

## ***¿Cuáles son los obstáculos para el cumplimiento de la Tutela Judicial Efectiva y los principios convencionales en el Proceso Verbal Sumario de adjudicación de apoyos en Colombia?***

Por Karol Johanna Vargas Méndez<sup>1</sup>

### **I. Introducción**

A lo largo de la historia, las personas con discapacidad han sido relegadas social, económica, cultural y legalmente. En sus inicios, la discriminación fue direccionada por las creencias religiosas imperantes que asumían esta condición como una mortificación divina merecida, fundamentando así, la exclusión jurídica de una persona.

Con la llegada del siglo XX, la ley cambió a una perspectiva de tipo médico, la cual, enunciaba que la discapacidad era producto de una enfermedad o trauma. En consecuencia, el derecho debía tratar con restricción de capacidad a la persona que la padecía y solo rehabilitando la limitación, se podría conceder voz al discapacitado.<sup>2</sup>

La evolución científica, psicológica, social y cultura, develó una carga injusta para los cuerpos en diversidad que los hace objeto de discriminación; debido al enfoque diferencial preconcebido en la comunidad:

Hoy los excluidos, los marginados, los pobres extremos, los débiles, las víctimas de diversas formas de violencia, los discriminados racial y socialmente y la mayoría de las personas con discapacidad, forman parte del subsuelo de la Patria. En rigor siempre

---

<sup>1</sup> Este intitulo hace parte del requisito de grado de la Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia.

<sup>2</sup> El Congreso de Colombia, *Proyecto de Ley número 027 de 2017: Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad*, en Gaceta del Congreso N°613, 2017. Disponible en: [http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2017/gaceta\\_613.pdf](http://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/Textos%20Radicados/Ponencias/2017/gaceta_613.pdf)

lo fueron. Simplemente recién ahora, a principios del siglo XXI podemos percibir estos hechos como una injusticia incompatible con la dignidad humana<sup>3</sup>.

En este nuevo enfoque socio jurídico, se advierte que la discapacidad está integrada por dos elementos: el primero de ellos, lo compone un sujeto que presenta deficiencias funcionales o estructurales en su cuerpo, limitaciones en la realización de actividades, y/o limitaciones en la participación de una situación vital; el segundo, está dado por la respuesta negativa de la sociedad a esa diferencia, que al imponer barreras comunicativas, actitudinales, físicas, restrictivas, entre otras, que generan las limitaciones a la capacidad del individuo. Lo anterior, descrito por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de Salud (OPS), en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)<sup>4</sup>.

Entendiendo el cambio de perspectiva, ahora la ley debe responder a las garantías de las personas con discapacidad desde la figura de la inclusión, brindando mecanismos judiciales efectivos que permitan superar los obstáculos que impiden satisfacer las necesidades de la persona como ser humano integral y componente útil para la sociedad, como lo desarrolla la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

A raíz de ello, en diferentes pactos la comunidad internacional buscó proteger esa garantía, sin que se condensara en una sola entidad jurídica hasta el año 2007, cuando las Naciones Unidas emitieron la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Por su parte, el Estado Colombiano, fue uno de los países que se adhirió a la CDPD, comprometiéndose a cumplir con los principios allí fijados, y en consecuencia, en aplicación al bloque de constitucionalidad que contempla

---

<sup>3</sup> EROLES, Carlos & FIAMBERTI, *Los derechos de las personas con discapacidad*. Espacio Editorial. 2002, Buenos Aires, p, 5.

<sup>4</sup> JIMÉNEZ, Teresa., GONZÁLEZ, Paulino., & MARTÍN, José, *La clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud (CIF) 2001*, en *Revista española de salud pública*, 76, 271-279. 2002, Obtenido de: <https://www.scielosp.org/article/resp/2002.v76n4/271-279/es/>

el artículo 93 de la Carta Magna<sup>5</sup>, se incorporó la convención a la normatividad interna mediante la ley 1346 de 2009<sup>6</sup>; la cual tuvo desarrollo en la legislación 1306 de 2009<sup>7</sup> que en su momento modificó la concepción de discapacidad, protegiendo e incluyendo a este grupo de personas al andamiaje social. No obstante, las figuras contenidas en la norma continuaban acudiendo a un modelo rehabilitador, pues, designaban en terceros (curadores) la responsabilidad de decidir en nombre de sus pupilos; lo que quebrantaba la máxima de autodeterminación que instituye la CDPD; condición que imperó por casi una década en Colombia, en contravía de las obligaciones internacionales adquiridas y los principios incluidos en la legislación doméstica.

Lo anterior, reclamaba un cambio normativo urgente, en el que cumpliera los preceptos de la CDPD, para otorgar autonomía en la toma de decisiones, contar con procedimientos y leyes no discriminatorias, inclusión participativa en la comunidad de las personas con discapacidad. Para ello, el Estado Colombiano expidió la ley 1996 de 2019<sup>8</sup> que modificó sustancialmente el paradigma jurídico - social imperante, asignando capacidad legal a las personas mayores de edad con discapacidad.

---

<sup>5</sup> Artículo 93, Constitución Política de Colombia de 1991: *Los tratados convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.* Disponible en: <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Colombia/Leyes/constitucion.pdf>

<sup>6</sup> Ley 1346 de 2009, *El Congreso de Colombia: 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. Disponible en: [https://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013\\_html/Normas/Ley\\_1346\\_2009.pdf](https://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Ley_1346_2009.pdf)

<sup>7</sup> Ley 1306 de 2009, *El congreso de Colombia: 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.* Disponible en: <http://www.suin-juriscal.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1677056>

<sup>8</sup> Ley 1996 de 2019, *El congreso de Colombia: "Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad".* Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=99712>

La ley debe responder a las garantías, desde la figura de inclusión, brindando mecanismos judiciales efectivos que permitan superar los obstáculos sociales impuestos a las personas con deficiencias físicas, psíquicas, sensoriales y mentales. De ahí que la Administración de Justicia, en cabeza de los jueces, tenga una ardua tarea para salvaguardar y satisfacer las necesidades de las personas con discapacidad, puesto que tiene un papel protagónico que reclama la constitucionalización del derecho interno.

El Estado colombiano en cumplimiento de las obligaciones adquiridas al integrar la lista de países que ratificaron la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, promulgó el 26 de agosto de 2019, la ley 1996, en la que en su articulado presume la capacidad legal de todas las personas con discapacidad y prohíbe el proceso de interdicción o inhabilitación que regía hasta el momento.

A lo largo del articulado, la ley 1996 de 2019 desarrolla la capacidad legal de las personas con discapacidad a través de tres mecanismos que son: directivas anticipadas, el acuerdo de apoyos y el proceso de adjudicación judicial de apoyos. Este último, lo subdivide en proceso de jurisdicción voluntario o declarativo verbal sumario, dependiendo de quién active la jurisdicción ordinaria.

A partir del anterior contexto, la pregunta problema a analizar es ¿cuáles son los obstáculos para el cumplimiento de la Tutela Judicial Efectiva y los principios convencionales en el Proceso Verbal Sumario de adjudicación de apoyos en Colombia?

En concordancia con lo anterior en el presente documento se desarrollará el objetivo general consistente en analizar cuáles son los obstáculos para el cumplimiento de la Tutela Judicial Efectiva y los principios convencionales en el Proceso Verbal Sumario de adjudicación de apoyos en Colombia. Para ello, inicialmente se describirán desde la doctrina, la normatividad y la jurisprudencia las nociones de tutela judicial

efectiva y convencionalidad. Posteriormente, se examinarán los requisitos fijados en la ley para la demanda del proceso verbal sumario de adjudicación de apoyos, luego se identificará si los conceptos que debe contener la valoración de apoyos resultan suficientes para que el juez adopte una medida adecuada en favor de las personas con diferencias cognitivas, sensoriales, físicas o psíquicas que garantice el goce de su capacidad legal en igualdad de condiciones, y por último, se estimará los efectos o alcance de la prohibición fijada en el literal a No. 8 del artículo 38 de la ley 1996.

Para este menester se ha decidido plantear una investigación de tipo jurídico con un enfoque cualitativo y una metodología desde “La Acción Comunicativa” de Habermas, teniendo en cuenta sus tres esferas: el mundo objetivo reservado a la ciencia, que en este caso sería el derecho donde se elaboran enunciados como verdaderos, como lo sería la ley 1996 de 2019; el mundo social, donde se combinan las relaciones interpersonales de las personas con discapacidad, que estarían regulas por el Estado y los tratados internacionales como la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Tercero, el mundo subjetivo, donde se encuentra el lenguaje y lo simbólico. Este el último cuestiona la capacidad del Estado de nombrar intérpretes eficaces para la representación de los quereres de las personas con discapacidad que requieren apoyos. De igual forma dado por relaciones intersubjetivas. De los tres mundos anteriores, aparece la categoría del “mundo de la vida”. El cual, es interpretado, desde patrones culturales y lingüísticos:

Para Habermas, la acción comunicativa es toda acción social que está orientada al entendimiento. Si la acción no es social y está orientada al éxito, se trata de una acción instrumental. La acción comunicativa actúa sobre todas las funciones del lenguaje, su objetivo es el entendimiento e influye sobre los tres mundos (físico, intersubjetivo y objetivo-colectivo). El término “entendimiento” (Verständigung) se debe

interpretar en el sentido de haber comprendido lo dicho, no tanto como en el de estar de acuerdo con lo dicho<sup>9</sup>.

He aquí la posibilidad del entendimiento de esta norma por parte de las personas con discapacidad, de los alcances del proceso verbal sumario de adjudicación de apoyos judiciales de la ley 1996 de 2019, en consecuencia, a una posible transgresión al acceso a la justicia en condiciones de igualdad, proporcionalidad, celeridad y resolución efectiva de conflictos de las personas con discapacidad, conforme a la tutela judicial efectiva.

Aquí aparecería el método sociológico de análisis de los aspectos jurídicos basados en fuentes formales; en cuanto, que si estas no pueden dar solución a las problemáticas de personas con discapacidad, el que interpreta la ley deberá elaborar el principio que satisfaga la función de la realidad social complementando la norma<sup>10</sup>.

De lo anterior, se podrá concluir si existen o no incongruencias dentro del proceso verbal sumario de adjudicación de apoyos solicitados por terceros que representen obstáculos para el cumplimiento de la Tutela Judicial Efectiva y los principios convencionales en el mismo.

## II. Tutela judicial efectiva

En la naturaleza del ser humano está imponerse y conquistar, sometiendo a los más débiles para su beneficio, sin embargo, una de las formas que ha encontrado la civilización para evitar la esclavitud y las guerras, es el concepto de Estado, el cual, protege a todos sus asociados, y a cambio restringe parte de sus libertades para conseguir una armónica convivencia, tal como lo menciona el maestro Carnelutti, “el derecho nace

---

<sup>9</sup> TEITELBAUM, Alejandro, *Habermas y su teoría de la acción comunicativa*. 2016, p, 452. Recuperado el 10 de febrero de 2021 de <https://www.alainet.org/es/articulo/178238>

<sup>10</sup> GARCÍA, Dora. *La Metodología de la Investigación Jurídica en el Siglo XXI*, En Metodologías de la Enseñanza e Investigación Jurídicas, 2015, p, 425, Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3983/24.pdf>

para que muera la guerra”<sup>11</sup>. Es por ello, que cuando se presentan dificultades entre los connacionales, ese ente abstracto, interviene para solucionar los conflictos, a través del denominado poder jurisdiccional que procura conservar el orden con justicia, y de allí, puede decirse, que se gesta el concepto de tutela judicial efectiva. Lo anterior enmarcado en un mundo objetivo que en relación con el mundo social con el fin de pautar esas necesidades intersubjetivas de los sujetos que en este caso son personas con discapacidad que no se pueden expresar.

## 1. Doctrina

Desde el punto de vista doctrinal, existen varios actores que participan en la consecución de la tutela judicial efectiva, y cada uno de ellos tiene deberes específicos que son necesarios para efectividad de este derecho, entre los autores se destaca a Gerardo Ruiz y María José Carazo Liébana<sup>12</sup>, quien afirma que este bien jurídico puede entenderse como una fórmula aplicada por los jueces y tribunales, para que algunas garantías procesales se prioricen en los procedimientos de la Administración de Justicia, dando paso a mecanismos diferentes a los normalmente utilizados en el derecho procesal para proteger los intereses legítimos de las personas.

El elemento presentado por el autor permite observar la gran responsabilidad de los operadores de justicia, quienes tienen asignado un papel protagónico en el orden social; porque, detentan una posición de garante que les impone el deber de analizar las situaciones particulares que son puestas en sus manos, más allá de la simple literalidad de la norma para responder al ideal de justicia, que se refleja en las decisiones judiciales. Lo que asigna a los funcionarios, la obligación de interpretar los

---

<sup>11</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Clásicos Jurídicos 1: cómo se hace un proceso*, Editorial Juris, s.f. 1996.

<sup>12</sup> RUIZ, Gerardo & CARAZO, María, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Editorial Tirant lo Blanch, 2013, Valencia – España.

lineamientos del legislador con amplitud y dinamismo, en procura de atribuir legitimación a quien solicita la intervención de la Administración de Justicia.

De ahí la importancia que la motivación de los pronunciamientos se encuentre sujeta a los derechos, valores y principios consagrados tanto en el bloque de constitucionalidad como en la supremacía constitucional. Confluyendo los mundos: el objetivo, el social y el subjetivo; los jueces sirviendo de voceros, sentenciadores e intermediarios para que ese mundo de la vida se ajuste a las pretensiones del universo subjetivo en dialogo con lo objetivo dentro del mundo social de la pauta.

Entonces, resulta claro que el papel del Juez es de vital importancia para la implementación del derecho a la tutela judicial efectiva con la interpretación teleológica de la norma procesal. Es como se constitucionaliza el derecho y se cumple con los fines del Estado Social de Derecho.

No obstante, se hace necesario decir que la tutela judicial efectiva nace desde la concepción de la ley, porque es en el enunciado normativo donde se fijan los requisitos para acceder al órgano judicial y se justifican las razones para tales exigencias. Advirtiendo que la naturaleza del derecho es condicional; no basta con la libertad de acceder al órgano jurisdiccional, sino que es necesario cumplir con los requerimientos de la ley.

Allí aparece, el legislador como integrante pasivo de este derecho, al fijar los lineamientos y requisitos básicos de los procedimientos; en armonía con las funciones del principio de legalidad, para desarrollar enunciados normativos que contengan los elementos mínimos de la constitución dogmática. El Estado, desde sus instituciones de control, veeduría, y apoyo, también participa en la aplicación del derecho a la tutela judicial efectiva, en forma activa, al brindar a los jueces un soporte probatorio en sus decisiones, para superar con equipos interdisciplinarios e interinstitucionales de distintas especialidades, las limitaciones propias del ser humano director del proceso.

En este sentido, Joan Picó I Junoy<sup>13</sup> precisa que el proceso ante la administración de justicia es la herramienta para lograr el cumplimiento de la tutela judicial efectiva, por lo que es indispensable, atribuirle al director procesal las facultades probatorias necesarias para asumir la función pública de resolver conflictos en justicia, siempre que la iniciativa se limite a las situaciones fácticas discutidas en instancia, a fin de asegurar la imparcialidad del juez.

La justicia al ser una máxima del ordenamiento jurídico impone al Estado el deber de facilitar los medios y poderes que el operador judicial requiera para lograr este fin. Premisa que resulta indispensable en el desarrollo de los procesos judiciales e impone a los jueces y tribunales con el simple cumplimiento de sus funciones, una labor social de gran envergadura; como ya se advirtió, es en ellos en quienes recae la paz con la pronta, justa y eficaz resolución de conflictos, acorde a la evolución del momento.

El ciudadano integra el andamiaje de la tutela judicial efectiva, siendo el coprotagonista al detentar el derecho que se persigue restablecer, desde el mundo social y el mundo subjetivo, lo que le asigna una carga activa en busca de la protección del Estado. Por consiguiente, la tutela judicial efectiva plateada en el mundo objetivo guarda intrínseca relación con los derechos constitucionales y fundamentales de los seres humanos que se ven reflejados en el sano desarrollo de los requisitos y etapas internas de un proceso, cumpliendo con una función social de alta relevancia. No basta con acceder a una administración de justicia, también es necesario responder a las necesidades de la dignidad humana, solucionando los problemas por medio de un agente independiente al conflicto.

Pero ninguno de ellos actúa solo, debe existir una conjunción de acciones que permitan configurar la esencia de la tutela judicial efectiva, que puede resumirse en la salvaguarda de la realización y atención de

---

<sup>13</sup> JUNOY, Joan Picó I. Op. cit.

cuatro derechos primordiales: el acceso a la justicia, al debido proceso, defensa en juicios y la obtención de una sentencia, en esencia, es una garantía en la determinación de un caso específico, con esmero del factor tiempo, pues, redundando en el desarrollo temporal del mismo<sup>14</sup>.

## 2. Normatividad

Esta garantía ha sido desarrollada a lo largo de la historia a través de estamentos nacionales e internacionales. Podría decirse que tuvo su mayor auge con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, momento coyuntural en la historia de la humanidad en donde el concepto de dignidad fue reconocido como eje central del derecho.

En el decálogo legislativo de las Naciones Unidas, suscrito después de la segunda guerra mundial, la Asamblea General, declaró: «Toda persona tiene derecho recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley»<sup>15</sup>. Principio que fue incluido en múltiples pactos, entre los que se haya la CDPD, en sus artículos 3, 4, 5, 12 y 13.

En tal sentido, Colombia como Estado social de derecho, con su constituyente primario de 1991 acogió todas las garantías que resguardan la dignidad humana, entre los que se encuentra la tutela judicial efectiva, descrita en los cánones 1, 2, 29, 229 y se extiende con el artículo 93 por

---

<sup>14</sup> PUIG, Sebastián, *Tiempo, proceso y tutela judicial efectiva: la garantía de un sistema sin demoras*, 2012. Disponible en: <http://repositorio.udesa.edu.ar/jspui/bitstream/10908/2503/1/%5BP%5D%5BW%5DT.%20Ab%20Puig,%20Sebasti%C3%A1n.pdf>

<sup>15</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Capítulo IV: Artículo 25. Protección Judicial: Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.* Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/countryrep/Colombia93sp/cap.4.htm#:~:text=Toda%20persona%20tiene%20derecho%20a%20un%20recurso%20sencillo%20y%20r%C3%A1pido,violaci%C3%B3n%20sea%20cometida%20por%20personas>

medio del bloque de constitucionalidad a la Declaración Universal de los derechos humanos, art 7, 8; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 8, 25; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14; Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de la personas con discapacidad, art. 13; entre muchos, dándole estatus de raigambre constitucional.

La consecución de este derecho se encuentra, por ende, a lo largo de toda la codificación colombiana, sin que sea este exento el estatuto procesal civil y esto se ve reflejado en los artículos 2 y 229 del C.G. P<sup>16</sup>. Lo mismo ocurre en el ordenamiento argentino, que en su artículo 18 de la Constitución<sup>17</sup>, lleva inmersa la tutela judicial efectiva, para evitar indefensión de sus asociados.

### 3. Jurisprudencia

Las altas cortes colombianas no han sido ajenas al desarrollo de este derecho, definiéndolo como la facultad de los colombianos para acceder al poder judicial, previo cumplimiento de requisitos socio –políticos previstos por el legislador en forma proporcional a la constitución, razonados en el deber ser y preestablecidos en la norma, en aras de velar por la armonía jurídica en defensa o restitución de sus derechos; de acuerdo con los procedimientos predeterminados, con el objetivo de evitar desamparo a la resolución del conflicto y aplicación al ideal de justicia<sup>18</sup>.

Asimismo, han incluido en sus pronunciamientos, directrices para los jueces, en atención al derecho de tutela judicial efectiva, entre las que se encuentra la resolución de conflictos de un individuo, con arreglo a los

---

<sup>16</sup> Ley 1564 de 2012 Nivel Nacional, El Congreso de la República de Colombia: *Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*. Disponible en: <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48425>

<sup>17</sup> Artículo 18, Constitución de la Nación argentina, 1994. Disponible en: <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>

<sup>18</sup> Corte Constitucional Colombia: Sentencia C-426 del 2002. *Rodrigo. Escobar Gil*. Bogotá D.C., Colombia. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-426-02.htm>

principios legales y constitucionales, por medio de una decisión razonada y razonable, basada en la ponderación de las pruebas que se alleguen a cada caso, e incluso, de ser procedente, el deber de restablecer los derechos conculcados<sup>19</sup>, advirtiendo que los pronunciamientos deben darse con interpretación sistémica del ordenamiento jurídico, nacional e internacional, en cumplimiento con las obligaciones adquiridas en los pactos y convenciones<sup>20</sup>.

Lo que asegura, en un alto porcentaje, la paz, armonía y orden social de un Estado, al primar el interés general sobre el particular<sup>21</sup>. De allí que el derecho a la tutela judicial efectiva cumpla con los uno de los fines del Estado al garantizar un orden justo en todos los aspectos, para conseguir una convivencia pacífica y responder a las necesidades de dignidad humana. Luego entonces, es indispensable la oportuna resolución de conflictos por el director del proceso, en quien recae la responsabilidad de solucionar con eficacia el problema llevado a la judicatura, a pesar de los defectos estructurales del poder judicial, caso en el que el juez tiene el deber de solicitar la intervención del órgano competente para que adopte las medidas de descongestión, en observancia de los principios constitucionales<sup>22</sup>.

En efecto, los preceptos enunciados por los juristas reafirman, con identidad a las teorías del derecho enunciadas por los doctrinantes, y ofrecen un norte claro para establecer que a la tutela judicial efectiva se integran las siguientes garantías: i) acceso a la justicia, ii) jueces

---

<sup>19</sup> Corte Constitucional Colombia: Sentencia T-476 de 1998. *Fabio Morón Díaz*. Bogotá D.C., Colombia. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-476-98.htm>

<sup>20</sup> Corte Constitucional Colombia: Auto 227 del 2006. *Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá D.C., Colombia. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2006/A227-06.htm>

<sup>21</sup> Corte Constitucional Colombia: Sentencia T-476 de 1998. *M.P. Fabio Morón Díaz*. Bogotá D.C., Colombia. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-476-98.htm>

<sup>22</sup> Corte Constitucional Colombia: Sentencia T-030 de 2005. *M.P. JAIME CORDOBA TRIVIÑO*. Bogotá D.C., Colombia. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/t-030-05.htm>

imparciales, iii) derecho a la defensa, iv) celeridad en el proceso, v) congruencia en las decisiones y, vi) efectividad de los fallos.

### **III. Convencionalidad**

Los Estados pese a su ideal de protección con los que fueron creados, con el devenir del tiempo, en algunas ocasiones, así como, por distintas circunstancias, se convirtieron en victimarios de sus asociados. De ahí que la comunidad internacional intervino en salvaguardia de la paz, por lo que crearon como instrumentos los pactos y las convenciones. Acuerdos que, en procura de la armonía mundial en protección o defensa de la dignidad humana, imponen a los Estados primigenios y adherentes, la obligación de acatar las directrices convenidas.

El concepto de convencionalidad, por tanto, es la aplicación de esos instrumentos internacionales en la normatividad interna de cada uno de los asociados, noción que es dinámica, desde la doctrina y la jurisprudencia. En razón a esto, se ramifica en dos consideraciones para su aplicación, una vela por la práctica y estudio en la protección de los derechos humanos y obligaciones convencionales en todo el ordenamiento jurídico interno (control de convencionalidad concentrado); la otra, hace alusión a la potestad que puede ejercer los jueces nacionales al recurrir a las obligaciones internacionales o jurisprudencia de los tratados con el fin de ser objeto o referencia decisoria en un caso específico (control de convencionalidad difuso).

#### **1. Doctrinantes**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, resalta la importancia que cada Estado aplique el control de convencionalidad a nivel interno, dado que ellos constituyen el primer frente en la protección y cumplimiento de ellos, siendo la instancia internacional, un recurso de última ratio.

Razón por la cual, es perentorio que los organismos judiciales nacionales y de formación en derecho, además de conocer, reconozcan la importancia de integrar, los principios del derecho internacional para aplicarlo en su cotidianidad. Luego, en su esencia se vela por principios universales que son inherentes a toda sociedad. Para que la ignorancia o desatención de esas directrices, no resquebrajen el engranaje constitucional y suprallegal de las normas<sup>23</sup>.

Sin embargo, puede decirse, que la inaplicación de los derechos internacionales, también lo compone el factor del miedo, ante las restricciones, sanciones e interpretaciones de los entes de control o fiscalización; lo que a pesar de no ser parte de la temática, genera amplia inquietud para su resolución y se expresa tangencialmente, para que el lector lo valore.

Ahora bien, la inclusión de las directrices internacionales en la legislación interna, en general, se producen en base al bloque de constitucionalidad. Una de las teorías que dio origen a esta figura, se encuentra en el derecho norteamericano, que data de la novena enmienda de 1787, la cual introdujo derechos innominados y da potestad a los jueces de reconocer derechos que no figuran en la constitución<sup>24</sup>. Pero el concepto propiamente dicho, se registra por primera vez, en el derecho francés, que concibe el bloque constitucional a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional.

En nuestra legislación, el acoplamiento del "Corpus iuris ecuménico", se concreta con el bloque de constitucionalidad de la Carta Magna descrito en el canon 93<sup>25</sup>, que impone la integración de los tratados de derechos

---

<sup>23</sup> PITTIER, Lautaro, *Control de convencionalidad en Argentina*, Revista IIDH, N° 64, 2016, págs. 161-188. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36279.pdf>

<sup>24</sup> SUÁREZ, Lizandro, *El control de convencionalidad y la protección de los derechos humanos en Colombia*, Dixi, 2014, no 19, p. 53-70. Disponible en: [https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as\\_sdt=0%2C5&q=Lizandro+Cabrera.+El+control+de+convencionalidad+y+la+protecci%C3%B3n+de+los+derechos+humanos+en+Colombia&btnG=](https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=Lizandro+Cabrera.+El+control+de+convencionalidad+y+la+protecci%C3%B3n+de+los+derechos+humanos+en+Colombia&btnG=)

<sup>25</sup> Artículo 93, Constitución Política de Colombia de 1991. Op. cit.

humanos y convenios ratificados para que los mismos sean aplicados en forma prevalente.

Hablando propiamente de la convencionalidad, es necesario acudir a la definición dada por la Jurisprudencia internacional, que la concreta como un medio que permiten a los Estados formalizar la obligatoriedad de avalar los derechos humanos a nivel interno, la verificación de acuerdo con las normas y prácticas nacionales<sup>26</sup>.

Al abordar el control de convencionalidad no se puede dejar de lado el precedente acaecido en la Corte norteamericana de 1803<sup>27</sup>, evento que forjó las bases jurisprudenciales, determinando la capacidad jurídica para calificar mandatos en relación con mecanismos legales de grado superior, esto proporciono las herramientas necesarias para que los jueces determinasen la no procedencia de una norma inconstitucional, lo que origino los lineamientos básicos del control difuso de constitucionalidad.

La figura de convencionalidad como unidad de parámetro de supremacía, en el que se adecuan, acompasa e integran, las leyes de autoría interna y externa en un todo, para obtener un bloque jurídico que enmarca los pronunciamientos de los jueces.

Análogicamente, la expresión “control de convencionalidad” en Latinoamérica, fue utilizado por primera vez, en el caso Myrna Mack Chang en 2003 en Guatemala, el organismo legal después de comparar el esquema nacional y la normatividad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos destaco la primacía del organismo supranacional<sup>28</sup>.

Postura que, según Hans Kelsen, expone que el derecho interno y el derecho internacional constituyen una unidad entre los ordenamientos jurídicos, por lo tanto, no requiere ninguna adecuación para darle

---

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos humanos, Control de Convencionalidad, N° 7, 2015. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>

<sup>27</sup> AMAYA, Jorge Alejandro, *El debate sobre la última palabra. Reflexiones sobre los controles de constitucionalidad y convencionalidad*, Lex-Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2019, vol. 16, no 21, p. 91-114. Disponible en: <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1543>

<sup>28</sup> PITTIER, Lautaro. Op.cit

fundamento obligatorio, tal carácter le confiere el total derecho de derogar todas aquellas reglas internas que contravengan o sean incompatibles con los principios de los tratados suscritos<sup>29</sup>.

Es así como, la Corte Suprema de Justicia declaró que normatividad internacional aprobada internamente, se anexa como precepto al derecho nacional, siempre y cuando estas soporten el principio de autoejecutaría o autosuficiencia. Control que no solo involucra el ejercicio de todo el aparato judicial, se constituye en un mandato ex officio, para todo funcionario que haga parte de los órganos de administración de justicia en todos ámbitos incluyendo los públicos.

En la praxis el margen de apreciación está ligado a una lógica potestativa de Estado en el momento de valorar un evento, esto como consecuencia del limitado grado de verificación y ponderación de la Comisión ante una problemática específica<sup>30</sup>. Colombia, pese a haber adquirido compromisos convencionales desde 1973, al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos, la cultura jurídica para el régimen de convencionalidad en la administración de justicia y control difuso, aún se encuentra en sus albores.

## 2. Jurisprudencia

Adentrándonos en los conceptos proferidos por las altas Cortes, en materia de convencionalidad se resalta lo dicho por la Cámara de Apelación de la Plata- Argentina, que recuerda al poder judicial el deber analizar la compatibilidad de las normas locales con las supranacionales ratificadas

---

<sup>29</sup> TRAVIESO, Juan, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Editorial Heliasta, 2009, buenos Aires, Argentina, p. 116.

<sup>30</sup> ALFONSÍN, Marcelo. *La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales. Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 2017, vol. 15, no 19, p. 51-76.

por la Nación, el ius cogens y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como control constitucional y convencional<sup>31</sup>.

Compromiso que, para la justicia colombiana, debe corresponder a la cotidianidad de las decisiones judiciales al estar inmerso en la constitución y que solo si se avizora una amenaza ante el efecto útil del compromiso convencional reclama como tal la aplicación del control convencional difuso<sup>32</sup>.

Lo que se acompasa con el derecho a la tutela judicial efectiva, para garantizar el cumplimiento de los derechos de los asociados, y a su vez la paz social, pues, aprobados los tratados de derechos humanos, el Estado suscriptor acepta la obligación legal de aplicar los principios consagrados en la norma supranacional en favor de sus asociados, con énfasis en la tutela judicial de los derechos internacionalmente protegidos, la interpretación y directrices de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por medio de la figura del control de convencionalidad, entendida esta última como garantía de aplicación del derecho vigente<sup>33</sup>.

Con lo analizado y adentrándonos en el tema de discapacidad, es importante explorar, cuáles son los principios que Colombia aceptó establecer en el cuerpo normativo nacional para las personas con discapacidad; que tan acorde está el proceso verbal sumario de adjudicación de apoyos de la ley 1996 de 2019, en la integración y asimilación de las directrices fijadas por la convención, además, si el procedimiento planteado para éste trámite, se proyecta constitucionalizado con las garantías mínimas de la tutela judicial efectiva en defensa de los derechos de las personas en condición de discapacidad.

---

<sup>31</sup> HITTERS, Juan, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, en Estudios constitucionales, 2009, vol. 7, no 2, p. 109-128. Disponible en: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=s0718-52002009000200005&script=sci\\_arttext](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=s0718-52002009000200005&script=sci_arttext)

<sup>32</sup> La premisa mencionada se puede encontrar en varias sentencias de la corte suprema de justicia de Colombia como la STC3586-2020 del M.P. Luis Armando Tolosa Villabona;

<sup>33</sup> Poder Judicial, causa 13979 de 2014, Provincia de Buenos Aires, Argentina

## **IV. El proceso verbal sumario de adjudicación de apoyos en Colombia**

### **1. Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

Las primeras iniciativas de crear una convención que tratase los derechos de las personas con discapacidad datan de 1983 cuando se proclamó “el Decenio de las Naciones Unidas para los Impedidos”<sup>34</sup>. En 2000, se reunieron organizaciones como Rehabilitación Internacional, Organización Mundial de Personas con Discapacidad, la Unión Mundial de Ciegos y la Federación Mundial de Sordos, en China, solicitando a los gobiernos apoyo para la consecución de una convención internacional. En 2001 la Asamblea de las Naciones Unidas tomando en consideración la propuesta de México convocó, la realización de una Convención específica para la protección de los derechos de las personas con discapacidad, documento que se firmó en la ONU el 30 de marzo de 2007<sup>35</sup>.

La Convención fija el concepto de discapacidad en constante evolución que puede evidenciarse en cinco aspectos: física, personas con movilidad reducida; Sensorial, afección parcial o completa de un sentido; Discapacidad intelectual/cognitiva, personas cuyo proceso de pensamiento, aprendizaje, adquisición y/o proyección del conocimiento es diferente, de otra manera, de otros modos y a otros ritmos; Discapacidad mental/psicosocial, personas cuyas funciones o estructuras mentales o psicosociales son disímiles, al igual que su relación con el mundo y

---

<sup>34</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Ejecución del Prólogo de Acción Social para los Impedidos*, 1983. Disponible en: <https://undocs.org/es/A/RES/37/53>

<sup>35</sup> O'REILLY, Arthur, Una Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Los siguientes pasos, 2003. Disponible en: [https://web.archive.org/web/20080827181725/http://www.disabilityworld.org/01-03\\_03/spanish/noticias/unconvention.shtml](https://web.archive.org/web/20080827181725/http://www.disabilityworld.org/01-03_03/spanish/noticias/unconvention.shtml)

Discapacidad múltiple, personas en quienes se combinan diferentes tipos de discapacidad, hay que tener en cuenta su avance y la particularidad de cada caso.

Para la protección de este grupo en particular, en su preámbulo menciona los principios de la Carta de las Naciones Unidas, instrumento que reconoce la dignidad connatural al hombre, sin importar su condición, también rememora la no discriminación, el derecho a la igualdad de oportunidades, la aceptación de la diversidad, la autonomía e independencia en la toma de decisiones, la accesibilidad, la participación activa en la sociedad y en el sector político como derechos inherentes a las personas con discapacidad.

Conjuntamente, atribuye a los Estados suscriptores; los deberes de implementar estrategias para el desarrollo sostenible, cooperar a nivel internacional, incorporar una perspectiva de género, proteger en especial a los niños y atenuar las consecuencias negativas de la pobreza, en garantía de los derechos y libertades de las personas con discapacidad, obligaciones que se extienden a sus familias.

Los propósitos enunciados, exhortan a los Estados a pasar a un modelo social, dejando atrás el precepto de caridad y beneficencia que fundamentaba la discapacidad, sin embargo, Colombia pese a haberse adherido a la CDPD en el año 2009 mediante la Ley 1346<sup>36</sup> del mismo año, con identidad absoluta, sin enmiendas ni reservas; mantuvo el modelo médico en la ley 1306 de 2009 y ello se vio reflejado en las observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia, emitido por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el 31 de agosto de 2016 en el que se indica:

Recomienda al Estado parte que adopte un plan para la revisión y modificación de toda la legislación, que incluya la derogación inmediata de disposiciones que restrinjan el pleno reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad,

---

<sup>36</sup> Ley 1306 de 2009. Op.cit

incluyendo la ley 1306 (2009), No. 1412 (2010) del Código Civil, el Código Penal y leyes adjetivas.<sup>37</sup>

Lo anterior, desembocó en la emisión de la ley 1996 de 2019, instrumento que supone, debe cumplir con los compromisos adquiridos en la Convención y las 79 recomendaciones anotadas por la ONU (De las cuales, se hará alusión a las relacionadas a fines con el tema de investigación) resaltando que el próximo informe deberá ser presentado a más tardar el 10 de junio del presente año (2021).

*Las sugerencias del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para Colombia, entre otras fueron: (i) examinar el modelo utilizado en el registro único para la localización y caracterización (RLCPD), extender su cobertura, propender la fiabilidad de los datos y renovar la información en forma regular (ii) incluir en la ley el concepto de ajustes razonables (iii) aceptar las dimensiones múltiples e intersecciones de discriminación (iv) suscitar medidas permanentes para concientizar a la comunidad acerca de los derechos de las personas con discapacidad (v) generar accesibilidad a la comunicación e información tecnológica, con esquemas internacionales y términos precisos (vi) atender, en los casos de apoyos más intensos, la accesibilidad con mayor detenimiento (vii) acoger disposiciones normativas a fin de proveer apoyos para el ejercicio de derecho o toma de decisiones de las personas con discapacidad que lo requieran (viii) adecuar los procedimientos judiciales para que las personas con discapacidad puedan realizar cualquier papel y participen en todas las etapas del proceso (ix) garantizar accesibilidad al sistema de justicia (x) robustecer los programas de educación de los operadores de justicia y defensores públicos sobre los derechos de las personas con discapacidad (xi) impedir la institucionalización forzada con razón a la discapacidad (xii) establecer procedimientos que protejan el derecho al libre e informado consentimiento de las personas con discapacidad (xiii) permitir que las*

---

<sup>37</sup> Naciones Unidas, *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia*, 2016, pág. 2.

*personas con discapacidad elijan su lugar de vivienda de manera autónoma e independiente, incluyendo la asistencia personal (xiv) Instar a los Fondos de Pensión y Jubilación que incluyan a las personas con discapacidad en sus programas, variando las interpretaciones de la Corte Constitucional<sup>38</sup>*

Con las advertencias realizadas por la ONU, es claro que se debe crear mecanismos integradores de dichas personas al sistema judicial sin dejar de lado el canon de justicia e igualdad para todos. También, se debe dar la pauta de su participación activa en procesos judiciales y el pleno acceso al proceso, creando las instancias legales pertinentes para que la persona con discapacidad pueda ejercer sus derechos de una manera libre y autónoma; soportado de dictámenes médicos legales, tal como lo señala entre otros<sup>39</sup>.

Es así como la Convención instituye el ejercicio de la capacidad jurídica en igualdad para toda persona; lo que puede en principio concretarse con la libertad de tomar sus propias decisiones y la independencia, incluso, hasta el grado de equivocación; de allí que las providencias judiciales tienen como norte la no afectación de la autonomía de personas en condición de discapacidad, y la designación de las personal de apoyos circunscritas a la orientación en la toma de decisiones que eviten el menoscabo del goce y disfrute de los derechos de los titulares del acto jurídico, más no, equivale a una representación concebida en antaño, tal como las curadurías.

## **2. Marco Jurisprudencial**

---

<sup>38</sup> En este apartado se realiza un parafraseo del Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia, 2016, en cuanto a Las sugerencias del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<sup>39</sup> JIMÉNEZ, Geovana Andrea Vallejo; RÍOS, Mónica Isabel Hernández; RAMÍREZ, Adriana Elvira Posso, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos*. CES Derecho, 2017, vol. 8, no 1, p. 3-21.

El 04 de diciembre de 2019 la Corte Suprema de Justicia<sup>40</sup>, decide acción de tutela contra la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, en la que en sus consideraciones precisa que la nueva legislación contiene un paradigma que acaba con la incapacidad legal para los mayores de edad, en pro de su inclusión social, diferenciando la capacidad legal de la mental, lo cual se realiza a través de adecuaciones razonables y medidas de apoyos, continua haciendo un recuento de todo el marco internacional que impuso a Colombia el deber de promulgar una legislación que tuviera mecanismos de inclusión para las personas con discapacidad. Resalta que la capacidad legal plena atribuida en la ley 1996 de 2019 a las personas con discapacidad, es un claro matiz del iusfundamentalismo del ser humano y clasifica las temáticas procesales de la ley en juicios nuevos, concluidos y en curso.

Con todo, existen varias sugerencias que, con la simple expedición de la ley, se encuentran satisfechas; sin embargo, para determinar si todas las recomendaciones realizadas por la ONU se cumplen o no, y si nuestra legislación se encuentra ajustada a los compromisos adquiridos con la CDPD, se procede a examinar la Ley 1996 de 2019, para hacer énfasis en el proceso verbal sumario de adjudicación de apoyos del Artículo 38.

### **3. Estructura a la luz de la ley 1996 de 2019 y de la tutela judicial efectiva**

La Ley 1996 de 2019, reestructura el régimen aplicable a las personas en situación de discapacidad, en la que se reconoce capacidad legal a toda persona mayor de edad, suprime la discapacidad como fuente de incapacidad. Habilita todos los actos celebrados por los discapacitados a menos que requieran de un apoyo formal para realizar el acto y no lo hayan utilizado. Caso en el cual, es necesario la aquiescencia del apoyo

---

<sup>40</sup> Corte Suprema de Justicia, STC I 1819 de 2019, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2019/09/STC11819-20192.pdf>

para la validez del negocio jurídico. Aumenta la edad de los incapaces menores, elimina la discapacidad como fuente de incapacidad aquiliana o responsabilidad extracontractual y deroga la inimputabilidad de los mayores de edad en materia de responsabilidad civil extracontractual<sup>41</sup>.

El carácter decisorio de una persona en condición de discapacidad está supeditado al reconocimiento de su autonomía y la capacidad de manifestar sus deseos y voluntad, los apoyos es la forma hacer conocer dicha condición. La ley de 1996 buscar garantizar el uso del precepto de igualdad ratificando así su derecho humano a la capacidad jurídica, esto reviste un rol activo en el uso de sus derechos y por ende de las obligaciones que conlleva el ejercicio de estas.

Todo ello desarrollado con la figura de apoyos, entendidos estos últimos, personas que asistirán a los sujetos en condición de discapacidad, para asesorar las determinaciones que libremente asuman en ejercicio de sus derechos.

En la legislación colombiana esta clase de mecanismos se clasifican en informales o formales; los primeros, comprendidos como la ayuda prestada sin intervención de la administración de justicia; y los segundos, son los designados por autoridad judicial o administrativa, los cuales pese a encaminarse a la realización de actos jurídicos, de acuerdo con la CDPD y a la Ley 1618 de 2013<sup>42</sup> deberán ser enfocados a satisfacer cualquier necesidad de la persona en condiciones de discapacidad<sup>43</sup>.

---

<sup>41</sup> RAMOS, Sergio, *Capacidad en situación de discapacidad: análisis de la ley 1996 de 2019*, en Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos, 2020, vol. 4, no 1. Disponible en: <http://redcdpd.net/revista/index.php/revista/article/viewFile/179/105>

<sup>42</sup> Ley Estatutaria 1618 de 2013, El Congreso de Colombia: *“por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad” propone una serie de medidas y acciones afirmativas que permiten a las personas con discapacidad, bajo un marco de corresponsabilidad, ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con las demás personas*. Disponible en: <https://discapacidadcolombia.com/phocadownloadpap/LEGISLACION/LEY%20ESTATUTARIA%201618%20DE%202013.pdf>

<sup>43</sup> GIRALDO, Jesael. *Algunos aspectos procesales y sustanciales 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*, Trabajo presentado en Congreso

Porque los apoyos son medios y maniobras que buscan mejorar el funcionamiento del ser humano desde su perfil y necesidad, evaluando el individuo, su entorno, planificando las estrategias y motorizando un plan de acción para que el apoyo se convierta en un puente entre lo que es y lo que debe ser<sup>44</sup>.

En resumen, las personas mayores de 18 años en Colombia, con alguna característica física, sensorial, cognitiva, y/o mental disímil, pueden disponer de sus derechos para su restricción, uso o goce, sin necesidad de la aquiescencia de otra persona, empero, si consideran oportuna la asesoría de un tercero en un o unos actos con consecuencias jurídicas, están facultadas para solicitar ante autoridad administrativa o judicial, por un tiempo determinado y para una actividad específica, la figura de apoyo.

Dicha solicitud, conforme a la ley, puede desarrollarse mediante tres clases de procesos, los extrajudiciales, se tramitan ante Notarios o conciliadores en derecho y pueden ser: (i) directivas anticipadas o (ii) acuerdos de apoyos; el judicial, denominado adjudicación de apoyos, su trámite depende de quién active el aparato judicial, pues, si se trata del titular del acto jurídico, seguirá las reglas del proceso de jurisdicción voluntaria, pero, si la solicitud la eleva un tercero con interés, para beneficiar a la persona en discapacidad, se tramitará bajo las reglas del proceso declarativo verbal sumario. En este apartado se relacionarán

---

Colombiano de Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá. 2020.

<sup>44</sup> THOMPSON, James, *et al. Conceptualizando los apoyos y las necesidades de apoyo de personas con discapacidad intelectual*. Siglo Cero, 2010, vol. 41, no 1, p. 7-22. Disponible en:

[https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/32929594/Conceptualizando\\_los\\_apoyos\\_y\\_necesidades\\_de\\_apoyo\\_Thompson\\_et\\_al.pdf?1391672816=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DConceptualizing\\_Supports\\_and\\_the\\_Support.pdf&Expires=1613830248&Signature=X2UTf8iBD-1jcHRnWyhPmw1j7YeL6iYDhOykSAKYzTjM-nTcjkO3gP3yQTaxeUhmZIX4tvu~uryKPgrwOJORZsAHM9ueREuBLVpL~xWRwxPWla0ozgVT03eMUIIN1DZmatG4iNOGjLXT0N68OUjPE0sJ0pPAV~LveF2J7n04nc8prJqYtcQPqhiJdmPB5hF-5cUQx7s5xCailbrqTib-e7LB0fn1VVudZn8fAvuu~blfb6K4jz5266EyqNd~8lrRcO-t2rwCXelRSm1LFPwqAloyXUJBcfNRhH7r3o~0byAk6DAnirKv7Nlyq5fgRz~PO1JC0Zp~KyJaeUj-zmbFKg\\_\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/32929594/Conceptualizando_los_apoyos_y_necesidades_de_apoyo_Thompson_et_al.pdf?1391672816=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DConceptualizing_Supports_and_the_Support.pdf&Expires=1613830248&Signature=X2UTf8iBD-1jcHRnWyhPmw1j7YeL6iYDhOykSAKYzTjM-nTcjkO3gP3yQTaxeUhmZIX4tvu~uryKPgrwOJORZsAHM9ueREuBLVpL~xWRwxPWla0ozgVT03eMUIIN1DZmatG4iNOGjLXT0N68OUjPE0sJ0pPAV~LveF2J7n04nc8prJqYtcQPqhiJdmPB5hF-5cUQx7s5xCailbrqTib-e7LB0fn1VVudZn8fAvuu~blfb6K4jz5266EyqNd~8lrRcO-t2rwCXelRSm1LFPwqAloyXUJBcfNRhH7r3o~0byAk6DAnirKv7Nlyq5fgRz~PO1JC0Zp~KyJaeUj-zmbFKg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA)

sucintamente los trámites extrajudiciales y de jurisdicción voluntaria, por no ser materia de investigación.

**a. Directivas anticipadas (capítulo IV art. 21 al 31 ley 1996 de 2019)**

Medida creada para las personas mayores de edad, que avizoran pérdida de capacidad, en la que antes de perfeccionarse la discapacidad, se plasma en escritura pública o acta de conciliación las disposiciones adelantadas con efectos jurídicos con el fin de formalizar la voluntad o preferencias sobre hechos que aún no han ocurrido, pero existe la posibilidad que sucedan. Este mecanismo, puede realizarse con asistencia de apoyos, caso en el cual, el instrumento que lo contenga debe constar el nombre de la persona que asesora la directiva y dar constancia de haber discutido las consecuencias e implicaciones de la decisión plasmada.

Las directrices señaladas no constriñen al titular del acto a mantener la disposición fijada con la directiva, a menos que se estipule cláusula de voluntad perenne, caso en el cual, solo podrá ser variada por medio del mismo instrumento de creación. Las personas designadas como apoyos, siempre que acepten el cargo, están obligadas a respetar la voluntad plasmada como directiva anticipada.

Cuando la voluntad de la persona verse sobre temas de salud, ésta debe incorporarse en la historia clínica del paciente, si así se solicita por el titular del acto jurídico.

**b. Acuerdos de Apoyo (capítulo III artículos 15 al 20)**

Se presenta cuando una persona mayor de edad, en condición de discapacidad, titular de un acto jurídico, estima pertinente contar con asesoría de un tercero, en la toma de decisiones de determinado acto jurídico; voluntad que debe estar plasmada en una escritura pública o acta de conciliación, sin que la asesoría supere el término de cinco años ni limite la autodeterminación del sujeto con discapacidad, pero con la restricción que la presencia de la persona en apoyo es indispensable para la validez

del negocio jurídico a que se contrae el acuerdo. Estos acuerdos pueden ser modificados, en cualquier momento, de la misma forma en que fueron creados.

Hace referencia a que, a la hora de hacer un compromiso entre dos o más personas, el sujeto con diferencias funcionales, físicas o sensoriales manifiesta su voluntad a través de un tercero o terceros de confianza. El Notario o conciliador designado identificará quien ejercerá mejor el cargo de apoyo y le explicará las obligaciones que adquieren con la suscripción del documento, además, se entrevistará con el titular del acto jurídico como una forma de ratificar el querer de la persona en condición de discapacidad e implementará los ajustes razonables para garantizar una comunicación efectiva y satisfacción de las necesidades de accesibilidad.

### **c. Adjudicación De Apoyos (Capítulo V Art 32 Al 39 Ley 1996 de 2019**

Se requiere de la activación del aparato judicial para que la figura se estructure, en ella la prueba denominada “valoración de apoyos” acreditará al juez de conocimiento, la categoría, clase e intensidad de ayuda que requiere el titular del acto, para la toma de decisiones y participación activa en el proceso, también certificará las personas que componen la red de apoyo, además, contendrá sugerencias para responder al principio de autodeterminación, por su parte, el juez de familia deberá buscar la forma de favorecer la voluntad de la persona con discapacidad, garantizar su inclusión en el proceso, asegurar la comunicación de la información relevante y todo lo que implique satisfacer las necesidades particulares del titular del acto. Esta figura, se tramitará por jurisdicción voluntaria si es la persona de diversidad quien presenta la demanda, y en proceso declarativo, si es un tercero quien acciona.

#### **c.a. Solicitada por la persona con discapacidad**

El otorgamiento de apoyos puede ser solicitado por la persona con discapacidad, siempre que se pueda dar a entender por cualquier medio, caso en el que se someterá a una declaración judicial sin controversia (jurisdicción voluntaria), en la que deberá especificar cual o cuales son los actos en los que requiere de un auxilio por parte de un tercero. El director del proceso examinará los resultados de la valoración de apoyos y en caso de considerarlo escaso se encuentra facultado para ordenar un nuevo estudio, incluso, previo a la admisión de la demanda, pues, en el auto introductorio se convocará a todas las personas que compongan el círculo social y familiar del accionante.

Evacuadas las pruebas y realizada audiencia en la que se escuchará al demandante y su red de apoyo, se emitirá sentencia designando el apoyo u apoyos con funciones concretas para el acto u actos específicos, incluyendo los mecanismos pertinentes para garantizar la autonomía y las salvaguardias en aras de soslayar perjuicios contra el actor.

En el evento que la persona designada como apoyo, se negare o se declarase inhabilitado para ejercer el cargo, se atenderá la solicitud mediante incidente que deberá ser presentando dentro de los cinco días siguientes al fallo.

Enunciados y descritos ligeramente los mecanismos de apoyos solicitados por la persona en discapacidad, procedemos a revisar el canon en el que se centra la investigación, que es el proceso verbal de adjudicación de apoyos, procedimiento que, a diferencia de los anteriores, no es instaurado por el titular del acto, sino por un tercero que se supone busca el bienestar de la persona en discapacidad, porque ésta última no puede darse a entender por ningún medio.

#### **c.b. Adjudicación de apoyos solicitados por terceras personas, requisitos de la demanda y acceso a la justicia**

En este proceso una persona acude a un juez de familia con la finalidad de solicitar apoyos para sujeto en condición de discapacidad, pero

para esta activación del aparato judicial se hace necesario que el titular del acto este definitivamente impedido para manifestar su voluntad y preferencias, además, que como consecuencia de la imposibilidad de ejercer la capacidad se genere la violación o amenaza de sus derechos por parte de un tercero.

En diálogos con Guillermo Rodríguez<sup>45</sup>, profesor de la Universidad Pedagógica de Bogotá, manifiesta, que la ley 1996 del 2019 es una reivindicación de las personas con discapacidad:

*Pero en Colombia falta mucha madures, se considera que las personas con discapacidad cognitiva son inmaduras y hasta a las personas con discapacidad física, como yo [...] El punto de cuidado es saber lo que en verdad la persona quiere decir o lo que está pensando la persona que quiere decir.*

*Se podría caer fácilmente en la interpretación de las interpretaciones, la norma caería en eso, hay que comprender que una norma es una norma ideal, hasta el momento de su aplicación. Ahí, aparece ese interlocutor eficaz que brinda el apoyo ¿hasta qué punto son eficaces?, ¿la comunicación que tienes tú conmigo cuando nadie te comprende?*

*El punto débil de la norma es la comunicación. Dos o tres posibles apoyos, que aumentan la interlocución eficaz, que sean intérpretes eficaces, en los casos de comunicación muy compleja; ellos, deben buscar un mayor entendimiento para defender los derechos de las personas; la real voluntad de las personas con mecanismos para saber lo que sienten. Yo, me iría por un educador especial y un fonoaudiólogo con experiencia en comunicación y discapacidad.*

El anterior análisis de la ley se podría complementar con la postura de Habermans con respecto a la comunicación y el lenguaje:

De esta manera, la diferencia entre lenguaje y comunicación no es para Habermas una caracterización teórico-práctica superflua, según la perspectiva semiológica del proceso de trabajo como proceso de comunicación, sino una distinción fundamental basada en la intuición que todo actor “ilustrado” —él y su interlocutor— comporta en su actuación en un proceso de “interacción” social: la tendencia a una acción “estratégica”

---

<sup>45</sup> Entrevista abierta, Guillemos Rodríguez, psicólogo en la universidad INCA, con Maestría en Discapacidad e Inclusión Social de la Universidad Nacional de Colombia. 2021

o “comunicativa”. Corresponde a los bienes de competencia de una sociedad “adulta” saber distinguir entre estas orientaciones.<sup>46</sup>

Resumiendo las perspectivas anteriores, queda las preguntas: ¿hasta dónde los apoyos adjudicados o personas especializadas son intérpretes eficaces? ¿Cuál es la estrategia de acción comunicativa (o mecanismos) que ellos deben llevar a cabo para que la real voluntad de las personas sea entendida?

### **c.b.1. Instauración de la demanda, papel del juez y supuestos de legitimación**

La anterior premisa, impone al juez la ardua tarea de corroborar que en verdad la persona con discapacidad no puede ejercer sus preferencias ni su capacidad jurídica por ningún medio, supongamos entonces, que en el hipotético caso en el que un ser humano con deficiencias mentales cognitivas, cuenta con la capacidad y habilidad comunicativa, pero de ella se advierta distorsión y poco entendimiento de la realidad y entorno en el que vive, tal como suceder con la demencia senil, ¿Cómo debería entender este caso el juez de conocimiento?, ¿ciertamente podría hablarse de imposibilidad para manifestar la voluntad y preferencias?

¿Y si llegaré a ser capaz de contar con habilidades comunicativas no manejadas por el dispensador judicial, con la sola interposición de la acción se encontraría habilitado el Juez para decretar o practicar pruebas que le garanticen el cumplimiento de este requisito?

“En punto al proceso, al trámite judicial, no se ajusta propiamente al proceso adversarial, pues, el tercero debe demandar a la persona que es titular y que se busca que sea objeto de una situación de apoyo específico, entonces ahí ya hay una condición específica que hace difícil el trámite del

---

<sup>46</sup> SOLARES, Blanca, *La teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas: tres complejos temáticos*, en Revista mexicana de ciencias políticas y sociales, 1996, vol. 41, no 163, p. 9-33. (p.13-14). Disponible en: [https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/60103/ssoar-rmcphys-1996-163-solares-La\\_teoría\\_de\\_la\\_accion.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-rmcphys-1996-163-solares-La\\_teoría\\_de\\_la\\_accion.pdf](https://www.ssoar.info/ssoar/bitstream/handle/document/60103/ssoar-rmcphys-1996-163-solares-La_teoría_de_la_accion.pdf?sequence=1&isAllowed=y&lnkname=ssoar-rmcphys-1996-163-solares-La_teoría_de_la_accion.pdf)

proceso empezando por el mismo acto de notificación, y las garantías de defensa de esta persona que se presume titular de plenos derechos y que está enfrentando la solicitud que plantean sus familiares para que se le asigne un apoyo determinado<sup>47</sup>.

Por todo ello podría decirse que, los requisitos de la demanda incumplen la recomendación de atender un apoyo intensivo, con mayor cuidado en su componente de accesibilidad. No obstante, este aspecto es relevante ya que el juzgador puede prevenir que terceros implementen apoyos no requeridos por la persona con discapacidad, protegiendo la autodeterminación del titular del acto, lo que deberá ser materia de ponderación para el director de cada asunto en particular.

Del enunciado normativo, también se advierte que es un tercero quien instaura la acción, es decir, el legitimado activo para actuar, al ser quien la ley le concede el derecho para reclamar<sup>48</sup>; sin embargo, es una persona que no ostenta un derecho directo y que debe obedecer las exigencias bipartitas fijadas por el legislador, para acreditar al juez en primer lugar, la imposibilidad del titular del acto para manifestar su voluntad, sin que para ello pueda acceder previo al proceso a la certificación de discapacidad, que por disposición expresa del legislador, solo excepcionalmente se realizará por manifestación del representante (art. 6 ley 1996 de 2019) y para que exista esa facultad debe mediar mandato expreso o adjudicación de apoyos por vía judicial (art. 48 ley 1996 de 2019), que para el caso, hasta ahora iniciaría.

Otra de las herramientas de acreditación que crea la ley es la valoración de apoyos, medio probatorio, que de acuerdo a su concepción (proyecto de ley citar ) evaluará la limitación de la comunicación a través de formatos por un solo profesional del área social, asimilándolo a un

---

<sup>47</sup> Resumen de entrevista abierta, realizada a Guillermo Raúl Botía Bohórquez, Juez de 20 de Familia de Bogotá. 2021

<sup>48</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia 4 de 1981, G. J., tomo CLXVI, número 2407, p. 640.

derecho de petición con duración de máximo 45 días, así pues, la pericia que desde su concepción gramatical y carencia de instrumentos, puede llegar a imposibilitar el acceso a la administración de justicia por parte de un tercero que pretende el beneficio de la persona con discapacidad.

Ahora bien, en relación con el segundo de los requisitos, esto es, que la imposibilidad de ejercicio conlleve a la vulneración o amenaza de los derechos de la persona con discapacidad, grava al accionante de una carga excesiva para el supuesto de legitimación, sin que en la norma si quiera se enuncien medios probatorios que permitan su acreditación

En el mismo sentido, es procedente preguntar ¿Cuál es el medio probatorio idóneo para acreditar este riesgo o trasgresión?, ¿qué sucede en el hipotético caso que se cumpla el primero de los requisitos, pero no se demuestre el segundo? ¿No amerita la intervención judicial, para asignar apoyos que propendan por la dignidad humana, en una persona con discapacidad que no puede darse a entender, por este simple hecho? ¿Es indispensable que el riesgo sea ejercido por un tercero para activar el aparato judicial?

Así las cosas, tal y como está planteado la legitimación por activa, puede llegar a entenderse que la judicatura, no siempre va a poder resolver el conflicto planteado por el tercero ante el incumplimiento del presupuesto de legitimación por activa que repercutiría indudablemente en los principios de la tutela judicial efectiva y la recomendación para garantizar accesibilidad al sistema de justicia.

En otro orden de cosas, al prescribirse el trámite a través de un proceso verbal sumario, (art. 9 ley 1996/2019), éste se sigue las reglas del estatuto procesal (art 390 C.G.P.), es decir, hablamos de un proceso adversarial, como lo preciso el profesor Carnelutti al decir:

En lugar de *belleum omniuni contra omnes* (guerra de todos contra todos), es la guerra solo entre dos, entre los adalides. Al punto, es un combate el proceso, que en

ciertos tiempos y entre ciertos pueblos se lo hace con las armas: el éxito del duelo indica el juicio de Dios<sup>49</sup>

Por lo tanto, es necesaria la existencia de un contradictor, que ostente legitimación en causa por pasiva, empero, del texto de la norma no se extraer con claridad, quien es el sujeto que detenta este papel. Y si lo entendiéramos como una acción en contra de la persona con discapacidad, ¿quién estaría llamada defender sus intereses?; además, ¿sería opuesta esta interpretación a los presupuestos de legitimación en causa activa?; ¿es la familia o personas cercanas a su núcleo, los accionados en este asunto?

De lo discurrido, cabe preguntar: ¿para este presupuesto de legitimación, es necesario optimizar la interpretación del derecho fundamental, por parte de los operadores judiciales, para garantizar la protección al derecho de dignidad humana de las personas en discapacidad?, tal como lo señala Manuel Atienza, al conceptuar que los derechos fundamentales describen a la dignidad como el derecho y la obligación de desarrollarse como persona (dentro de los límites de lo aceptable) en consecuencia privar a una persona de su capacidad jurídica no es atentar contra su dignidad, y considera que se puede usar una máxima de optimización en la interpretación de un derecho fundamental<sup>50</sup>.

Continuando con el estudio de la estructura procesal se indica que a la demanda se podrá anexar la valoración de apoyos practicada a la persona con discapacidad y en caso de no hacerlo, el juez deberá solicitarla (at No. 2 y 3 art 38 ley 1996 de 2019)

### **c.b. 2. Concepto de valoración de apoyos, pruebas de oficio y duración del proceso**

---

<sup>49</sup> ALVARADO Adolfo, Clásicos Jurídicos, *Como se hace el proceso*, Editorial Tifus, s.f.

<sup>50</sup> POZZOLO, Susanna. *Robert Alexy, derechos fundamentales, discurso jurídico y racionalidad práctica. ¿Una lectura realista?*, Derecho & Sociedad, 2017, no 48, p. 213-223. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18986>

Valuación que de acuerdo al enunciado normativo, establece como requisitos en el proceso verbal sumario, (i) la verificación del impedimento de la persona en discapacidad para declarar su voluntad o preferencias de cualquier forma, (ii) indicaciones de las herramientas útiles para la toma de decisiones con énfasis en la autonomía, (iii) identificación de los posibles candidatos para ejercer la función de apoyo, (iv) informe sobre la mejor interpretación de la voluntad y preferencias del titular del acto, en el que se incluirá el proyecto de vida que exponga los comportamientos anteriores y las tendencias que ha desplegado a lo largo de su vida, además, contenga el modo de transmitir y recibir la información (N. 4, art. 38 ley 1996).

De igual forma el Juez de 28 de Familia de Bogotá, Luis Benjamín Alvarado Alfonso<sup>51</sup>, “considera que la rama judicial tiene falencias en el equipo interdisciplinario, porque solo cuenta con un asistente social; por tanto, la adjudicación de apoyos podría darse desde una perspectiva muy subjetiva del funcionario, teniendo siempre presente la buena fe del accionante. Esas son circunstancias que hacen necesario el ejercicio de los principios constitucionales, incluso hasta, hacer advertencias sin que sea como tal una determinación que a futuro tenga una consecuencia jurídica.”

En teoría y de la literalidad del texto se extrae que este medio probatoria permitiría establecer con meridiana claridad las condiciones de vida y necesidades de la persona que se pretende proteger con la instauración de este proceso, pese a ello, el “proyecto de ley que desarrolla los parámetros para implementar el examen a la persona con discapacidad”, “Por el cual se reglamenta la prestación del servicio de valoración de apoyos que realicen entidades públicas y privadas en los términos del artículo 13 de la Ley 1996 de 2019”<sup>52</sup>. Difiere de la concepción normativa.

---

<sup>51</sup> Resumen de entrevista abierta, realizada a Luis Benjamín Alvarado Alfonso, Juez de 28 de Familia de Bogotá. -2021

<sup>52</sup> El Presidente de la República de Colombia, Proyecto de Ley: “*Por el cual se reglamenta la prestación del servicio de valoración de apoyos que realicen entidades públicas y privadas en los términos del artículo 13 de la Ley 1996 de 2019*”, 2020.

Como se mencionó anteriormente, el espíritu de la ley 1996 de 2019 al establecer cómo medio probatorio la valoración de apoyos buscaba acompañar la codificación interna a la CDPD y a las recomendaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, para la categorizar la intensidad de auxilio que demanda el titular del acto, y así satisfacer sus necesidades respetando la autodeterminación, no discriminación e inclusión de la persona en condición de discapacidad. Sin embargo, para el desarrollo de la norma se presenta el proyecto de ley que reglamenta la prestación del servicio de valoración de apoyos por parte de entidades públicas y privadas.

Reglamentación que, a la fecha, entre otras disposiciones, impone a la persona con discapacidad la obligación de participar activamente del proceso, responder a las preguntas formuladas, identificar a la red de apoyo, evidenciar e informar ajustes razonables, deber que, en una persona que no pueda darse a entender, quizás sea improbable de cumplir, como lo menciona el artículo 10 del proyecto mencionado.

Así mismo, el Juez 20 de Familia de Bogotá, Guillermo Raúl Botía Bohórquez<sup>53</sup>, “estima compleja valorar todas las pruebas para garantizar las preferencias cuando se trata de una persona que está en total imposibilidad de expresar sus gustos y sus opiniones frente a la manera como transita su vida y sus expectativas en el contexto familiar y social. De manera que, a la hora de calificar, deberá examinar a la luz de los reportes y los testimonios que se le presenten, cuál ha sido los hábitos que esa persona ha tenido en capacidad de ejercicio en desarrollo de sus derechos, para tratar de ajustar la medida de apoyos de manera que no se violente su voluntad, si tuviera plena capacidad para tomarla.

La facultad oficiosa del juez no puede alcanzar esferas que específicamente no han sido identificadas como de aquellas que necesiten

---

<sup>53</sup> Resumen de entrevista abierta, realizada a Guillermo Raúl Botía Bohórquez, Juez de 20 de Familia de Bogotá. -2021

asignación de apoyo. Pero, en algunos contextos, casos concretos, ello se requiere y habría que hacerlo a título de una salvaguardia específica para amparar al sujeto, autorizar por ejemplo que le administren los recursos de una pensión, porque si se dejan esos capos abiertos, se correría el riesgo de mantener a la persona expuesta a que alguien abuse de las limitaciones para obtener algún provecho indebido .”

También se menciona como obligación, pagar los costos cuando el examen sea realizado en entidad privada, carga que, atendiendo a la situación de pobreza de un alto número de este sector, confluye fácilmente en la congestión de las entidades estatales e incluso, podría continuar contrariando las directrices de la CDPD, al no mitigar los efectos negativos de este fenómeno.

En el mismo sentido, el proyecto de ley determina que el estudio será llevado a cabo por una persona facilitadora con un perfil profesional en terapeuta ocupacional, derecho, psicología, trabajo social, educación o afín a las ciencias sociales, con experiencia de dos años con personas con discapacidad, perfil que podrá ser flexibilizado sustituyendo el título profesional por cuatro años de experiencia en trabajo comunitario con personas con discapacidad y su labor se asimilará a un derecho de petición, que de no cumplir con los requisitos formales de la norma podrá ser rechazado, pero si cumple con las exigencias, tendrá una duración de cuarenta y cinco días bajo los lineamientos del protocolo nacional para finalmente expedir un informe (art. 25, 29 y 30 del proyecto de ley).

De la relación sucinta del procedimiento que se pretende establecer para la valoración de apoyos, se puede inferir que un solo profesional de las ciencias sociales con los protocolos establecidos, difícilmente puede cumplir con los requisitos mínimos establecidos para la prueba del proceso verbal sumario, adicional a ello, las condiciones en las que se desarrolla resultan diametralmente inequitativas, pues, las personas que pueden darse a entender cuenta con el mecanismo denominado certificado de discapacidad, que instituye un equipo interdisciplinario para la calificación

y clasificación de la discapacidad con más de un profesional que examine la situación, entre los que se proscriben la necesidad que el equipo lo componga un médico y dos profesionales del área social, sin que se fijen equivalencias<sup>54</sup>.

De allí que se puedan tener “por omitidas” las recomendaciones de acoger disposiciones normativas a fin de proveer apoyos para el ejercicio de derecho o toma de decisiones de las personas con discapacidad que lo requieran, adecuar los procedimientos judiciales para que las personas con discapacidad puedan realizar cualquier papel y participen en todas las etapas del proceso<sup>55</sup>.

Obstáculo probatorio que puede encontrar solución en la diversidad de roles que asume un juez, en su función legal lo obligan a ser versátil en diversos frentes, en la búsqueda de esa pluralidad de conceptos se abre paso la aplicación razonable como una forma de llenar los vacíos dogmáticos del positivismo. Para el profesor Francois Ost<sup>56</sup> profesor de la universidad de Bruselas, se debe recurrir a los dioses antiguos como una manera de equiparar funciones con los jueces modernos.

Júpiter, en su carácter de dios supremo representa la fuente de toda autoridad, la omnipotencia del orden autoritario, seguro de su poder y del derecho que institucionaliza, no hay espacio para el cuestionamiento, la duda o el dialogo. El segundo dios es Hércules, este se despliega en todos los frentes a diferencia de Júpiter se protege en el código resaltando la superioridad de la jurisprudencia, aconseja, vigila, anticipa, sus decisiones se ajustan a las situaciones y los requerimientos del momento, supervisa la

---

<sup>54</sup> El Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 113 de 2020, Art. 5. Disponible en: [https://www.minsalud.gov.co/Normatividad\\_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%20113%20de%202020.pdf](https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Resoluci%C3%B3n%20No.%20113%20de%202020.pdf)

<sup>55</sup> Naciones Unidas, *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia, 2016*. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/Recomendacion-es-comite-colombia-2016.pdf>

<sup>56</sup> OST, Francois, Júpiter, Hércules. Hermes, tres modelos de juez. *Doxa*, 1996. Disponible en: [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14\\_10.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10681/1/doxa14_10.pdf)

ejecución de las sentencias, Hércules se convierte en un nexo social, Entre los dos modelos emerge Hermes, su filosofía no es ley tácita ni jurisprudencia, no es normativo ni factico, es mediador, no admite otra ley que la circulación del discurso dando apertura a diversas fuentes susceptibles a tener en cuenta.

Ante las falencias evidenciadas, se hace necesario dejar de lado a la concepción legalista de Júpiter, para dar paso a Hércules o Hermes, lo que obligaría al director del proceso, como actor principal de la tutela judicial efectiva y en aras de esclarecer los espacios oscuros en la controversia, a ejercer sus facultades oficiosas<sup>57</sup> para verificar las alegaciones del tercero actor y establecer las reales circunstancias de la persona con discapacidad que no se puede dar a entender, pues, la justicia al ser una máxima del ordenamiento jurídico, impone al Estado el deber de facilitar los medios y poderes que el operador judicial requiera para lograr este fin<sup>58</sup>. porque “a pesar de ser la valoración de apoyos, la prueba reina del proceso, existen otros medios probatorios que pueden ser ordenados de oficio”<sup>59</sup>.

El Juez 22<sup>60</sup> de Familia de Bogotá, "considera que los procesos en donde la persona con discapacidad no tiene la posibilidad de hacer manifestación alguna, hay que tener mayor cuidado porque puede haber varios individuos que tenga mayor interés para suscribir a nombre de dicha persona algún documento jurídico.

Es importante que, en estas audiencias, se pueda escuchar a todas las personas que de alguna manera puedan incidir en la vida de la persona

---

<sup>57</sup> Artículo 169, Prueba de oficio ya petición de parte, Código General del Proceso, en Ley 1564 de 2012. Disponible en: [https://leyes.co/codigo\\_general\\_del\\_proceso/169.htm#:~:text=Art%C3%ADculo%20169.,las%20alegaciones%20de%20las%20partes.&text=Las%20providencias%20que%20decreten%20pruebas%20de%20oficio%20no%20admiten%20recurso](https://leyes.co/codigo_general_del_proceso/169.htm#:~:text=Art%C3%ADculo%20169.,las%20alegaciones%20de%20las%20partes.&text=Las%20providencias%20que%20decreten%20pruebas%20de%20oficio%20no%20admiten%20recurso).

<sup>58</sup> JUNOY, Joan Picó I, *El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado*, En Cuestiones Jurídicas, 2012, vol. 6, no 1, p, 11-31. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/1275/127523423002.pdf>

<sup>59</sup> Resumen de entrevista abierta, realizada a Javier Humberto Bustos Rodríguez, Juez de 16 de Familia de Bogotá. -2021

<sup>60</sup> Resumen de entrevista abierta, realizada a José Ricardo Buitrago Fernández, Juez de 22 de Familia de Bogotá. 2021

con discapacidad, para saber cuál es el apoyo que se le puede brindar; en la medida de lo posible citar al titular del derecho para valorar si realmente le es imposible manifestarse y las alternativas de mejora para la autonomía. Si ya no se puede dar a entender definitivamente se acuden a los ajustes razonables dependiendo de cada caso".

Sin embargo, esta actitud garantista del juez también invita a realizar un cuestionamiento, y es qué sucedería entonces, con la duración del proceso del canon 121 del C.G.P.<sup>61</sup> y la garantía de celeridad en la resolución de conflictos contenida en la tutela judicial efectiva.

Siguiendo con el estudio del proceso verbal sumario de adjudicación de apoyos, tenemos que, antes de empezar con la audiencia inicial se dispondrá la notificación de la demanda a quienes se identifiquen como red apoyo de la persona en discapacidad. En este punto en particular, es de resaltar que la audiencia inicial se establece en el trámite del proceso verbal<sup>62</sup> lo que rompe la estructura fijada en ley marco, para el procesal del verbal sumario<sup>63</sup> y abre una brecha interpretativa.

Ahora bien, si atendemos a literalidad de la ley (inciso 3, art 32 de la Ley 1996 del 2019); este asunto debe tramitarse por la cuerda procesal del verbal sumario, siendo entonces, de única instancia<sup>64</sup>, lo que desborda la libertad configurativa al extralimitarse en las excepciones de configuración para la doble instancia<sup>65</sup>, pues rompe el principio constitucional de previsión e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a

---

<sup>61</sup> Artículo 121 del Código General del Proceso, *Duración del proceso*.

<sup>62</sup> Artículo 371, Reconvención, Código General del Proceso, en Ley 1564 de 2012. Disponible en: [https://leyes.co/codigo\\_general\\_del\\_proceso/371.htm](https://leyes.co/codigo_general_del_proceso/371.htm)

<sup>63</sup> Artículo 392, Trámite, Código General del Proceso, en Ley 1564 de 2012. Disponible en: [https://leyes.co/codigo\\_general\\_del\\_proceso/392.htm](https://leyes.co/codigo_general_del_proceso/392.htm)

<sup>64</sup> Artículo 390. Asuntos que comprende, Código General del Proceso, en Ley 1564 de 2012. Disponible en: [https://leyes.co/codigo\\_general\\_del\\_proceso/390.htm](https://leyes.co/codigo_general_del_proceso/390.htm)

<sup>65</sup> Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-792 de 2014. *M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez*, Bogotá D.C., Colombia. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-792-14.htm#:~:text=C%2D792%2D14%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=Para%20efectuar%20la%20valoraci%C3%B3n%20de,dicta%20en%20un%20proceso%20penal.>

quienes ofrece el constituyente primario, prestar la atención especializada que requieran<sup>66</sup>.

El Juez 22 de Familia de Bogotá, José Ricardo Buitrago Fernández, “asegura que el Art. 38 del proceso verbal de adjudicación de apoyos quedo mal redactado, porque el título dice una cosa y el contenido otra, parece que el proceso fuera un verbal sumario. Sin embargo, cuando se lee, esta edificado sobre la base de hacer dos audiencias, lo que significaría que sería un proceso declarativo que tiene dos instancias, pareciera que fuera de una instancia, pero el desarrollo fue de doble instancia y así se viene haciendo”<sup>67</sup>.

La orientación constitucional y legal no siempre confluyen, de ahí que el operador judicial sea el encargado de mediar entre ellas y conjurar un daño o peligro, por esto es de gran importancia la discrecionalidad del juez y la motivación de sus decisiones, que según Alexy presenta como inconveniente distinguir cuales las posiciones surgen desde el análisis kelseniano, y cuales se dan desde la perspectiva hermenéutica, para enfocarse bien sea en la voluntad del legislador o en el significado racional, correcto o justo de la norma<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Artículo 47, Constitución Política de Colombia de 1991: El Estado adelantará una política de prevención, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos sensoriales y psíquicos a quienes se les prestará la atención especializada que requieran. Disponible en: <https://pdba.georgetown.edu/Parties/Colombia/Leyes/constitucion.pdf>

<sup>67</sup> Resumen de entrevista abierta, realizada a José Ricardo Buitrago Fernández, Juez de 22 de Familia de Bogotá. -2021

<sup>68</sup> ALEXY, Robert; PULIDO, Carlos, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2007. Disponible en: [https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/61078381/Alexy\\_Robert\\_-\\_Teoria\\_De\\_Los\\_Derechos\\_Fundamentales20191031-116619-1118xcu.pdf?1572522267=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DTEORIA\\_DE\\_LOS\\_DERECHOS\\_FUNDAMENTALE S.pdf&Expires=1613831494&Signature=ZKfalecgrPNKsGbp4ugFBeoVITHq9Jyf-4X1HtgN4tp7KEa~YnTRxqpX1t6GrEOYIWWuYpEuzxrjboZQ6l8fdIHneMd~t8SJVxonrGb16zbHDImapO1Jb~NRAhviw5o7cNN3vtstObrhuWAqTfSHvePEC~cn-K2JmS3UInslspwaicdSmKyY-1tbw8JdxnUJCxyb6sKw29jlgusPLuyqz-TCwDxAoBmgaJWviEFaM1w-divuVyJC9iMwIVmtIn42cdIE2JUWNxkrq4Mgs8R~pzY9VOfstxMxQv57VvF8fiDqdohdTeQknESWce9hnZxnCszbccGLdqcpJB5VpHLtpg\\_\\_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA](https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/61078381/Alexy_Robert_-_Teoria_De_Los_Derechos_Fundamentales20191031-116619-1118xcu.pdf?1572522267=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DTEORIA_DE_LOS_DERECHOS_FUNDAMENTALE S.pdf&Expires=1613831494&Signature=ZKfalecgrPNKsGbp4ugFBeoVITHq9Jyf-4X1HtgN4tp7KEa~YnTRxqpX1t6GrEOYIWWuYpEuzxrjboZQ6l8fdIHneMd~t8SJVxonrGb16zbHDImapO1Jb~NRAhviw5o7cNN3vtstObrhuWAqTfSHvePEC~cn-K2JmS3UInslspwaicdSmKyY-1tbw8JdxnUJCxyb6sKw29jlgusPLuyqz-TCwDxAoBmgaJWviEFaM1w-divuVyJC9iMwIVmtIn42cdIE2JUWNxkrq4Mgs8R~pzY9VOfstxMxQv57VvF8fiDqdohdTeQknESWce9hnZxnCszbccGLdqcpJB5VpHLtpg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA)

Luego de integrar el contradictorio, se dispone a dar traslado de la prueba de valoración de apoyos a todos los que hayan sido convocados y al Ministerio Público, por el término de diez días (No. 6 art 38 de la Ley 1996 de 2019), y es aquí donde volvemos nuevamente al procedimiento del verbal sumario, ya que para su trámite es inadmisibles los incidentes (inciso 4 artículo 392 Código General del Proceso, en Ley 1564 de 2012), por lo tanto, cabe preguntar ¿mediante que procedimiento puede una persona que componga la red de apoyo manifestar su objeción u oposición a la prueba de valoración de apoyos? ¿Esta configuración, impide el acceso a la administración de justicia, como lo indica la tutela judicial efectiva? ¿Incumple el presupuesto de accesibilidad de la CDPD, que se extiende hacia la familia de la persona con discapacidad? ¿Trasgrede el derecho de defensa que compone la tutela judicial efectiva?

Al respecto, menciona, Joan Junoy, citado con anterioridad, que el ejercicio probatorio debe permitir la intervención de las partes para complementar o variar sus pruebas, sobre los hechos que el operador judicial tenga dudas que este ejercicio se configure con claridad con el diseño normativo del proceso.

Vencido el término del traslado, el operador judicial decretará las pruebas que considere necesarias (No. 7 art 38 ley 1996 de 2019), momento procesal, en la que el director del proceso decidirá si su actuar se enmarcará en el juez Júpiter, Hércules o Hermes.

Evacuada la totalidad de las pruebas y concluido el término probatorio, se dictará sentencia.

### **c.b.3 Prohibición del numeral 8 del artículo 38 de la ley 1996 de 2019 y sentencia**

En la decisión de cierre se determinará el acto jurídico en el que será apoyada la persona con discapacidad, con limitación únicamente a los solicitados, prohibiendo de manera taxativa que el Juez se pronuncie sobre necesidades diferentes a las peticionadas (Literal a No. 8 del Art 38 Ley

1996 de 2019); además, se determinara quien ostentara la calidad de apoyo, detallando las funciones, naturaleza del cargo y término de duración del mismo (Literal b,d,e No. 8 del Art 38 Ley 1996 de 2019), también se incluirán las salvaguardias que impidan un conflicto de intereses o un aprovechamiento en detrimento del titular del acto (Literal c No. 8 del Art 38 Ley 1996 de 2019),

Esta norma no solo contradice una tendencia actual del derecho procesal familiar que es el abordaje integral de la problemática familiar, para solucionar en un mismo proceso el mayor número de controversias en la familia, lo que ha justificado la ruptura del principio de congruencia en los códigos de procedimiento como en el General del Proceso, en el artículo 281 parágrafo 1º, sino que desconoce que este es un proceso de protección de derechos fundamentales, donde el juez debe asignar el apoyo que se acomode a la garantía de los derechos de la persona con discapacidad; de ahí que por tratarse de derechos fundamentales la norma resulte contraria a la Constitución”.<sup>69</sup>

Al respecto, el Juez 16 de Familia de Bogotá, Javier Humberto Bustos Rodríguez<sup>70</sup>, “indica que en este proceso el juez debe acudir a la red familiar de la persona con discapacidad para que, por medio de ellos, se realice la mejor manifestación de la voluntad del apoyado, atendiendo a las decisiones que pudo haber tomado en el pasado, sus gustos, y posiciones frente al acto jurídico que se pretende. En relación con la prohibición de fallar extra petita, considera que puede vulnerar al discapacitado y para mejorar la concepción de adjudicación de apoyos se hace necesario estudiar la constitucionalidad de la norma e incluso, plantear excepciones de inconvencionalidad en este tipo de procesos.”

El Juez 22<sup>71</sup> de Familia de Bogotá, afirma que “en cuanto a la prohibición, va en contravía de una disposición más general y particularmente como son personas de especial pretensión

---

<sup>69</sup> GIRALDO, Jesael. Op.cit.

<sup>70</sup> Resumen de entrevista abierta, realizada a Javier Humberto Bustos Rodríguez, Juez de 16 de Familia de Bogotá. -2021

<sup>71</sup> Resumen de entrevista abierta, realizada a José Ricardo Buitrago Fernández, Juez de 22 de Familia de Bogotá. 2021

constitucional. Si se está hablando de que es en beneficio de ellos, como sucede con las pensiones, habría una contradicción entre esa prohibición del 38 y el parágrafo 1 del 281 (todos los jueces tienen la facultad de fallar ultra y extra petita)"

Dejando desprovisto al juez de las herramientas necesarias para la aplicación de la tutela judicial efectiva en favor de las personas con discapacidad. Además, omitiendo que la designación de apoyos debe ser conteste a la situación del titular del acto, utilizando reglas dinámicas y flexibles ante las divergencias de psiquis humana en la que es válida los errores y riesgos del apoyado como parte de la autonomía y determinación<sup>72</sup>.

"Puede que el propósito de la ley haya apuntado a darle cierta independencia y autonomía a aquellas personas que aún tienen esas posibilidades, pero no cubre a absolutamente a todos. De allí que este proceso viola el derecho que tiene el ciudadano para que le sean resueltas las peticiones y demandas que presenta ante el aparato jurisdiccional para una pronta y cumplida justicia"<sup>73</sup>

Luego, entonces, qué sucede si con las pruebas recaudas, se evidencia que el apoyo requerido por la persona con discapacidad desborda el acto jurídico que fue solicitado por el tercero. ¿Podría aplicarse como mecanismo de ajuste razonable alguna modificación? En el hipotético caso en que el apoyo peticionado ocasione un perjuicio para el titular del acto, pero del material probatorio se advierte la necesidad de un apoyo diferente al solicitado. Si el Juez, adopta una posición legalista, entonces, ¿puede ocasionar congestión en la justicia?, o quizás, ¿podría quebrantarse la efectividad de los fallos, ante la insuficiencia de los mismo?

---

<sup>72</sup> GUTIÉRREZ, David., & GARCÍA, Alejandro, *Principales novedades de la ley 1996 de 2019 que regula el régimen de capacidad legal en personas con discapacidad mayores de edad*, BS thesis. Universidad EAFIT, 2020

<sup>73</sup> Resumen de entrevista abierta, realizada a Luis Benjamín Alvarado Alfonso, Juez de 28 de Familia de Bogotá. 2021

Si el dispensador de justicia asume una postura positivista, podría violar derechos fundamentales, ya que el derecho posee una doble naturaleza: una real o fáctica y otra ideal o crítica, la primera refiere a la legalidad de acuerdo a los estamentos jurídicos y la eficacia social, la segunda tiene un carácter de corrección moral lo ideal es establecer un vínculo entre las dos de tal forma que garanticen los postulados jurídicos y de justicia, para alcanzar dicha cohesión Alexy sugiere tres argumentos, la corrección moral del derecho, la injusticia extrema como límite y los principios como mandatos de optimización<sup>74</sup>. De allí, es necesario retomar la posición de garante que ostentan los jueces de Familia, para indicar que en sus manos reposa la garantía de derechos constitucionales y convencionales de una persona con protección reforzada.

De otro lado y retomando el trámite legislativo asignado, qué sucede si el tercero que solicita el apoyo en favor de una persona en discapacidad o el Ministerio Público no están de acuerdo con la decisión adoptada por el Juez, ¿es la acción de tutela el mecanismo idóneo para controvertir una decisión judicial en un evento como éste? Lo anterior, se evidencia que el diseño normativo habilita desigualdades y discriminaciones en contra de las personas con discapacidad.

Con todo, antes de concluir, es importante resaltar que el precepto legal dispuso la conformación de un equipo interdisciplinario con el fin de asesorar al Juez (art 33 ley 1996 de 2019), mecanismo que en su concepción no es muy claro, pero que invita a cuestionar ¿puede la asesoría al operar incluir una modificación al apoyo demandado?, ¿Esta asesoría será una etapa más? Y si no se allega valoración de apoyos ¿el equipo interdisciplinario también lo asesorará?, ¿La asesoría es interpretativa, cualitativa o cuantitativa?, ¿Es la asesoría contemplada en la ley una mera capacitación? ¿Puede este equipo cumplir con los parámetros de la CDPD en artículo 12 de la convención?

---

<sup>74</sup> ALEXY, Robert. Op.cit.

De todo lo manifestado, se avizora que a pesar de que la Ley 1996 está vigente, persisten los fallos estructurales y no todas sus directrices están operativas, esta situación se presenta en: se supone que en este lapso de tiempo se realizaran las capacitaciones del caso, cabe preguntarse del porqué no se empezaron los procesos de formación a sabiendas que había trámite de ley en curso que exigía premura en este aspecto y cuya aprobación era ineludible<sup>75</sup>.

Si bien los mecanismos a nivel legal, deben contener límites de los derechos y adecuación específica que garanticen la satisfacción de las necesidades del individuo en diversidad, la legislación colombiana, hasta la fecha no es clara la forma en que los operadores judiciales pueden cumplir con tal función.

## V. Conclusiones

De lo expuesto, se concluye que, la tutela judicial efectiva denota la garantía con la que cuentan las personas para obtener la solución a un conflicto por parte de la administración de justicia, conforme a los procedimientos y tiempos fijados por la ley, con intervención de un operador de justicia imparcial, ecuánime y docto en el asunto. Por su parte, la convencionalidad es el mecanismo mediante el cual se acompasa la normatividad doméstica a los instrumentos internacionales, con aplicación evolutiva de acuerdo con el mundo social. De allí que, la concepción normativa para las personas con discapacidad que no pueden darse a entender, reclame una mayor atención de los conceptos anunciados para garantizar la dignificación e inclusión social del sujeto en diversidad.

---

<sup>75</sup> CORREA, Lucas, *Ley 1996 de 2019: qué está vigente y en qué debemos esperar*, en Laboratorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2020. Disponible en: <https://www.desclab.com/post/vigente>

La investigación se centra en el segundo de los procesos previstos en la ley (verbal sumario), donde la legitimación reposa en un tercero diferente al titular del acto jurídico (Art. 38) todo ello en presunto beneficio del discapacitado. El proceso que por orden legal deberá seguir el trámite declarativo, establece para su iniciación como requisito la existencia de una vulneración o amenaza de un tercero, lo que podría quebrantar el derecho de tutela judicial efectiva, limitando el principio pro actio.

Asimismo, para el desarrollo de la acción se establece la necesidad de practicar la prueba denominada “Informe de Valoración de Apoyo<sup>76</sup>”, medio probatorio que de acuerdo con el enunciado normativo que lo desarrolla, puede no ofrece certeza al juez de cuál es la voluntad del discapacitado ni de sus necesidades

Esta deficiencia probatoria, obliga en muchos casos al operador judicial a acudir a las facultades oficiosas, lo que puede afectar el principio de celeridad por mora en la protección de los derechos de la persona con discapacidad o deficiencias en la producción de la sentencia, al carecer de elementos que permitan adjudicar apoyos eficaces, completos y apropiados para el desarrollo de la capacidad legal y de ejercicio de las personas con discapacidad.

Del mismo modo, para la adjudicación del apoyo, impone una prohibición al operador judicial que contraía las facultades ultra y extra petitas otorgadas por ley al Juez de Familia, y a la postre, puede desencadenar en una abierta congestión a la justicia, si el director del proceso solo puede pronunciarse sobre la necesidad de los apoyos solicitados por el actor; cada vez que el tercero advierta una necesidad de la persona con discapacidad deberá acudir nuevamente a la jurisdicción ordinaria.

---

<sup>76</sup> Consejería Presidencial para la Participación de las Personas con Discapacidad, *Lineamientos y Protocolo Nacional para la Valoración de Apoyos*, 2020, Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/AtencionCiudadana/DocumentosConsulta/consulta-200710-Lineamiento-protocolo-nacional.pdf>

Lo que puede entenderse como un incumplimiento a las obligaciones de la Corte Constitucional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Además, quebranta el deber social del Estado de integración para personas con discapacidades físicas, sensoriales y psiquiátricos (Constitución Política de Colombia, 2020, art. 47)<sup>77</sup>, impidiendo una real aplicación del modelo social de la discapacidad.

El espíritu de la Ley de 1996 y la CDPD busca en el caso del discapacitado sin ejercicio de capacidad, el axioma de “mejor interés”. Para ello asumen que el apoyo sea cual fuese, sea coherente con la voluntad de la persona como una forma de validar los principios de igualdad, capacidad y autodeterminación de la CDPD. Sin embargo, del desarrollo normativo colombiano se observa que siempre habrá un tercero que decida, influyendo el juicio del apoyado, sobre una voluntad difícil o imposible de valorar.

La concepción normativa del proceso de adjudicación de apoyos desdeña la principalística del modelo social de la discapacidad, dado que algunas de las figuras creadas en los estamentos internacionales se desdibujan en aplicación planteada. Además, la legitimación en causa presenta conflictos de interpretación e interés que contravienen la igualdad e inclusión pregonada con la adhesión a la CDPD y perjudican en alguna medida, el acceso a la administración de justicia inmerso en la tutela judicial efectiva.

En el mismo sentido, la estructura del medio probatorio designado para el trámite judicial advierte una diametral desigualdad entre las personas que acuden a la judicatura y las que deciden gestionar su solicitud de forma extrajudicial; carecen de identidad en la aplicación de las pruebas en cuanto al grupo interdisciplinar, áreas evaluadas, clasificadas y calificadas. Circunstancia que confluye en detrimento del normal y

---

<sup>77</sup> Artículo 47, Constitución Política de Colombia de 1991. Op.cit

adecuado desarrollo temporal y probatorio del proceso, con una sobre carga laboral, que puede llegar a torpedear la celeridad, pertinencia y efectividad de los fallos.

Por otro lado, en este intitulado, se puede afirmar que la cuerda procesal asignada para determinar el apoyo requerido por la persona con discapacidad que no puede darse a entender, amenaza el principio de doble instancia, que pese a tener libertad de configuración legislativa, requiere de una mayor atención, por la calidad del sujeto de especial protección constitucional al que se dirige la ley y de los compromisos adquiridos con la comunidad internacional.

Igualmente, las limitaciones a las facultades del director del proceso, no solo se contraponen a la protección excepcional impuesta a los jueces por la ley marco de procedimientos. Sin que, se oponga al espíritu de la ley y la CDPD e impide, en determinadas ocasiones, la garantía de solución oportuna de conflictos que contiene el derecho a la tutela judicial efectiva. Además, puede llegar a ocasionar una congestión en el aparato judicial, ante el requerimiento de múltiples apoyos, en diferentes tiempos, con las mismas circunstancias para un mismo caso; cuestión necesaria presupuestada anteriormente.

Es aquí, donde se hace necesario reconocer que gran parte, estas garantías dependen de la preparación y estructura académica, moral y conceptual del operador judicial, quien es el que realiza el proceso de hermenéutica jurídica sobre los hechos presentados a su conocimiento, acompañados por la ley, la constitución y la jurisprudencia. De allí que sea indispensable generar una conciencia de esta situación por parte de la judicatura y de la comunidad litigiosa quienes, en ejercicio de su derecho de acción, pueden ilustrar al dispensador judicial.

No obstante, también se hace necesaria la intervención del Estado, regulador del mundo social, como sujeto de la tutela judicial efectiva y parte de la CDPD, para que cumpla las recomendaciones del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; en el sentido de robustecer

los programas de educación de los operadores de justicia; adecuar los recursos físicos y logísticos para el desarrollo del trámite de adjudicación de apoyos; acompañar la estructura y desarrollo de la prueba de valoración de apoyos a los fines y principios constitucionales y supraleales; reformular los procedimientos administrativos de los Fondos de Pensión y Jubilación, cuando intervenga una persona con diferencias funcionales, físicas o sensoriales para evitar congestión judicial, debido a que éste es uno de los mayores motivos para acudir al Juez de Familia, en busca de apoyos.

Así, pues, el proceso verbal sumario de adjudicación de apoyos presenta grandes obstáculos tanto en la aplicación de los principios básicos de CDPD como en los postulados de la tutela judicial efectiva, por los vacíos y contradicciones desarrolladas *ut supra*, haciendo énfasis en el proceso comunicativo de los mundos. Además, carece de recursos logísticos, técnicos, culturales y científicos que resuelvan la problemática particular del discapacitado. En razón a ello, todo depende de las calidades y formación de los jueces, para valorar cada situación con el axioma de mejor interés, lo que traza un desafío enorme para la judicatura, en procura, de lograr la inclusión del modelo social de la discapacidad en el trámite judicial colombiano.

## Referencias

ALEXY, Robert; PULIDO, Carlos: (2007) *Teoría de los derechos fundamentales*.

ALFONSÍN, Marcelo: (2017) "La doctrina del margen de apreciación nacional. Su recepción en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en Argentina, en relación con los derechos económicos, sociales y culturales". *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 15, no 19, p. 51-76.

ALVARADO Adolfo, Clásicos Jurídicos: (s.f.), “Como se hace el proceso” Editorial Tifus.

AMAYA, Jorge Alejandro: (2019), “El debate sobre la última palabra. Reflexiones sobre los controles de constitucionalidad y convencionalidad”, *Lex-Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 16, no 21, p. 91-114.

Asamblea General de las Naciones Unidas: (1938) *Ejecución del Prólogo de Acción Social para los Impedidos*.

CARNELUTTI, Francesco: (1996) Clásicos Jurídicos 1: *Cómo se hace un proceso*, Editorial Juris, s.f.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos: (s.f.) *Capítulo IV: Artículo 25*.

Consejería Presidencial para la Participación de las Personas con Discapacidad: (2020), *Lineamientos y Protocolo Nacional para la Valoración de Apoyos*.

CORREA, Lucas, *Ley 1996 de 2019*: (2020), “Qué está vigente y en qué debemos esperar”, en *Laboratorio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2020*.

El Ministerio de Salud y Protección Social: *Resolución 113 de 2020, Art. 5*.

El Presidente de la República de Colombia: (2020), *Proyecto de Ley*.  
Eroles, C., Fiamberti, H., Villaverde, M. S., Moreno, G., Shilling, S., Coriat, S. A. & Bértola, A. R: (2016), *Los derechos de las personas con discapacidad. Análisis de las convenciones internacionales y de la legislación vigente que los garantizan*, Espacio Editorial, Buenos Aires.

GARCÍA, Dora: (2015), “La Metodología de la Investigación Jurídica en el Siglo XXI”, *En Metodologías de la Enseñanza e Investigación Jurídicas*.

GELLI, María: (2005), “Matices de la legitimación, el agravio y el interés del estado por su responsabilidad internacional en materia de

derechos humanos”, en: *Revista de Derecho Político*, núm. 63, 2005, págs. 275-290, P. 276.

GIRALDO, Jesael: (2020) *Algunos aspectos procesales y sustanciales 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*, [Trabajo presentado en Congreso Colombiano de Derecho Procesal de la Universidad Libre de Colombia del Instituto Colombiano de Derecho Procesal], Bogotá.

GUTIÉRREZ, David., & GARCÍA: (2020) *Alejandro, Principales novedades de la ley 1996 de 2019 que regula el régimen de capacidad legal en personas con discapacidad mayores de edad*, BS thesis. Universidad EAFIT.

HITTERS, Juan: (2009), “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, en *Estudios constitucionales*, vol. 7, no 2, p. 109-128.

JIMÉNEZ, Geovana Andrea Vallejo; RÍOS, Mónica Isabel Hernández; RAMÍREZ, Adriana Elvira Posso, *La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos*. CES Derecho, 2017, vol. 8, no 1, p. 3-21.

JIMÉNEZ, Teresa., GONZÁLEZ, Paulino., & Martín, José: (2002) “La clasificación internacional del funcionamiento de la discapacidad y de la salud (CIF) 2001”, En *Revista Española de Salud Pública*, 76, 271-279.

JUNOY, Joan Picó I: (2012), “El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado”, En *Cuestiones Jurídicas*, vol. 6, no 1, p, 11-31.

Naciones Unidas: (2016), *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: Observaciones finales sobre el informe inicial de Colombia*.

O'REILLY, Arthur: (2003), *Una Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: Los siguientes pasos*.

OST, Francois: (1996) *Júpiter, Hércules. Hermes, tres modelos de juez*. Doxa.

PITTIER, Lautaro: (2016), "Control de convencionalidad en Argentina", en *Revista IIDH, Nº 64*, p. 161-188.

POZZOLO, Susanna: (2017), "Robert Alexy, Derechos fundamentales, discurso jurídico y racionalidad práctica. ¿Una lectura realista?", en *Derecho & Sociedad, 2017*, no 48, p. 213-223.

PUIG, Sebastián: (2012), *Tiempo, proceso y tutela judicial efectiva: la garantía de un sistema sin demoras*.

RAMOS, Sergio: (2020), "Capacidad en situación de discapacidad: análisis de la ley 1996 de 2019", en *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos, vol. 4, no 1*.

RUIZ, Gerardo & CARAZO, María: (2013), *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia – España.

SOLARES, Blanca: (1996), "La teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas: tres complejos temáticos", en *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales, 1996, vol. 41, no 163*, p. 9-33.

SORGI ROSENTHAL, Marina: (2017) "*Capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el código civil y comercial*", en *Derechos en Acción, vol. 4*.

SUÁREZ, Lizandro: (2014), "El control de convencionalidad y la protección de los derechos humanos en Colombia", en *Dixi, 2014, no 19*, p. 53-70.

TEITELBAUM, Alejandro: (2016) *Habermas y su teoría de la acción comunicativa*.

THOMPSON, James, et al: (2010) "Conceptualizando los apoyos y las necesidades de apoyo de personas con discapacidad intelectual", en *Siglo Cero, 2010, vol. 41, no 1*, p. 7-22.

TRAVIESO, Juan: (2009), *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina.

### **Citas jurisprudencia**

Corte Constitucional Colombia: Auto 227 del 2006. *M.P. Humberto Antonio Sierra Porto*. Bogotá D.C., Colombia.

Corte Constitucional Colombia: Sentencia C-426 de 2002. *M.P. Rodrigo Escobar Gil*. Bogotá D.C., Colombia.

Corte Constitucional Colombia: Sentencia T-030 de 2005. *M.P. Jaime Córdoba Triviño*. Bogotá D.C., Colombia.

Corte Constitucional Colombia: Sentencia T-476 de 1998. *M.P. Fabio Morón Díaz*. Bogotá D.C., Colombia.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-792 de 2014. *M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez*, Bogotá D.C., Colombia.

Corte Interamericana de Derechos humanos, Control de Convencionalidad, N° 7, 2015.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia 4 de 1981, G. J., tomo CLXVI, número 2407.

Corte Suprema de Justicia, STC I 1819 de 2019, *M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo*.

### **Artículos y leyes citadas**

#### **Colombia**

Artículo 121 del Código General del Proceso: *Duración del proceso*, en Ley 1564 de 2012.

Artículo 169 del Código General del Proceso: *Prueba de oficio ya petición de parte*, en Ley 1564 de 2012.

Artículo 371 del Código General del Proceso: *Reconvención*, en Ley 1564 de 2012.

Artículo 390 del Código General del Proceso: *Asuntos que comprende*, en Ley 1564 de 2012.

Artículo 392 del Código General del Proceso: *Trámite*, en Ley 1564 de 2012.

Artículo 47, Constitución Política de Colombia de 1991.

Artículo 93, Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 1306 de 2009, El congreso de Colombia.

Ley 1346 de 2009, El congreso de Colombia.

Ley 1564 de 2012 Nivel Nacional, El Congreso de la República de Colombia.

Ley 1996 de 2019, El congreso de Colombia.

Ley Estatutaria 1618 de 2013, El Congreso de Colombia.

### **Argentina**

Artículo 18 de la Constitución de la Nación argentina: (1994).

Poder Judicial, causa 13979 de 2014, Provincia de Buenos Aires, Argentina