: UNAM.

Cubides Camacho, J. & Prada Márquez, Y. (2011). *Eficacia del acto jurídico: visión unificada en los ordenamientos civil y comercial*. Revista de Derecho Privado, 1-62.

<https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/47498/eficacia-del-acto-juridico.pdf?sequence=1>

Enríquez Canto, Y. (2018). *Estatus personal en la discapacidad intelectual: considerando las capacidades cognitivas*. Revista Latinoamericana de Bioética, 18(35-2), 226-241.

Enríquez Maya, C. (8 de mayo de 2019 a). Informe de ponencia para primer debate del Proyecto de ley número 236 de 2019 Senado, 027 de 2017 Cámara, por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad...18. *Gaceta del Congreso*. <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado>

Enríquez Maya, C. (7 de junio de 2019 b). Informe de ponencia para segundo debate texto propuesto texto aprobado del proyecto de ley número 236 de 2019 Senado, 027 de 2017 Cámara, por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad...18. *Gaceta del Congreso*. <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/senado>

Fernández de Buján, A. (2016). *Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación Judicial de la Capacidad*. Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, (23). <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5992>

Fernández, J., Fernández, M., Geoffrey, R., Stucki, G. & Cieza, A. (2009). Revista Española de Salud Pública. *Funcionamiento y Discapacidad: La Clasificación Internacional del Funcionamiento (CIF)*. 83. (6) 775.-783. <https://scielo.isciii.es/pdf/resp/v83n6/colaboracion1.pdf>

Garcés Vásquez, P. A. (2014). *El consentimiento: su formación y sus vicios*. Envigado, Colombia: Institución Universitaria de Envigado. <https://www.iue.edu.co/portal/documentos/fondo-editorial/ElConsentimiento-Suformacionyvicio.pdf>

Garcés Vásquez, P. A. (2017). *Teoría del negocio jurídico*. Medellín, Colombia: Ediciones UNAULA.

García, J. (1977). *Entendimiento y voluntad en el acto de la elección*. Anuario Filosófico, 10 (2), pp. 93-114

- Góngora Torres, C. (2005). *La aplicación de la teoría de la inexistencia en el derecho privado y público*. (Trabajo de grado). Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.
- González, B y León, A. (2013). *Procesos cognitivos de la prescripción curricular a la praxis educativa*. Revista de teoría y didáctica de las ciencias sociales. Mérida – Venezuela, 49-67.
- Guarilia, O. (1997). *La Ética en Aristóteles o la Moral de la virtud*. Eudeba S.E.M. Buenos Aires.
- Hernández Ríos, M. (2015). *El concepto de discapacidad: De la enfermedad al enfoque de derechos*. Revista Ces de Derecho, 46-59.
- Hernández Ramos, S. (2020). *Capacidad en situación de discapacidad: análisis de la ley 1996 de 2019*. Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos, 4 (1), pp. 60-82.
- Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática (INEGI). (s/f). *Clasificación de tipo de discapacidad-histórica*.
https://www.inegi.org.mx/contenidos/clasificadoresycatalogos/doc/clasificacion_de_tipo_de_discapacidad.pdf.
- Kant, I. (2012). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. 2ª ed. Alianza: Madrid.
- Ley 57 de 1887. *Código Civil Colombiano*. Sobre la adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. Legis (2019).
- Ley 1306 de 2009. *Por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados*. Aprobada por el Congreso de la República de Colombia. (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. Bogotá D.C. Congreso de Colombia. (31 de julio de 2009).
Diario Oficial No 47.427.
- Observatorio Nacional de Discapacidad, Ministerio de Salud., 2018. *Boletín 9*. Bogotá: Juan Pablo Corredor, Clemencia Nieto Alzate, Anita Yandun Reina., pp.1-9.

- OMS. *Informe mundial sobre la discapacidad.*, (2001a) Carlos Egea García & Alicia Sarabia Sánchez., pp. 15-30.
- OMS. *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud.*, (2001b). Recuperado <https://www.imsero.es/InterPresent2/groups/imsero/documents/binario/435cif.pdf>
- ONU. *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.* , (2006).
- Ospina Fernández, G. & Ospina Acosta, E. (2021). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico.* 7a ed. Bogotá-Colombia: Temis.
- Ospina Ramírez, M. A. (2017). *El reconocimiento de la capacidad jurídica dentro de un contexto de igualdad. Alcance de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.* (Tesis de doctorado, Universidad Carlos III de Madrid). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=153214>
- Parra Benítez, J. (2011). *El nuevo régimen de incapaces en el derecho colombiano: Ley 1306 de 2009.* 1ª ed. Bogotá. Grupo Editorial Ibañez.
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.* <https://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Elmodelosocialdediscapacidad.pdf>
- Pérez, M. E. y Chhabra, G. (2019). *Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas.* Revista Española de Discapacidad. 7-27.
- Pérez, S. (2020). *Prejuicios, lenguaje y discapacidad: notas en torno a la terminología antigua y moderna relativa a las personas con discapacidad.* Cultura, Lenguaje y Representación. 47-63. <http://www.e-revistas.uji.es/index.php/clr/article/view/4108>
- Peters, J. (2020). *Nuevo régimen de capacidad legal en Colombia (ley 1996 de 2019): la problemática de la presunción de capacidad y de la exigibilidad y cumplimiento de las obligaciones alimentarias derivadas de las relaciones de familia a las personas en situación*

de discapacidad. Revista estudiantil de derecho privado. Universidad Externado de Colombia. 1-26. <https://red.uexternado.edu.co/nuevo-regimen-de-capacidad-legal-en-colombia-ley-1996-de-2019-la-problematika-de-la-presuncion-de-capacidad-y-de-la-exigibilidad-y-cumplimiento-de-las-obligaciones-alimentarias-derivadas-de-las-rel>

- Pinochet Olave, R. & Delgado Castro, J. (2021). *La teoría de la declaración de voluntad en el negocio jurídico*. Revista de derecho (Coquimbo. En línea). 1-30.
- Porxas Roig, M. Àngels. (2018). *Un análisis del impacto del derecho en las personas con un diagnóstico psiquiátrico: la capacidad jurídica y el sujeto de derechos reinterpretados a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Revista de derecho político. 355-379
- Rapp, C. (2008). *Voluntariedad, decisión y responsabilidad* (J. A. L. de Mesa, Trad.). Estudios filosóficos Universidad de Antioquia, 221–243.
- Real Academia Española. (s.f.). Cultura. En Diccionario de la lengua española. <https://dle.rae.es/discapacidad?m=form>
- Restrepo de Guzmán, M. (1988). *La voluntad o el desbordamiento del ser*, una lectura desde la Ética a Nicómaco. Universitas Philosophica, Bogotá.
- Restrepo Piedrahita, C. (1995). *Constituciones Políticas Nacionales de Colombia*. 2ª ed. Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- Romero Huamani, R. (2014). *Teoría de la libertad de elección: aplicación en la praxis ética*. Quipukamayoc Revista de la Facultad de Ciencias Contables, 169–177
- Saavedra Bahamón, J. & Sánchez Fino, A. (2015). *Modificaciones de la ley 1306 de 2009 al régimen colombiano de discapacidad jurídica. Aspectos sustantivos*. (Trabajo de grado, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.
- Tamayo, A. (2008). *Manual de obligaciones*. 7ª ed. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley.
- Tolosa, L. A (2018 a). *Capacidad de ejercicio*. Revista Gaceta Jurisprudencial, UniAcademia Leyer. 35-40
- Tolosa, L.A (2018 b). *Capacidad y voluntad en los actos o negocios jurídicos*. Revista Gaceta Jurisprudencial, UniAcademia Leyer. 40-47.

- Tresguerres, J., Ariznavarreta, C., Cachofeiro, V., Cardinali, D., Escrich, E., Gil, P., Lahera, J., Mora, F., Romano, M. & Tamargo, J. (2005). *Fisiología Humana*. Ed. España: McGraw-Hill Interamericana. <http://www.untumbes.edu.pe/bmedicina/libros/Libros10/libro123.pdf>
- Tugendhat, E. (1997). *Lecciones de ética*. España: Gedisa.
- Tugendhat, E. (2006). *El problema de la voluntad libre*. Estudios filosóficos Universidad de Antioquia, 245–254.
- Valencia, L. (2014). *Breve historia de las personas con discapacidad. De la opresión a la lucha por sus derechos*. Editorial Académica Española. <https://rebellion.org/docs/192745.pdf>
- Valencia Zea, A & Ortiz Monsalve, A. (2016). *Derecho Civil parte general y personas* (18. a ed.). Editorial Temis.
- Vallejo Jiménez, G., Hernández Ríos, M., & Posso Ramírez, A. (2017). *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos*. Revista CES Derecho., 8 (1), pp. 3 -21. <http://doi.dx.doi.org/10.21615/cesder>
- Vargas, M. C. (2012). *Miradas epistemológicas desde distintas perspectivas teóricas sobre la discapacidad*. Revista Electrónica Educare, 145–155.
- Vásquez, S. M. (2009). *Motivación y Voluntad*. Revista de Psicología de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 185–212.
- Vehmas, S. (2004). *Análisis ético del concepto de discapacidad*. Revista española sobre discapacidad intelectual, 50–68.
- Velarde, V. (2012). *Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico*. Revista Empresa y Humanismo, 15 (1) 115-136.
- Verdugo, M. & Schalock. R. (2010). *Últimos avances en el enfoque y concepción de las personas con discapacidad intelectual*. Revista española sobre discapacidad intelectual., pg. 7–21.
- Villegas Muñoz, A (2016). *Notas sobre teoría del negocio jurídico*. Biblioteca Jurídica Diké.

