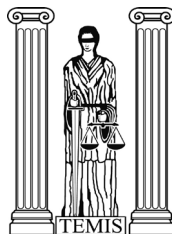


ÁLVARO ORTIZ MONSALVE

Profesor titular de pregrado y postgrado
de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas
y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia

**CAPACIDAD PLENA DE LOS MAYORES
EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD
MENTAL Y GUARDAS
DE MENORES EMANCIPADOS**

Leyes 1306 de 2009 y 1996 de 2019



EDITORIAL TEMIS S. A.

Bogotá - Colombia

2021

ÍNDICE GENERAL

Presentación	VII y VIII
--------------------	------------

TÍTULO I

EVOLUCIÓN Y TRANSFORMACIÓN DEL RÉGIMEN DE GUARDAS, TUTELAS Y CURATELAS

CAPÍTULO I

CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS TUTELAS Y CURATELAS

	PÁG.
§ 1. Formación histórica.....	3
I. Derecho romano.....	5
II. Códigos europeos.....	5
III. Código Civil colombiano.....	6
§ 2. Sistemas occidentales sobre la organización de las guardas	7
I. Las tutelas o curatelas de autoridad o públicas.....	7
II. La tutela de familia	8
III. Sistema mixto y nuevas concepciones.....	9

CAPÍTULO II

INSUFICIENCIAS DEL SISTEMA OCCIDENTAL EUROPEO Y NUEVAS REGULACIONES

§ 3. Críticas a las regulaciones iniciales de los países europeos	11
§ 4. Nuevas regulaciones en el derecho europeo	13

CAPÍTULO III

MODELOS DE PRESCINDENCIA, REHABILITADOR O MÉDICO Y EL SOCIAL QUE SE ADOPTA EN EL DERECHO COLOMBIANO EN 2019

§ 5. Modelos de prescendencia, médico o rehabilitador y social con funda- mento en los derechos humanos.....	17
I. Modelo de prescendencia o de prescindibilidad.....	17

	PÁG.
II. Modelo médico o rehabilitador.....	18
III. Modelo social.....	19
§ 6. Modelos o enfoques en el derecho colombiano	21
I. El modelo de prescindencia	22
II. Modelo médico o rehabilitador.....	24
III. Modelo mixto.....	24
IV. Modelo social.....	25

CAPÍTULO IV

RÉGIMEN INICIAL DEL CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO Y SU INSUFICIENCIA

§ 7. Regulación inicial en el Código Civil colombiano y leyes que lo modificaron.....	27
I. Sistema inicial de guardas y de representación.....	28
II. Modificaciones legislativas	28
§ 8. Sujetos de las guardas	29
§ 9. Derogatoria del Código Civil.....	30
§ 10. Valoración crítica del régimen de guardas del Código Civil y sus insuficiencias.....	31
I. Ausencia de políticas públicas	31
II. Insuficiencias de la regulación inicial del Código Civil colombiano.....	33
III. Otras insuficiencias en el sistema jurídico	34

CAPÍTULO V

RÉGIMEN DE LA LEY 1306 DE 2009, QUE DEROGA LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL, PERO CONSERVA LAS INTERDICCIONES E INHABILITACIONES

§ 11. Causas determinantes de la expedición de la ley 1306 de 2009 y sus finalidades.....	38
I. Factores o causas	38
II. Objeto y finalidades de la ley 1306 de 2009	40
§ 12. Contenido, principios y sujetos regulados de la ley 1306 de 2009	40
I. Contenido y alcance de la ley 1306 de 2009	41
II. Principios	42
III. Los sujetos regulados.....	44

CAPÍTULO VI

FALENCIAS DE LA LEY 1306 DE 2009, AL REITERAR
EL RÉGIMEN DE INTERDICCIONES Y NORMAS
QUE CONSERVAN VIGENCIA

	PÁG.
§ 13. Las principales falencias de la ley 1306 de 2009.....	46
I. Vulneró los derechos fundamentales de dignidad y de libertad	46
II. Se siguió descociendo el derecho fundamental de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica, y a los atributos de la personalidad	48
III. Desarrolló y aplicó solo en forma parcial y restrictiva los principios de necesidad, subsidiaridad y proporcionalidad	49
IV. Se dio preponderancia al modelo médico o rehabilitador	49
V. El núcleo central del Código Civil no se cambió y se mantuvo la decisión, por representación no voluntaria, en poder de terceros	50
VI. El efecto del modelo médico-rehabilitador en la ley 1306 fue la “patologización de la discapacidad.....	50
§ 14. Necesidad de suprimir la incapacidad de obrar para las personas mayores en situación de discapacidad mental	51
I. Finalidad y otorgamiento de plena capacidad.....	51
II. Derogatoria integral del régimen anterior de discapacidad para las personas mayores	52
§ 15. Vigencia del sistema de guardas para los menores emancipados y régimen transitorio.....	53

TÍTULO II

LA PLENA CAPACIDAD LEGAL DE LAS PERSONAS
MAYORES EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD
MENTAL —LEY 1996 DE 2019—

CAPÍTULO I

FINES Y CONTENIDO DE LA LEY 1996 DE 2019

§ 16. Plena capacidad de obrar y respeto a la autonomía y preferencias	57
I. Se reconoce plena capacidad de obrar o legal a las personas mayores en situación de discapacidad	58
II. El reconocimiento pleno de la capacidad de obrar no es una presunción ni legal ni de derecho, es plena o total porque es el reco-	

	PÁG.
nocimiento del derecho fundamental a su libre desarrollo, autonomía y preferencias	59
III. Se presume la independencia en la celebración de los negocios jurídicos	63
IV. Su capacidad plena también se predica para las relaciones laborales, con lo cual se protege su vinculación y se prohíbe la exclusión	63
V. Dentro de una concepción sistémica del Derecho se establece que las personas en situación de discapacidad mental son titulares de todos los derechos fundamentales regulados en el derecho interno y en los pactos, convenios y convenciones internacionales sobre derechos humanos	64
VI. La autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas en situación de discapacidad mental siempre prevalecen, no obstante que se acuda a los apoyos voluntarios o judiciales	64
VII. Se establecen y regulan los mecanismos y clases de apoyos formales y de voluntad anticipada, así como la adjudicación judicial de apoyos.....	64
VIII. La no utilización de los apoyos formales conforme a lo convenido en los acuerdos de apoyo o en los ordenados por el juez generan nulidad relativa del negocio, a menos que estos les sean útiles o sean gratuitos.....	64
IX. De manera especial se regulan las condiciones, deberes y responsabilidades de las personas de apoyo	65
X. En virtud del, principio de igualdad se establecen procedimientos para dejar sin efectos las sentencias anteriores de interdicción o de inhabilitación, y se establece un régimen de transitoriedad	65
XI. Se establece de manera temporal el proceso de adjudicación judicial de apoyos transitorio	65
XII. Derogatoria orgánica.....	66

CAPÍTULO II

SUBSISTEMA JURÍDICO DE REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MAYORES EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD MENTAL

§ 17. Principales ordenamientos constitucionales, supranacionales y legales que conforman el subsistema jurídico de protección y su aplicación	68
I. Constitución Política de 1991	68
II. Convención de la Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con discapacidad.....	69

	PÁG.
III. Principios específicos sobre capacidad jurídica adoptados en la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad	70
IV. Ley estatutaria 1618 de 2013.....	70
V. La ley 1996 de 2019	71
VI. Otros convenios	72
VII. El subsistema en su integración y aplicación práctica.....	72
§ 18. Estudio de la Corte Suprema de Justicia sobre el bloque de constitucionalidad	74
I. Estructura y fines de la ley 1996 de 2019	74
II. Fundamentación según la Corte en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la Declaración de los Derechos del Deficiente Mental, y en el Convenio 159 sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas.....	75
III. Fundamentación, según la Corte Suprema de Justicia en la Declaración de Cartagena de Indias sobre Políticas Integrales para las Personas con Discapacidad en el Área Iberoamericana, en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, en la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, y procedencia de la acción de tutela.....	76

CAPÍTULO III

APOYOS PARA EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD LEGAL, AJUSTES RAZONABLES, SALVAGUARDIAS Y APOYOS FORMALES

§ 19. Los apoyos en general y los requeridos por las personas en situación de discapacidad, según la ONU.....	79
§ 20. Los apoyos según la ley 1996 de 2019	80
§ 21. Los ajustes razonables para el ejercicio de la capacidad legal.....	81
I. Diferencia entre los ajustes razonables y el derecho de acceder o de acceso o de accesibilidad.....	82
II. Fines de los ajustes razonables.....	83
III. Obligatoriedad de su ejecución en las notarías y en los centros de conciliación en derecho	85
§ 22. Las salvaguardias en el ejercicio de la capacidad legal	87
I. Finalidad de las salvaguardias y criterios para establecerlas	87
II. Obligatoriedad de establecer las salvaguardias	88
§ 23. Los apoyos y directivas anticipadas para la realización de actos y negocios jurídicos	89
I. Concepto legal de apoyos formales para celebrar actos y negocios jurídicos en el ejercicio de la capacidad legal	90
II. Acuerdos de apoyo para celebrar actos y negocios.....	91
III. Directivas anticipadas	91

TÍTULO III

LOS APOYOS FORMALES PARA LA CELEBRACIÓN DE ACTOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS —ACUERDOS VOLUNTARIOS Y ADJUDICADOS JUDICIALMENTE—

CAPÍTULO I

CARACTERÍSTICAS Y FUNDAMENTO DE LOS APOYOS FORMALES

	PÁG.
§ 24. Concepto y clases de apoyos formales.....	95
§ 25. Fundamento y finalidad de los apoyos formales	96
I. Los apoyos formales garantizan la declaración de voluntad acorde con las preferencias de la persona en situación de discapacidad mental.....	97
II. Los apoyos formales propenden la eficacia de la autonomía privada de la voluntad de las personas en situación de discapacidad mental.....	98
§ 26. Características comunes de los apoyos formales	100
§ 27. Naturaleza jurídica de los acuerdos voluntarios y adjudicados judicialmente, y la facultad de representación	103
I. Acuerdos voluntarios de apoyos constituidos ante notarios y conciliadores judiciales en derecho	103
II. Adjudicación judicial de apoyos formales (con vocación de permanencia).....	104
III. Adjudicación judicial de apoyos temporales o transitorios	105
IV. Apoyos con representación o sin ella.....	106

CAPÍTULO II

FORMALIDADES PARA LA CONSTITUCIÓN, MODIFICACIÓN Y TERMINACIÓN DE LOS APOYOS EN NOTARIAS, CENTROS DE CONCILIACIÓN, Y EN LAS ACTUACIONES JUDICIALES

§ 28. Deberes y obligaciones de las notarías y de los centros de conciliación, su modificación y constitución y formalidades en esas actuaciones y en los procesos judiciales para la constitución de apoyos voluntarios.	108
I. Deberes y obligaciones especiales de las notarías y de los centros de conciliación	109
II. Formalidades y trámites para la formalización de acuerdos de apoyo ante los notarios.....	110
III. Formalidades y trámites para la constitución de los acuerdos ante conciliadores extrajudiciales en derecho	112
§ 29. Proceso de adjudicación judicial de apoyo solicitado por la persona en situación de discapacidad mental. (Entra en vigencia a partir del 26 de agosto de 2021, según el art. 52 de la ley 1996 de 2019).....	115

	PÁG.
I. Se debe proteger y garantizar el derecho fundamental de ejercicio de la autonomía privada y cumplimiento de las preferencias	115
II. Deberes especiales del juez	116
III. Trámite y etapas procesales	117
IV. Necesidad del informe solemne de valoración de apoyos	118
V. Contenido mínimo de la sentencia.....	119
§ 30. Proceso de adjudicación judicial de apoyo promovido por persona distinta al titular del acto jurídico.	119
§ 31. Modificación y terminación de los apoyos.....	120
I. Terminación de los acuerdos de apoyo voluntarios	121
II. Modificación de los acuerdos de apoyo voluntarios.....	122
III. Terminación y modificación si se trata de adjudicación judicial de apoyos	122

TÍTULO IV

DIRECTIVAS ANTICIPADAS

CAPÍTULO I

CONCEPTO, NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS

§ 32. Fundamento y concepto.	127
I. Fundamento	127
II. Concepto.....	128
III. Derecho comparado.....	128
§ 33. Naturaleza y características de las directivas anticipadas	129
I. Naturaleza jurídica	130
II. Características	131

CAPÍTULO II

DEBERES Y OBLIGACIONES DE LAS NOTARÍAS Y DE LOS CENTROS DE CONCILIACIÓN Y FORMALIDADES QUE DEBEN CUMPLIR LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS PARA SU CONSTITUCIÓN Y MODIFICACIÓN

§ 34. Deberes y obligaciones a cargo de las notarías y de los centros de conciliación y formalidades que deben cumplir las directivas	134
I. Requisitos consagrados en la ley 1996 de 2019 para la constitución de las directivas ante notario y en los centros de conciliación.....	134

	PÁG.
II. Requisitos consagrados en el decreto 1429 de 2020	135
§ 35. Modificación, sustitución y revocación de las directivas	135
§ 36. Terminación de las directivas	136

TÍTULO V

DEBERES, FUNCIONES Y RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS DE APOYO Y LA NULIDAD DE LOS ACTOS Y NEGOCIOS CELEBRADOS CON OMISIÓN DE LOS ACUERDOS DE APOYO CONSTITUIDOS

CAPÍTULO I

DE LAS PERSONAS DE APOYO Y SUS DEBERES

§ 37. Deberes y obligaciones	141
§ 38. Las funciones de las personas de apoyo.....	143
I. Las funciones señaladas no son taxativas	143
II. Función hermenéutica o de interpretación en general.....	144
§ 39. Desarrollo de las funciones	146
I. Debe existir diversidad en las formas de comunicación	147
II. Se requiere de acciones proactivas, iniciativas creativas, y de asesoría	148
III. Si es necesario se debe fundamentar en el criterio legal de la mejor interpretación de la voluntad.....	149

CAPÍTULO II

NULIDAD DE LOS ACTOS Y NEGOCIOS CELEBRADOS CON OMISIÓN DE LOS ACUERDOS DE APOYO, VOLUNTARIOS Y JUDICIALES Y RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS PERSONAS DE APOYO

§ 40. Invalidez de los actos y negocios celebrados con omisión de los apoyos formales ya constituidos.....	151
§ 41. Eficacia e inoponibilidad de las directivas anticipadas	153
§ 42. Responsabilidad de las personas en los apoyos y en las directivas anti- cipadas	154

TÍTULO VI

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PARA LA REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS EJECUTORIADAS DE INTERDICCIÓN Y DE INHABILITACIÓN DE PERSONAS MAYORES Y VIGENCIA DEL RÉGIMEN DE GUARDAS PARA MENORES EMANCIPADOS

CAPÍTULO I

REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS EJECUTORIADAS DE INTERDICCIÓN Y DE INHABILITACIÓN, SUSPENSIÓN DE LOS PROCESOS EN CURSO, Y REGULACIÓN DEL PROCESO JUDICIAL DE APOYOS TRANSITORIO

	PÁG.
§ 43. Revisión de las sentencias de interdicción e inhabilitación	159
§ 44. Prohibición de iniciación y suspensión de trámites de procesos en curso para la interdicción o la inhabilitación	160
§ 45. Adjudicación judicial de apoyos transitorios	161

CAPÍTULO II

NORMAS DE LA LEY 1306 DE 2009 DEROGADAS Y VIGENCIA DEL RÉGIMEN DE GUARDAS PARA MENORES EMANCIPADOS

§ 46. Derogatoria expresa y orgánica del régimen anterior y vigencia del régi- men de guardas para menores emancipados	163
I. Normas derogadas expresamente	163
II. Normas que siguen vigentes.....	164

TÍTULO VII

RÉGIMEN DE GUARDAS DE LOS MENORES EMANCIPADOS EN CUANTO A LOS SUJETOS, DESIGNACIÓN DE GUARDADORES Y FORMALIDADES PARA SU EJERCICIO

CAPÍTULO I

SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL RÉGIMEN DE CURATELAS (PUPILOS, CURADORES Y ADMINISTRADORES)

§ 47. Pupilos y guardadores	169
I. Pupilos	169

	PÁG.
II. Guardadores	170
§ 48. Curadores	171
I. Los curadores	171
§ 49. Administradores patrimoniales	172
I. Administradores fiduciarios, obligatorios y opcionales	173
II. Administradores adjuntos personales para quienes tienen curador y para menores no emancipados.....	174
III. Administrador como agente oficioso.....	176

CAPÍTULO II

LA DESIGNACIÓN DE CURADORES Y ADMINISTRADORES

§ 50. De las guardas testamentarias	177
I. Los padres pueden nombrar guardador por testamento	177
II. La guarda testamentaria tiene efecto solo si ambos padres han fallecido.....	178
III. Prevalencia de la voluntad del menor adulto	178
IV. Designación de guardadores distintos por cada padre	179
V. Designación de administradores adjuntos.....	179
VI. Designación con pluralidad de guardadores	179
VII. Designación para una pluralidad de pupilos	179
VIII. Designación con sujeción a modalidades.....	179
IX. Designación del administrador fiduciario	180
§ 51. De la guarda legítima	180
§ 52. De la guarda dativa como función del juez	181

CAPÍTULO III

OBLIGATORIEDAD DE LA GUARDA Y CONDICIONES PARA SU EJERCICIO

§ 53. Obligatoriedad y sanciones	183
I. Obligatoriedad. Señala el legislador que “Los cargos de curador y consejero, así como el de administrador patrimonial persona na- tural, son obligatorios” (art. 71)	183
II. Sanciones al renuente	183
§ 54. Incapacidad para ser curador, entiendase inhabilidad	184
I. Incapacidades	184
II. Incapacidades sobrevenidas.....	187
III. Incapacidades temporales.....	187
§ 55. Denuncia de la incapacidad	187
§ 56. Excusas.....	188
I. Clases de excusas	188
II. Término para alegar las excusas.....	189

CAPÍTULO IV

FORMALIDADES PREVIAS AL EJERCICIO
DE LA GUARDA E INVENTARIO

	PÁG.
§ 57. De las garantías y la posesión del guardador	190
I. Garantías.....	190
II. Posesión.....	191
§ 58. Inventario de los bienes administrados	191
I. Obligatoriedad y oportunidad del inventario	192
II. El inventario es solemne y debe elaborarse con formalidades especiales.....	192
III. Inventario adicional.....	193
IV. Inventarios anuales y al finalizar su gestión.....	193

TÍTULO VIII

FUNCIONES, OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD
DE LOS CURADORES Y ADMINISTRADORES DE MENORES
EMANCIPADOS Y TERMINACIÓN DE LAS GUARDAS

CAPÍTULO I

LAS FUNCIONES DE CUIDADO PERSONAL,
REPRESENTACIÓN Y DE ADMINISTRACIÓN

§ 59. La función de cuidado personal	197
§ 60. La función de representación	198
I. Contenido y alcance de la representación	198
II. Necesidad de la representación y publicidad de la misma.....	200

CAPÍTULO II

LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES

§ 61. Contenido y criterios para el cumplimiento de las funciones de admi- nistración	201
I. Contenido y alcance de la función de administrar	201
II. Criterios de administración	201
§ 62. Actos prohibidos y actos que requieren autorización	203
I. Actuaciones prohibidas al guardador.	203
II. Actos y negocios que requieren autorización.....	204
§ 63. Administración fiduciaria y contrato de fideicomiso	205

	PÁG.
I. Sociedad fiduciaria, administración y control	205
II. Requisitos del contrato de fideicomiso de bienes del pupilo	206

CAPÍTULO III

OBLIGACIÓN DE RENDIR INFORMES SOBRE LA SITUACIÓN PERSONAL DEL MENOR Y RENDICIÓN DE CUENTAS

§ 64. Del informe de la guarda y de la rendición de cuentas	208
I. Informe del guardador sobre la situación personal del menor	208
II. Exhibición anual de la cuenta-rendición de cuentas	209
III. Término y procedimiento para la exhibición	209
IV. Audiencia para la exhibición.....	210
V. Sanciones para los guardadores que no rinden la cuenta	210
VI. Saldo de las cuentas.....	211

CAPÍTULO IV

RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DE LOS GUARDADORES

§ 65. Responsabilidad civil de los guardadores	212
I. Responden individualmente y hasta de la culpa leve.....	212
II. Presunción de culpa.....	215
III. Formas especiales de responsabilidad civil.....	216
§ 66. Responsabilidad de orden penal para los guardadores	217
§ 67. Determinación de la indemnización y prescripción	217
I. Determinación de la indemnización.....	218
II. Regulaciones especiales	218

CAPÍTULO V

REMUNERACIÓN A LOS GUARDADORES Y TERMINACIÓN DE LAS GUARDAS

§ 68. De la remuneración a los guardadores	219
§ 69. Terminación de las guardas y consecuencias	220
I. Terminación de la guarda	220
II. Terminación por remoción del guardador y sanciones.....	221

TÍTULO IX

**LAS GUARDAS OFICIOSAS, DE HECHO,
LAS PUTATIVAS Y LAS IRREGULARES**

CAPÍTULO I

GUARDAS PUTATIVAS, IRREGULARES Y DE HECHO

	PÁG.
§ 70. Fundamento de la clasificación en guardas putativas, irregulares y de hecho	225
I. Guardas putativas	225
II. Guardas irregulares	226
III. Guardas de hecho (Oficiosas).....	227

CAPÍTULO II

**APLICACIÓN DE LA AGENCIA OFICIOSA
AL GUARDADOR DE HECHO**

§ 71. Alcance y contenido de la agencia oficiosa en el ejercicio de las guardas	228
§ 72. Situaciones usuales de guardas de hecho u oficiosas.	229
§ 73. El guardador de hecho como gestor oficioso	230
§ 74. Clases de guardadores oficiosos o de hecho, de buena fe y mala fe, y guardas en estado de necesidad.....	231
I. Guardadores oficiosos o de hecho de buena fe	232
II. Guardadores oficiosos o de hecho de mala fe	234
III. Guardas en estado de necesidad	234