



CAPACIDAD JURÍDICA Y DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL MARCO DEL DERECHO NOTARIAL

JUAN MANUEL SANTOS CALDERON

Presidente de la República

JORGE EDUARDO LONDOÑO ULLOA

Ministro de Justicia y del Derecho

ARLEYS CUESTA SIMANCA

Viceministro de Promoción de la Justicia

RAMIRO VARGAS DÍAZ

Director de Justicia Formal y Jurisdiccional MJD

ALVARO ROJAS CHARRY

Presidente Unión Colegiada del Notariado Colombiano

PAULA TORRES HOLGUÍN

Directora PAIS, Universidad de Los Andes

Equipo Legal:

Luis David Echeverry - Notario tercero de Medellín

Federico Isaza Piedrahita

Tatiana Romero Acevedo

Asistentes de Investigación:

Julián A. Gualdrón

María Ximena Dávila

Coordinación Administrativa:

Carolina Malaver

Tatiana Romero Acevedo

Diseño y diagramación:

Mónica Vásquez Vargas



CONTENIDO

Presentación

Modelos históricos de discapacidad

¿Qué es la discapacidad?

Normas internacionales

¿Cuál ha sido el desarrollo normativo en Colombia?

Protección constitucional de la población con discapacidad

¿Qué es la personalidad jurídica?

Capacidad jurídica

La figura de la interdicción y la ley 1306 de 2009

Sistema de apoyos

Ajustes razonables

Servicio notarial y capacidad jurídica

¿Cómo la normativa que regula la actividad notarial aborda la discapacidad?

Gestiones más recurrentes en una notaría

Algunas recomendaciones prácticas

Algunos apoyos tecnológicos para la atención de las personas con discapacidad



PRESENTACIÓN

Colombia ratificó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumento que si bien no crea derechos nuevos sí imprime una perspectiva de discapacidad a los derechos que han sido tradicionalmente reconocidos y garantizados a la comunidad en general.

En cuanto al acceso a la función pública y a la justicia (actividad también de competencia de los notarios y notarias en su actuar como conciliadores extrajudiciales) es imperativo para Colombia asegurar que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento para facilitar su actuación como participantes directos e indirectos, con pleno reconocimiento de su capacidad para ser titular de derechos y ejercerlos.

Por ello, es necesario que en los escenarios de despliegue de la función notarial se adopten todas las medidas pertinentes para prescindir de las prácticas que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad. Esto conlleva entre otros aspectos, eliminar estereotipos, efectuar ajustes razonables y brindar apoyos que aseguren la plena participación y la igualdad de esta población en todos los escenarios de desarrollo individual y comunitario.

Bajo esta perspectiva, es obligación del Sistema Notarial efectuar una adecuación de sus protocolos internos e implementar los ajustes razonables que se requieran para asegurar que ellos respondan a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y a la Ley 1618 de 2013, asegurando que los servicios a su cargo se encuentren desprovistos de barreras actitudinales, arquitectónicas, comunicacionales y jurídicas que impiden el actuar efectivo de las personas con discapacidad.

Esta Cartilla, construida por el Ministerio de Justicia y del Derecho y la Universidad de Los Andes en asocio con la Unión Colegiada del Notariado Colombiano, ofrece a los notarios y notarias del país insumos académicos y técnicos para asegurar que su actuar sea plenamente inclusivo y responda a los postulados de la Convención.

**La construcción de la presente cartilla y su finalización se realizó en permanente consulta con algunas organizaciones para y de personas con discapacidad, así como con entidades del Estado y el Consejo Nacional de Discapacidad.*

¿POR QUÉ UNA GUÍA SOBRE ESTE TEMA?

El 10 de mayo de 2011 fue un día histórico para Colombia. En esta fecha Colombia se integró a la lista de países que ratificaron la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD). Este instrumento internacional sirve como catalizador a la lucha global liderada por colectivos de personas con discapacidad por medio de la cual se buscaba integrar un documento garantista y evolucionado para las personas con discapacidad, y por otro lado, claro, preciso y balanceado para los Estados parte.

La CDPD consagra toda una serie de derechos, cuyo carácter es de obligatorio cumplimiento para Colombia, que debe garantizarlos a través de sus ramas de poder y en especial, a través de sus funcionarios públicos.

¿POR QUÉ LE COMPETE ESTE TEMA A LAS FUNCIONARIAS Y FUNCIONARIOS DE LAS NOTARÍAS?

Porque al igual que todos los ciudadanos y ciudadanas, tienen el deber de promover el derecho a una igualdad real y efectiva, adoptando medidas en favor de grupos históricamente discriminados, como las personas con discapacidad¹, al igual que la obligación de promover y respetar los derechos humanos. Recuerde que irrespetar o no garantizar los Derechos Humanos de las Personas con discapacidad es un acto de discriminación.

Además, es importante que tenga en cuenta que:

A. Discriminar es una causal de suspensión provisional del trabajo. La Corte Constitucional ha señalado que si se impone o ejecuta una medida que vulnere o amenace de manera deliberada los derechos humanos de una persona o colectivo, se puede imponer la suspensión provisional del empleo de la persona a cargo de la ejecución de la medida².

B. Es de vital importancia conocer los derechos de las personas con discapacidad. La discriminación por razones de discapacidad hoy es castigable penalmente a partir de la Ley 1752 de 2015. Esta Ley amplía a la población con discapacidad la protección especial en el delito de hostigamiento motivado por razones de discapacidad y los delitos de discriminación, que antes sólo cubrían otros grupos de especial protección. De otra parte, la CDPD señala como un acto de discriminación no implementar las obligaciones que la misma contiene y que deben ser desarrolladas por los Estados, los funcionarios públicos y la sociedad en general.

1 Constitución Política de Colombia, artículo 13.

2 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-406 de 1995.



MODELOS HISTÓRICOS DE DISCAPACIDAD

La discapacidad ha existido a lo largo de la historia y en todas las culturas humanas; sin embargo, ésta ha sido entendida de diversas maneras en el tiempo y espacio. Diversos autores han estudiado y establecido tendencias históricas en la forma en como se ha abordado la discapacidad, no obstante, hay tres modelos que son comunes de encontrar a lo largo del tiempo: el modelo de prescindencia, el médico-rehabilitador, y finalmente, el social.

Es importante señalar que la marcada existencia de percepciones discriminatorias en un punto particular de la historia, no significa que el o los modelos hayan sido superados. El abordaje a la forma de entender la discapacidad no es único y continuo, sino que se encuentran interactuando constantemente entre sí³.

Modelo de prescindencia

Este modelo parte de una concepción cargada de herramientas vinculadas a relatos religiosos y supraterrrenales. Por ello la discapacidad, en su mayoría de veces, era percibida como monstruosidad generada por un castigo divino; como desviación. Esta visión tuvo un impulso mucho más amplio a partir de la edad media, fortaleciendo el dogma religioso. Como resultado de la experiencia de la discapacidad, cubierta bajo el manto de la monstruosidad y los relatos míticos, las personas con discapacidad eran ocultadas y aisladas de la vida en comunidad. Esto permitió que la vía de la institucionalización de las personas con discapacidad se formalizara y cobrara mucha más fuerza, incluso a día de hoy.

Modelo médico-rehabilitador

El tránsito histórico a la modernidad generó un cambio discursivo en la forma de medir y determinar la verdad. Las historias míticas y supraterrrenales fueron cambiadas por el discurso de la razón; y en este discurso, el conocimiento científico sería el mecanismo por el cual se analizaría la discapacidad. Con ayuda de la medicina se sentarían los parámetros para definir qué es normal y qué no lo es. Así, las antes denominadas monstruosidades, ahora “anomalías”, debían ser tratadas a través de métodos científicos y ser curadas, para incorporar los cuerpos a la comunidad y por ende, a los procesos de producción.

3 PALACIOS, Agustina. El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad. Madrid; Grupo editorial CINCA, 2008.P.26.

De esta manera, el criterio que definiría la discapacidad sería únicamente el criterio médico. Esta visión tiene consecuencias prácticas aún el día de hoy, pues figuras y procesos jurídicos fundamentan la determinación de esta supuesta “normalidad”, estrictamente en la voz de la experticia médica y en un sustrato conceptual de aparente protección y salvaguarda; todo ello para buscar “rehabilitar” o “curar” a la persona de su “anomalía”.

Modelo social

Este modelo, que es materializado en la CDPD, concibe a la discapacidad desde un punto de vista más complejo y abierto, puesto que no reduce la discapacidad a una situación estrictamente personal, como a un diagnóstico médico, sino que se configura a partir de las especificidades y diversidad de las personas, en conjunción con las barreras del medio que existan para ellas. Al ser interdependientes ambos componentes, en caso de que uno no exista, no habría discapacidad.

La importancia de este modelo es que reconoce que nuestras sociedades no fueron construidas para que todas y todos ejerzamos nuestros derechos, que por ser personas tenemos en igualdad de condiciones. En esta medida, puede señalarse que nuestras sociedades han sido, y son, profundamente excluyentes. Mediante este modelo se busca eliminar todas las barreras físicas, sociales, actitudinales, jurídicas y otras que se hayan construido históricamente y que no hayan permitido a las personas con discapacidad acceder y reivindicar sus derechos humanos⁴.

Así mismo, otra consecuencia y virtud de este modelo consignado en la CDPD, es que es aquel que Colombia se obligó a seguir y cumplir internacionalmente.

A modo de corolario puede establecerse que:

1. El modelo social reconfiguró internacionalmente el modo en que se veía a la discapacidad, y por tanto su definición, generada a partir de la existencia de dos componentes: la diversidad de la persona y las barreras sociales que existan.
2. El modelo social al estar enmarcado en un instrumento internacional ratificado por Colombia, es de obligatorio cumplimiento, y Colombia se encuentra comprometida a cumplir con los derechos allí consignados.
3. En virtud de la necesidad de superar el modelo de prescindencia y el modelo médico-rehabilitador, Colombia está obligado a identificary eliminar las barreras que históricamente han discriminado a las Personas con Discapacidad, así como a impulsar los ajustes razonables necesarios, como herramientas de modificación que mitigan las barreras que las Personas con Discapacidad enfrentan diariamente.

4 Ibid., p. 141.



¿QUÉ ES LA DISCAPACIDAD?

La discapacidad es entendida hoy como el resultado de la interacción entre alguna diversidad funcional que pueda tener una persona y las barreras que la sociedad en la que vive le genera y excluye del ejercicio efectivo de sus derechos. La Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de Naciones Unidas señala que:

“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”⁵

En este sentido, la discapacidad no se presenta por deficiencias concretas de las personas, sino por diversas barreras que pueden ser sociales, físicas, actitudinales o jurídicas, lo que permite establecer un objetivo claro: la eliminación de las barreras existentes, para permitir un pleno y efectivo ejercicio y disfrute de los derechos en cabeza de todas las personas.

La Convención no ignora en ningún momento las especificidades corporales, por ello menciona las deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, en su enunciación. En este sentido, el concepto de discapacidad no se resume a la catalogación de deficiencias que se realice. Así, la definición que trae la CDPD y cómo se entiende esta, tiene repercusiones significativas en el abordaje de la misma. El concepto y juego de lenguaje utilizado determina cómo el derecho recoge la problemática y brinda una posterior solución.

TIPOS DE DISCAPACIDAD

Si bien no es adecuado ni justo realizar una categorización de la discapacidad, al ser un concepto en constante evolución que depende de las características particulares de la sociedad y de las personas, de acuerdo al significado señalado en la Convención es posible evidenciar cinco (5) discapacidades que son comunes de encontrar en nuestro país y el mundo, sin perjuicio de que existan más:

⁵ ONU, Asamblea General. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 1.

1.
Discapacidad física:

Personas que tienen una movilidad reducida de su cuerpo o requieren de ayudas para manipular objetos, debido a las condiciones externas que las rodean.

Ejemplos: Personas que utilizan bastón y silla de ruedas o ayudas técnicas como prótesis u órtesis, entre otras.

2.
Discapacidad sensorial:

Personas que por alguna afectación, ya sea completa o parcial en sus sentidos, encuentran una serie de obstáculos para comunicarse o realizar sus actividades cotidianas.

Ejemplos: Personas sordas, Sordociegas (que se incluye dentro de las discapacidades múltiples) y personas ciegas o de baja visión.

3.
Discapacidad Intelectual/ Cognitiva:

Personas cuyo proceso de pensamiento, aprendizaje y adquisición y proyección del conocimiento es diferente, de otras maneras, de otros modos y a otros ritmos.

Ejemplo: Personas con Síndrome de Down o con autismo.

4.
Discapacidad Mental/ Psicosocial:

Personas cuyas funciones o estructuras mentales o psicosociales son diferentes. Una enfermedad mental no significa discapacidad, sino una consideración distinta a los modos de relación con el mundo, las demás personas e incluso con ellas mismas.

Ejemplo: Personas diagnosticadas con depresión, esquizofrenia, trastornos bipolares, entre otras. Es importante anotar que las personas con discapacidad psicosocial no pueden ser asimiladas con aquellas que tienen discapacidad intelectual, puesto que su proceso de aprendizaje no se ve comprometido.

5.
Discapacidad Múltiple:

Personas en quienes se combinan varios tipos de discapacidad, que generan necesidades más diferenciadas y barreras sociales mucho más complejas.

Ejemplo: Personas que tienen sordoceguera, pero además parálisis cerebral.

Si bien existen algunas categorizaciones concretas sobre lo que es la discapacidad, especialmente aquellas fundamentadas en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, es importante señalar que aquella clasificación se realizó previo a la estructuración del modelo social en la Convención⁶, por lo que su enfoque sigue demarcando un aspecto central en el tema de salud y no tanto en las barreras sociales que se generan.

¿CUÁLES SON ALGUNAS BARRERAS QUE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD PUEDE ENCONTRAR?

Cuando la diversidad humana se expresa a través del cuerpo y la mente, es posible que encuentre varias barreras en el entorno, que pongan a la persona en desventaja e inclusive, generen discriminación y exclusión. La diversidad humana implica que no todas las barreras sociales son iguales para las personas con discapacidad. Si bien es posible identificar muchas y de distinta naturaleza, las barreras más comunes, complejas y evidentes se han agrupado en cuatro (4) grandes categorías.

1. Físicas o Arquitectónicas

Esta barrera tan común en nuestra sociedad, genera obstáculos materiales y físicos, contruidos o no, que restringen, impiden o dificultan el acceso, la permanencia y el uso de espacios, objetos y servicios, abiertos al público o privados.

Ejemplos: Escaleras, inexistencia de plataformas y barandas, ascensores, instalaciones sanitarias adecuadas, sitios de parqueo, etc.

2. Actitudinales

Conductas, ideas, expresiones, estigmas y perjuicios generados por personas con o sin discapacidad, que resultan en la discriminación, exclusión y humillación de las personas con discapacidad. Es importante evidenciar que no todas las actitudes que generan discriminación tienen una connotación negativa, en principio.

Muchas de las ideas y acciones que se realizan con un fundamento aparentemente neutral o positivo, encubren unas concepciones de la discapacidad que afectan de manera directa el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Este es el ejemplo de expresiones como: “las personas con discapacidad son incapaces de tomar decisiones por su cuenta, por eso necesitan que un tercero decida por ellas respecto a su proyecto de vida,

⁶ La Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud –CIF- se realizó en la en la 54ª Asamblea Mundial de la Salud en el año 2001. La Convención, la guía para todos los países que la ratificaron, es promulgada cinco (5) años después.

gustos y administración de bienes”, o de políticas de corte asistencialista que, en ocasiones, producen más daño del que se espera.

3. Comunicativas

Este tipo de barreras genera dificultades complejas para las personas con discapacidad, para acceder en condición de igualdad a la información, comunicaciones y procesos comunicativos en general que se emitan por cualquier medio o modo. La información y la comunicación se ven restringidas para la población con discapacidad, al no ser accesibles a las situaciones particulares de cada persona, generando discriminación y exclusión. Esto sucede con el acceso a información regular, pero se consolida mucho más la barrera cuando se trata de información compleja, como la jurídica.

4. Jurídicas

Durante siglos, el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente el civil, ha restringido una serie importante de derechos de las personas con discapacidad. Este hecho no es exclusivo de la historia de las personas con discapacidad y sus luchas, sino que ha sucedido con colectivos bastante amplios que únicamente a través del tiempo han logrado modificar las situaciones jurídicas discriminatorias que el derecho les imponía⁷.

Como en todos los ámbitos, la visión social general sobre un tema tiene una repercusión directa en la forma en como el derecho la entiende y posteriormente la regula. En el caso de las personas con discapacidad, es posible evidenciar en nuestro ordenamiento jurídico una gran variedad de figuras que se fundamentan bajo la visión de las personas con discapacidad en el paradigma de la prescindencia y/o médico. Quizás la figura jurídica que más efectos negativos genera en la vida de una persona con discapacidad es la de la interdicción.

Algunas conclusiones:

Existen diversos y varios tipos de discapacidad. Todos requieren un análisis particular para definir las barreras que pueden vulnerar sus derechos o impedir que se ejerzan en igualdad de condiciones.

La mayoría de barreras que pueden observarse son más comunes de lo que se piensa, y es obligación del Estado realizar las modificaciones que le competen a nivel normativo y de políticas públicas, para eliminar estas barreras.

⁷ Las mujeres, indígenas, afrocolombianos, negros y raizales son ejemplo de grupos poblaciones que han logrado reivindicar sus derechos a lo largo del tiempo.



NORMAS INTERNACIONALES

Durante años la normativa colombiana y de muchos países excluyó de manera abierta a las personas con discapacidad del ejercicio en igualdad de sus derechos. Sin embargo, desde el siglo pasado se han realizado avances para incluir de manera efectiva a la población con discapacidad. El marco jurídico internacional contiene varios instrumentos que abordan directa o indirectamente, a las personas con discapacidad. Algunos de ellos son:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Convención Americana de Derechos Humanos

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

La Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en contra de las Personas con Discapacidad

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con discapacidad

Estas normas son parte del derecho internacional de los derechos humanos, que es el conjunto de reglas que protegen los derechos humanos a nivel internacional y se encuentran principalmente en los tratados internacionales, la costumbre y los principios generales del derecho. Cuando un Estado ratifica un tratado internacional, lo incorpora a su derecho interno.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La CDPD es un tratado internacional de Derechos Humanos de la ONU, reconocido constitucionalmente por medio de la Sentencia C-293 de 2010, y posteriormente ratificado por Colombia el 10 de mayo de 2011. Este tratado internacional consagra los derechos de las personas con discapacidad, y constituye el marco que guía y debe guiar todas las acciones públicas y privadas en materia de discapacidad. Su alcance y contenidos son obligatorios para el Estado y para la sociedad colombiana, cuestión que genera una importante responsabilidad para los ciudadanos, pero sobre todo, para quienes ejercen funciones públicas o se encuentran inmersos en acciones que involucran servicios públicos.

La CDPD parte de un punto esencial: establece que todas las personas con discapacidad gozan de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones a las demás personas. Por ello, la CDPD no crea derechos nuevos, sino que imprime una perspectiva de discapacidad a los derechos que han sido tradicionalmente reconocidos y garantizados, teniendo en cuenta la situación real de las personas con discapacidad en el mundo. Como se señaló, la CDPD no entiende la discapacidad como generalmente es vista: una enfermedad que debe curarse o un problema. La CDPD recoge la concepción de que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las características funcionales de una persona y las barreras arquitectónicas, actitudinales y comunicacionales que existen en el entorno, las cuales impiden que una persona con discapacidad ejerza plenamente sus derechos y libertades⁸.

Entre los principios generales de la CDPD están el respeto a la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad para tomar las propias decisiones y la independencia de las personas, la no discriminación, la igualdad de oportunidades y la accesibilidad, entre otras⁹. A su vez, la CDPD explícitamente garantiza el derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad con opciones iguales a las de las demás personas, y exige que los Estados adopten medidas efectivas y pertinentes para garantizar la plena inclusión y participación de las personas con discapacidad en la comunidad¹⁰.



¿CUÁL HA SIDO EL DESARROLLO NORMATIVO EN COLOMBIA?

Además de las normas constitucionales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el marco legal que regula los temas relacionados con la población con discapacidad es bastante importante. Algunas de las principales disposiciones vigentes son las siguientes:

Ley 361 de 1997: Aborda un amplio número de materias como la responsabilidad estatal, social y de privados en relación con la población con discapacidad.

Ley 982 de 2005: Establece los derechos de la población sorda y sordociega.

Ley 1275 de 2009: Plantea las necesidades y derechos de la población de talla baja.

Ley 1306 de 2009: Esta Ley se encarga de establecer el régimen de capacidad de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial.

⁸ CDPD, op.cit., Preámbulo y art. 1.

⁹ CDPD, op.cit., artículo 3

¹⁰ CDPD, op.cit., artículo 19

Ley 1145 de 2007:	Establece el Sistema Nacional de Discapacidad y su Consejo Nacional.
Ley 1237 de 2008:	Establece el fomento y promoción de las habilidades y talentos artísticos y culturales de las personas con discapacidad.
Ley 1275 de 2009:	Señala los parámetros para la inclusión social, el bienestar y el desarrollo integral de las personas de talla baja.
Ley 1346 de 2009:	Adopta la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad
Ley 1448 de 2011:	Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.
Ley estatutaria 1618 de 2013:	Establecida para el goce pleno de los derechos de las personas con discapacidad.



Existe una amplia protección de los derechos de las personas con discapacidad que no sólo ha sido reconocida por la Constitución Política de 1991, sino también por diversa y múltiple jurisprudencia de la Corte Constitucional. Así, el artículo 13 de la Constitución señala el deber manifiesto por parte del Estado, de adoptar medidas a favor de las personas con discapacidad que se encuentren en situaciones de debilidad manifiesta, para garantizar la igualdad y la no discriminación.

El artículo 47, por su parte, advierte el marco de acción que deberán llevar las políticas públicas estatales, dirigidas a garantizar y dar completa realización a los derechos de las personas con discapacidad, en todos los niveles. La Constitución otorga, así mismo, un lugar importante al acceso al derecho al trabajo para esta población (artículo 54), así como una obligación especial de garantizar la educación de las personas con discapacidad (artículo 68).

Estos derechos consagrados en la Constitución han sido desarrollados e interpretados ampliamente por la Corte Constitucional, incidiendo de manera importante en la correcta garantía de los mismos. Algunos de los desarrollos jurisprudenciales más importantes para la población con discapacidad son:

Las personas con discapacidad constituyen un grupo poblacional de especial protección constitucional.¹¹

¹¹ Esta protección ha sido otorgada a otros grupos como las mujeres, las niñas, niños, adolescentes y jóvenes, personas mayores, indígenas, afrocolombianos y la población LGBTI.

Las personas con discapacidad han integrado lo que se ha denominado como “minorías discretas u ocultas”, pues si bien constituyen un porcentaje alto de la población colombiana, han sido históricamente excluidos e invisibilizados.¹²

La discapacidad en ocasiones coincide con otras situaciones enmarcadas dentro de la garantía de especial protección del Estado, lo que se traduce en una doble protección constitucional.¹³ Este es el caso, por ejemplo, de las personas con discapacidad que son indígenas.

La protección constitucional protege de forma diferencial a las personas con discapacidad que son víctimas del desplazamiento forzado.¹⁴

A l g u n a s c o n c l u s i o n e s :

Hay un variado y diverso número de instrumentos internacionales que elaboran conceptos y derechos relacionados a la población con discapacidad.

Los postulados de los instrumentos internacionales en materia de Derechos Humanos que ratifica Colombia, se vuelven de obligatorio cumplimiento para el Estado y la sociedad colombiana. Además, éstos son integrados al denominado bloque de constitucionalidad¹⁵, por lo que adquieren un carácter preponderante de rango constitucional, por encima de las demás normas del orden interno.

A partir del desarrollo internacional y por ende interno en materia de normatividad, la Corte Constitucional ha otorgado a la población con discapacidad el carácter de grupo de especial protección.



¿QUÉ ES LA PERSONALIDAD JURÍDICA?

El derecho a la personalidad jurídica es un derecho humano reconocido por el derecho internacional y el derecho colombiano que, según la Corte Constitucional:

“no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana de ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho.”¹⁶

¹² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-076 de 2006.

¹³ Corte Constitucional de Colombia, Auto 006 de 2009 y Auto 173 de 2014.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ A partir de lo establecido en el artículo 93 de la Constitución Política.

¹⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-109/95.

El artículo 14 de la Constitución Política reconoce el derecho de todas las personas al reconocimiento de su personalidad jurídica. También lo hacen la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo tercero (3,) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 16, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) en su artículo 15 y la CDPD en su artículo doce (12). Así, la personalidad jurídica es un derecho que le corresponde a todas las personas sólo por el hecho de nacer, y se pierde sólo con la muerte.



CAPACIDAD JURÍDICA

La capacidad jurídica, se ha señalado, es el atributo más esencial de la personalidad jurídica de una persona, considerado como aquella aptitud para ser titular de derechos y ejercerlos. Sin embargo, es importante establecer una clara distinción entre lo que es la capacidad jurídica y la personalidad jurídica.

La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas en uno de sus informes durante la discusión previa de la creación de la CDPD señaló que la capacidad jurídica es, en efecto, un concepto más amplio que el de personalidad jurídica, compuesto por “la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático) y la capacidad de ejercer dichos derechos o de asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico)”¹⁷. Por ello, cuando se hable de personalidad jurídica, hay que tener en consideración que únicamente se está haciendo referencia al elemento estático; la capacidad jurídica engloba tanto al elemento estático como al elemento dinámico.

Es por ello que la capacidad jurídica es aquella que permite a un individuo convertirse en un sujeto de derecho. No podemos participar plenamente en la comunidad sin capacidad jurídica pues ésta es la que nos permite tomar decisiones relevantes para nuestra propia vida.

Tradicionalmente, y desde el derecho romano, se ha entendido que las personas con discapacidad, por el hecho de tener una discapacidad (principalmente cognitiva o psicosocial), no pueden tomar decisiones jurídicamente relevantes y, por tanto, los sistemas jurídicos autorizan la sustitución de la capacidad jurídica y designan una tercera persona para que tome decisiones por la persona con discapacidad. En Colombia, esto se hace a través de los procesos de interdicción e inhabilitación, regulados por la Ley 1306 de 2009.

“Es importante recordar que los Derechos Humanos son indivisibles (todos tienen igual importancia. No es posible hacer una jerarquización), inalienables (las personas no pueden renunciar a ellos), interdependientes (actúan de manera dinámica, reforzándose los unos a los otros), y son universales”.

17 ACNUDH. Informe presentado por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, en ocasión de la Quinta reunión del Comité Especial de la CDPD, sobre el asunto de la capacidad jurídica. Nueva York, 2005, p. 13.

¿Cómo se entiende en el derecho colombiano?

En los países con inspiración normativa-civilista como la nuestra, se ha concebido que la capacidad jurídica está compuesta por la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La Corte Constitucional colombiana lo ha desarrollado del siguiente modo:

Capacidad de goce: Aptitud general que tiene toda persona natural o jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones, y es, sin duda alguna, el atributo esencial de la personalidad jurídica.

Capacidad de ejercicio: Consiste en la habilidad que la ley le reconoce a una persona para poderse obligar por sí misma, sin la intervención o autorización de otra. “Implica, entonces, el poder realizar negocios jurídicos e intervenir en el comercio jurídico, sin que para ello requiera acudir a otro.”¹⁸



LA FIGURA DE LA INTERDICCIÓN Y LA LEY 1306 DE 2009

En la mayoría de países de nuestro continente y del mundo hay una presunción de incapacidad por el hecho de tener una discapacidad, especialmente mental o cognitiva. Los procesos que buscan “confirmar” esta presunta incapacidad son regulados normativamente por las figuras de interdicción o curaduría.

En nuestro país, la interdicción es aquel proceso a través del cual se declara judicialmente la incapacidad absoluta de determinadas personas para el ejercicio de sus derechos, entre quienes se incluye a las personas con discapacidad mental e intelectual. Este proceso, al igual que el de la inhabilitación¹⁹, es regulado por la Ley 1306 de 2009, que tiene por objeto “la protección e inclusión social de toda persona natural con discapacidad mental o que adopte conductas que la inhabiliten para su normal desempeño en la sociedad”²⁰.

Respecto a la interdicción, el objetivo principal de esta figura, rodeada aparentemente de seguridad y protección para las personas con discapacidad, es sustraer de manera total la capacidad jurídica de la persona sujeta a trámite por medio de una declaración judicial. Esta figura somete a la persona con discapacidad a un proceso de jurisdicción voluntaria donde ejerce un papel en la mayoría de los casos nulo, puesto que la persona con discapacidad no es parte en el proceso. Además, en la práctica, las personas con discapacidad que están siendo sujetas a este trámite judicial con graves y en ocasiones permanentes implicaciones, ni siquiera llegan a conocer a los y las funcionarias de los despachos judiciales.

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-983/02.

¹⁹ La figura de la inhabilitación está confeccionada para “discapacidades mentales relativas”. Es decir, una declaración de incapacidad respecto de aquellos actos y negocios sobre los cuales recae la inhabilitación, de acuerdo a la Ley 1306 de 2009.

²⁰ Ley 1306 del 5 de junio 2009, por medio de 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.

Entre otras, esta Ley no distingue ni siquiera en la clara diferencia entre personas con discapacidad cognitiva y discapacidad mental, puesto que las engloba en esta última situación, obviando las necesidades y particularidades de cada discapacidad.

Por otro lado, la categoría y definición de “personas con discapacidad mental absoluta y relativa”, se centran en una supuesta existencia de condicionamientos objetivos, medibles y cuantificables en términos científicos. Esto es especialmente complicado cuando se tiene en cuenta que las categorías de discapacidad mental absoluta y relativa, son definiciones jurídicas y no científicas.

Estos procesos demuestran una situación de discriminación bastante clara para el nuevo paradigma de derechos humanos obligatorio para nuestro país: la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones es un motivo legítimo para negar la capacidad jurídica como regla general, sin entrar a establecer las necesidades particulares de cada persona²¹. Estos erróneos acercamientos a la discapacidad son comunes en la mayoría de regímenes normativos en el mundo, de acuerdo al Comité de Naciones Unidas sobre la CDPD.

Es importante señalar que a pesar de que esta figura contraría los mandatos internacionales en relación al reconocimiento de la igualdad ante la ley, es común que en la prestación de varios y diversos servicios se solicite la declaratoria de interdicción de la persona con discapacidad²²; práctica errada y que se lleva a cabo incluso sin siquiera conocer a la persona a la que le solicitan la declaratoria judicial.

Recogiendo los parámetros del modelo social de la discapacidad, el artículo doce (12) de la CDPD, en particular, constriñe a los Estados a modificar los sistemas jurídicos que sustraen la capacidad jurídica de las personas, como la interdicción, y establece que es preciso trasladarnos de un modelo de sustitución de la capacidad a uno de toma de decisiones con apoyo centrado en la voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, eximiendo el criterio y juicio de un tercero. El derecho que consagra el artículo 12, recordemos, no es el de la capacidad jurídica; ésta se entiende inherente a todas las personas. El derecho que se consagra es el de igual reconocimiento ante la Ley.

Esta obligación se ve reforzada en el derecho interno mediante lo señalado en la Ley Estatutaria 1618 de 2013²³. La modificación de nuestras normas y prácticas para garantizar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad representa un reto importante que sólo lograremos superar si tanto la sociedad civil como las instituciones del Estado contribuimos desde nuestras respectivas funciones e iniciativas.

1. Puntos esenciales del Artículo (12)

Reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica: Esto implica que se debe garantizar que todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica, lo que es un requisito indispensable para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona.

21 COMITÉ CDPD. Observación General N° 1 sobre el artículo 12: igual reconocimiento como persona ante la ley. 11° Período de sesiones. 19 de mayo de 2014, párr. 15.

22 PAIS, de la Universidad de Los Andes, ha conocido que, a pesar de que en ninguna norma se señala específicamente la necesidad de la declaratoria de interdicción para el acceso a un servicio específico, en ámbitos de educación, salud y pensión es recurrente esta solicitud, hecho que no obedece a ningún mandato legal y que además contaría las normas de rango constitucional que se han integrado vía bloque de constitucionalidad.

23 Ley 1618 de 2013, artículo 21.

2. **Reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida:** Es importante entender que este inciso implica el reconocimiento tanto de la capacidad de goce como de ejercicio.

En este sentido, no se debe equiparar la capacidad jurídica con la capacidad mental. Esto es, la capacidad jurídica es un derecho humano reconocido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y no puede serle negado a nadie, independiente de la capacidad mental de cada persona. En este sentido, la capacidad mental de una persona no puede utilizarse como justificación para negar su capacidad jurídica.

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

3. **Establece que los Estados partes deben adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.** Esto quiere decir que los Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos.

El apoyo es un término amplio, que abarca distintas formas de ayuda, las cuales dependen de cada persona, pero pueden ir desde el apoyo que se puede conseguir entre pares u organizaciones civiles de personas con discapacidad, hasta la defensa de sus intereses por un tercero a quien la persona con discapacidad voluntariamente cedió poder o la asistencia para comunicarse por parte de un familiar o acompañante quien no habla por él sino que funge como traductor o amplificador de los deseos o intereses de la persona con discapacidad.

4. **Exige que los Estados Partes aseguren que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionarán salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos.** Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. Esto quiere decir que los Estados deben buscar la forma de garantizar que no haya abusos, engaños, manipulaciones o amenazas en el ejercicio del derecho a la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, pero también quiere decir que se debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, incluido sus derechos a asumir riesgos y a cometer errores.

5. **Exige que los Estados Partes tomen todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad**, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velen por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.

Uno de los derechos que ha sido denegado a las personas con discapacidad de manera más generalizada, es el derecho a la propiedad y a la administración de sus bienes. Este inciso se refiere de manera particular al derecho de las personas con discapacidad a la personalidad jurídica en lo relativo a temas económicos y financieros. Al respecto ya se ha pronunciado el Comité CDPD en años anteriores, señalando la vulneración continua de las personas con discapacidad a ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones en asuntos económicos²⁴.



SISTEMA DE APOYOS

Uno de los grandes cambios que introdujo esta Convención es el concepto de sistema de toma de decisiones con apoyo. Este concepto, aparentemente nuevo para el derecho en el ámbito de la capacidad jurídica, permite que quienes se encuentran en situación de discapacidad puedan acceder sin intermediarios a ejercer sin restricción ni condicionamientos un derecho inherente a la persona.

Es importante resaltar que los apoyos y el uso de los mismos no son algo extraño a la realidad de las personas. La mayor parte de las decisiones, jurídicamente relevantes o no de alguien, parten de un proceso de decisión donde se tiene en cuenta las opiniones de aquellas personas en las que se confía, tenga discapacidad o no. Es necesario, en algunos casos, formalizar estos apoyos.

²⁴ COMITÉ CDPD. Caso Szilvia Nyusti, Péter Takács and Tamás Fazekas Vs. Hungría. Comunicación N° 1/2010, 21 de junio de 2013, párr. 10.

Como se mencionó, el artículo doce (12) de la CDPD, recalca que es deber de los Estados que ratifiquen el tratado, reconocer en todas partes la personalidad jurídica propia a cada persona, sin excluir a la población con discapacidad. Adicionalmente determina que “Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.”

En este sentido, el Comité CDPD afirma que “[l]os Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos”²⁵. Así, quienes se encuentran en situación de discapacidad no podrán ser privados de su capacidad de ejercer la personalidad jurídica.

En esa medida, figuras como la declaratoria de interdicción, contrarían de manera expresa esta disposición, en tanto que por medio de ella se suprime la capacidad legal de una persona, transfiriéndola a un tercero.

Ahora bien, con el sistema de toma de decisiones con apoyo la capacidad de la persona con discapacidad no se suprime, por el contrario, se preserva intacta. Esta medida introduce un modelo de decisión conjunta y participativa en donde la persona con discapacidad es titular de derechos y se ve respaldada –no sustituida-, en su proceso de toma de decisiones.

Frente a este punto, la CDPD en el mismo artículo determina que:

“Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica” y

Lo que debe buscarse al implementar los apoyos es que éstos no terminen sustituyendo la voluntad de la persona con discapacidad. Por ello, debe tenerse en cuenta, acorde a la CDPD y a la observación general emitida por el Comité, que: i) Los apoyos deben respetar los derechos, preferencia y voluntad de la persona, ii) no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, iii) sean proporcionales y adaptados a las circunstancias de la persona, iv) se apliquen en el plazo más corto posible, y por último, v) estén sujetos a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial²⁶.

Los apoyos abarcan distintas formas de ayuda, que dependen de cada persona y sus necesidades particulares, pero pueden ir desde el apoyo que se puede conseguir entre pares, familiares y amigos hasta el apoyo por parte de las organizaciones civiles de personas con discapacidad.

Estos estándares reivindican el derecho de las personas con discapacidad a poder intervenir y ser parte en negocios jurídicos y por ende, tener obligaciones jurídicas, con especial protección por parte del Estado, para que no sean despojados de sus bienes de manera arbitraria.

Hay que buscar en nuestros servicios asegurar la primacía de la voluntad de las personas con discapacidad, de su autonomía y sus preferencias. El Comité de Derechos de las personas con discapacidad, intérprete último de la CDPD, es enfático en afirmar que “[l]os Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos.”²⁷

En este marco, por ejemplo, la Ley Estatutaria 1618 de 2013, que trae al ámbito nacional la aplicación de las disposiciones contenidas en la CDPD, ordena expresamente que:

²⁵ Citado en Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-182 de 2016.

²⁶ CDPD, op.cit., Artículo 12, numeral 4.

²⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-182 de 2016.

“El Ministerio de Justicia y del Derecho, o quien haga sus veces, en alianza con el Ministerio Público y las comisarías de familia y el ICBF, deberán proponer e implementar ajustes y reformas al sistema de Interdicción judicial de manera que se desarrolle un sistema que favorezca el ejercicio de la capacidad jurídica y la toma de decisiones con apoyo de las personas con discapacidad, conforme al artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de Naciones Unidas”.

El sistema de apoyos y de salvaguardas que se utilice para el caso determinado en nuestras notarías, deberá tener en cuenta los siguientes requerimientos para lograr un equilibrio entre el ejercicio de la capacidad jurídica y los métodos de protección de la decisión:

- a.** Que se respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona,
- b.** Que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida,
- c.** Que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona,
- d.** Que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

Con lo anterior, se evidencia el cambio que pretende introducir tanto la CDPD como la Ley 1618, en tanto que se aboga por la no supresión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, proponiendo a su vez como solución un modelo de toma de decisiones participativa e incluyente en donde la persona con discapacidad y su voluntad no se releven a un tercero de manera definitiva y forzada.



AJUSTES RAZONABLES

El concepto de ajustes razonables es de vital importancia para que podamos asegurar el efectivo ejercicio de derechos de las personas con discapacidad. La CDPD define los ajustes razonables como:

“(…) las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”²⁸.

Lo anterior implica cambios en la forma en como prestamos nuestros servicios, así como de los espacios en los que vivimos. Si bien hay algunos ajustes mucho más exigentes que otros, lo cierto es que la mayoría de ajustes que se pueden hacer no requieren de mayor presupuesto, dedicación y gestión. Debe tenerse en cuenta que la denegación de ajustes razonables, que no sean desproporcionados, para un caso en particular, constituye discriminación por motivos de discapacidad en los términos del artículo dos (2) de la CDPD. Algunas de estas modificaciones implican, por ejemplo:

- a.** Garantizar que existan rampas apropiadas para el ingreso a nuestras notarías.
- b.** Buscar la posibilidad de garantizar intérpretes en Lengua de Señas Colombiana, Guías-Intérpretes o talleres de formación para nuestros funcionarios y funcionarias.
- c.** Enviar un documento de forma digital en formato Word para una persona con discapacidad visual que usa lector de pantalla.
- d.** Contar con materiales informativos acerca de trámites y servicios que sean de fácil lectura y en Braille.
- e.** Dedicar, si es necesario, un poco más de tiempo con la personas con discapacidad para asegurar que la información que se está dando sea bien entendida por la persona que está siendo atendida, y sobre todo, garantizar la gestión para la cual se buscó a la notaría.
- f.** Realizar la atención en un lugar que no genere estrés
- g.** Utilizar un lenguaje menos técnico y más simple, entre otras.

Otro aspecto que debe tener en cuenta, en caso de que se encuentre prestando servicios a una personas con discapacidad cognitiva o mental, es identificar cuáles son los apoyos que requiere la persona para expresar su voluntad y preferencias.

- 1.** Hay entidades del Estado como el Instituto Nacional para Ciegos -INCI-, o el Instituto Nacional para Sordos -INSOR- que pueden apoyarlo con intérpretes de lengua de señas o textos en Braille de forma gratuita.

²⁸ CDPD, op.cit., Artículo 2.

2. En la Asociación Colombiana de Sordociegos –SURCOE- se presta asesoría y el servicio de Guías-Intérpretes, atendiendo los distintos métodos de comunicación que emplean las personas sordociegos.

3. El MinTIC tiene un servicio llamado el Centro de Relevó en donde, a través de la plataforma en internet y de manera gratuita, un intérprete facilitará la comunicación entre el funcionario y la persona con discapacidad. Puede acceder al mismo aquí:
<http://www.centroderelievo.gov.co/index.php>

Ahora, es común que la realización de ajustes razonables se confunda con el concepto de accesibilidad. Si bien ambos convergen y posibilitan el ejercicio de derechos, hay una diferencia clara: los ajustes razonables se diseñan y aplican de forma individual, según las necesidades de la persona con discapacidad, mientras que la accesibilidad está relacionada con amplios grupos de personas. La accesibilidad incluye las modificaciones a infraestructuras físicas, pero también a los dispositivos de uso público, como ascensores, mostradores, pizarras y cajeros. Toda la información y comunicaciones deben estar diseñadas para ser accesibles, incluyendo carteles de señalización, anuncios, documentos y páginas web²⁹.



FUNCIÓN NOTARIAL

Las Notarías tienen una naturaleza jurídica particular y de una relevancia inmensa. Como creación legal por mandato constitucional³⁰, las Notarías carecen de personería jurídica. En este sentido, su representación se ejerce de manera directa por el notario o notaria, como persona natural.

El notario o notaria es un(a) particular que actúa por delegación del Estado, en virtud del fenómeno de la descentralización por colaboración.

El servicio que presta es de carácter público.

²⁹ Naciones Unidas, Asamblea general. Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Catalina Devandas - Aguilar. A/71/150, 9 de agosto de 2016. Párr. 32-34.

³⁰ Constitución Política de Colombia, artículo 91.

La actividad notarial encuentra su fundamento en la Constitución, que le otorga la naturaleza de servicio público³¹ que propende por el interés general en el marco de nuestro Estado Social de Derecho. En términos concretos, la función notarial debe ser entendida como una “función testimonial de autoridad, que implica la guarda de la fe pública”³². Esta actividad se encuentra reglamentada en múltiple, dispersa y variada normativa. Al ser un servicio público que propende por el interés general en el marco de nuestro Estado Social de Derecho, este régimen jurídico es puntual y exigente.

La función notarial, y en general el servicio público que se presta debe “promover el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población y garantizar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares”³³

La función notarial es una función pública mediante la cual el Estado, en virtud de la descentralización por colaboración, necesita acudir a particulares con formación especializada para el apoyo en el desempeño de algunas de sus funciones³⁴. En este sentido, hay dos características de la función notarial que deben ser aclaradas. En primer lugar, la función notarial es una función llevada a cabo por particulares, lo que quiere decir que los notarios o notarias no son funcionarios y funcionarias del Estado. En segundo lugar, es una función pública, y en este sentido, a pesar de que los notarios no son funcionarios públicos, sí están sujetos a las obligaciones y sanciones que impone dicha función.

Así, la función notarial implica la prestación de un servicio público en cabeza de particulares. Uno de los efectos de ello es que las personas que prestan el servicio están sujetas a la vigilancia del Estado³⁵ y a las sanciones y obligaciones que se desprenden de su sometimiento a un determinado régimen jurídico que impone a los notarios y notarias la calidad de autoridades. En este sentido, la actividad notarial no puede concurrir con el desarrollo de funciones diferentes a la suya³⁶.

Es importante mencionar que la función notarial se diferencia de la función jurisdiccional, pues los notarios y notarias no tienen una potestad decisoria ni se encargan de adjudicar derechos con base en la valoración de hechos o pruebas³⁷. Por lo tanto, la facultad de imponer sanciones y definir derechos se encuentran fuera del ámbito de competencia de los notarios y notarias, y debe estar siempre en cabeza de autoridades judiciales o administrativas³⁸.

El notario o notaria no tiene superior jerárquico y es autónomo en el ejercicio e interpretación de la Ley, por supuesto, con observancia de la misma. En este sentido, el papel que tiene un notario o notaria en el marco de sus funciones, es vital para dar cumplimiento a las normas de carácter constitucional, y sobre todo, a las normas de derechos humanos. La finalidad última de la función notarial es el de la función fedante, definida como “una atribución de interés general propia del Estado, que aquél ejerce en su nombre por asignación constitucional, en desarrollo de la cooperación que el sector privado ofrece al sector público en virtud del fenómeno de la descentralización por colaboración.”³⁹

En este sentido, la fe notarial otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas ante el notario o notaria y a lo expresado por éste respecto de los hechos percibidos en el ejercicio de sus funciones, en los casos y con los requisitos que la Ley establece⁴⁰. Esto implica que las manifestaciones del notario o notaria, que consten en los documentos e instrumentos autorizados por él o ella, se presumen ciertas.

31 Constitución Política de Colombia, artículo 131.

32 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1508 de 2000

33 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1508 del 2000.

34 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-863/12.

35 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-187/97.

36 *Ibíd.*

37 *Ibíd.*

38 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1508 de 2000.

39 *Ibíd.*

40 Decreto 2148 de 1983, artículo 1.



¿CÓMO LA NORMATIVA QUE REGULA LA ACTIVIDAD NOTARIAL ABORDA LA DISCAPACIDAD?

Las funciones dentro del ejercicio notarial se encuentran contenidas en varias y dispersas normas en Colombia. Sin embargo, estas son algunas de las disposiciones más importantes que existen:

Decreto 960 de 1970 Es la primera norma específica que debe tenerse como referencia sobre la regulación de la actividad notarial. En este decreto se expide el estatuto del notariado donde se enuncian las normas generales que lo rigen, las funciones e incompatibilidades de esta función y los principios a los cuales debe estar orientada. Así mismo, se mencionan los trámites notariales como la escrituración, protocolización, testamentos y reconocimiento de documentos privados, y las formalidades que deben llevarse a cabo en su desarrollo.

Este decreto fue modificado por la ley 588 de 2000 que reglamentó el ejercicio de la actividad notarial, y algunos de sus apartes han sido declarados inexecutable en sentencias de la Corte Constitucional.

En este decreto se hace referencia a la discapacidad respecto de quienes quieran ejercer el cargo de notario o notaria y se tiene como un impedimento la incapacidad visual y las afecciones físicas o mentales que “comprometan la capacidad necesaria para el debido desempeño del cargo” (Artículo 133). Así mismo respecto de personas con discapacidad visual que comparezcan ante los notarios, se menciona que el notario deberá leer el documento en voz alta y tomar el consentimiento del declarante. Frente a las personas con discapacidad auditiva se menciona que deberán leer el documento y expresar su conformidad (Artículo 70.) De igual manera se menciona a las personas con “incapacidad absoluta”, cuya incapacidad deberá ser o bien percibida por el notario o costar en pruebas “fehacientes”, y de hacerlo, el notario o notaria podrá negar el servicio. (Art. 71.)

Breve comentario: Debido a la época en la que fue expedida esta norma, no resulta extraño que dentro de su articulado se puedan encontrar disposiciones contrarias a los estándares internacionales de derechos humanos, en relación a las personas con discapacidad. Cabe precisar entonces que por ejemplo, hoy debe buscarse la manera de aplicar los ajustes necesarios, y si es requerido los apoyos, para que una persona ciega pueda acceder al cargo de notario o notaria sin inconveniente alguno. Así mismo, la posibilidad que tiene un notario o notaria de establecer mediante un juicio subjetivo quién aparenta tener capacidad y quién no, es contraria a la CDPD en el sentido de que la capacidad jurídica se condiciona a la existencia de la discapacidad,

lo que resulta ser discriminatorio a la luz de la Constitución y las normas internacionales de derechos humanos.

Ley 588 de 2000: Es la Ley por medio de la cual se reglamenta el ejercicio de la actividad notarial. En esta Ley se establecen las competencias adicionales, métodos de selección y elegibilidad de los notarios, su postulación, la continuidad del servicio notarial y el régimen disciplinario aplicable.

Ley 962 de 2005: Esta Ley regula toda actividad administrativa de las entidades del Estado y de aquellos particulares que ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos, incluidas las Notarías. En esta Ley se mencionan los principios que rigen la administración pública. También autorizó a las notarias y notarios como funcionarias y funcionarios encargados de llevar el registro del estado civil de las personas modificando el artículo 118 del Decreto 1260 de 1970 (Por el cual se expidió el Estatuto del Registro del Estado Civil de las personas).

Hay un número importante de normas expedidas –en su mayoría Decretos- hace ya varias décadas que consignan cuestiones importantes en el tratamiento de la discapacidad y su convergencia con el servicio notarial. En el año 2015, con la expedición del Decreto 1069, “Por medio del cual se expide el decreto único reglamentario del sector justicia y del derecho”, se incorporaron al mismo la mayoría de estas normas. Entre las más importantes se pueden encontrar las siguientes:

Artículo 2.2.6 .1 .1.3 No autorización de actos: En esta norma se hace referencia a la validez de un acto contenido en un instrumento público cuando provenga de un “incapaz absoluto” y se establece que será nulo por ser contrario a la ley. Se considera una nulidad que no es saneable respecto de otros vicios que pueda advertir el notario los cuales se podrán sanear dando advertencia a los comparecientes.

Esta conceptualización proviene del artículo tercero del antiguo Decreto 2148 de 1983, que reglamentaba los decretos-leyes 0960 y 2163 de 1970 y la Ley 29 de 1973, y hacía mención a las normas del ejercicio notarial, los trámites que se efectúan y los procedimientos estipulados para ello.

En el mismo Decreto se mencionan otros puntos importantes relacionados con el tratamiento jurídico, que bajo un modelo contrario al de los derechos humanos, se ha establecido para la discapacidad:

Artículo 2.2.6 .13.2.9 .1. Aquí se consignan los actos exentos de causar derechos notariales, dentro de los que se cuenta el reconocimiento de documentos privados de personas “discapacitadas”.

Artículo 2.2.4.4.6.2. Este artículo se refiere a la cesación de funciones y sustitución del conciliador dentro de un proceso de insolvencia en caso de que le sea declarada una discapacidad mental, sin necesidad de revisión por parte de un juez o de trámite incidental.

Artículo 2.2.6 .1.5.3 .12. Se establece aquí las causales de retiro forzoso, donde se menciona que se da por la edad o la incapacidad física o mental permanente.

Estas obligaciones de retiro forzoso estaban establecidas previamente en el Decreto 2148 de 1983 artículo 75, modificado por el Decreto 3047 de 1989, artículo 1.

Artículo 2.2.6 .1.5.3 .14. Nueva designación. De acuerdo a este artículo, el notario o notaria retirada forzosamente por incapacidad física o mental podrá ser designado o designada nuevamente, si acredita plenamente su completa recuperación o rehabilitación mediante un certificado expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez que no ha cumplido la edad de retiro forzoso y que reúne los requisitos propios del cargo. Lo anterior estaba establecido en el Decreto 2148 de 1983, artículo 76.

Artículo 2.2.5 .1.2.2 .10: Por otro lado, en temas relacionados no estrictamente con el derecho notarial, pero sí con el acceso a la justicia, en el Artículo 2.2.5.1.2.2.10, referente a las actuaciones previas a la audiencia concentrada, se hace referencia, de manera implícita, a los ajustes razonables en algunos apartes de la actuación que vincula a víctimas del conflicto. Esto así, al tenerse en cuenta la discapacidad para brindar de manera adecuada la información a la persona, atendiendo a su situación particular. Esto mismo se puede articular a los servicios notariales, expandiendo la dimensión de las modificaciones para operativizar los servicios a todo el público con discapacidad.

Artículo 2.2.5 .1.2.2 .15: Es importante mencionar la obligación contenida en el Parágrafo 5º del Artículo 2.2.5.1.2.2.15, pues en la misma, donde se señalan algunos detalles del incidente de reparación integral, se prohíbe de manera expresa exigir el desarrollo de procesos de interdicción judicial. Así mismo, el deber de escuchar de manera directa a la persona con discapacidad, sólo acudiendo. Es igualmente importante denotar que ya este articulado, que incorporó lo establecido en el Decreto 3011 de 2013, habló en alguna medida de este cambio de paradigma, pues se refiere a la necesidad de incluir las redes de apoyo de las personas con discapacidad.

Decreto 1464 de 2015: Este mismo Decreto, al incorporar lo establecido en el previo Decreto 3454 de 2016, se encarga de reglamentar el concurso público mediante el cual se puede acceder al cargo de notario o notaria mediante la elegibilidad y parámetros establecidos, y se reglamenta la garantía de la continuidad del servicio notarial.

El cual incorporó una adición al decreto único reglamentario del sector justicia.

En las subsecciones que se adicionan a este decreto se hace referencia a las personas con discapacidad en tres temas. El primero en la subsección 1, respecto de la solicitud para enajenar bienes de “incapaces” donde se menciona el trámite que debe seguirse para tal fin, así como los requisitos y los anexos que debe contener.

Nuevamente se menciona a las personas con discapacidad específicamente a los “mayores discapacitados” cuando deba hacerse un inventario solemne de bienes propios cuando uno de los padres tenga la intención de contraer segundas nupcias así como la declaración de inexistencia de bienes propios de los hijos menores o del “mayor discapacitado” cuando se requiera, atendiendo al artículo 169 del Código Civil.

Por último, se menciona también en la subsección cuarta (4) el trámite, los requisitos y los anexos para la solicitud de la custodia y la regulación de visitas de común acuerdo de los hijos menores o mayores con discapacidad.



Ejercicio:

Analice estas normas a la luz de la CDPD.

1. ¿Cumplen los estándares internacionales?
2. ¿Qué cree que señalaría la Corte Constitucional ante una demanda pública por inconstitucionalidad?



GESTIONES MÁS RECURRENTES EN UNA NOTARÍA

Sobre los trámites notariales más frecuentes y la autonomía del notario es importante señalar la escrituración, compraventa e hipoteca de predios, testamentos, solicitudes de registro civil, actas de matrimonio, reconocimientos de documento privado y autenticaciones.

En cuanto a actas de matrimonio, en el artículo 137 del Código Civil, bajo el título IV “sobre el matrimonio”, se señala que una vez registrada el acta en que consten las condiciones de celebración del matrimonio, ésta deberá remitirse al notario respectivo “(...) para que protocolice y compulse una copia a los interesados”. Al tratarse de un trámite de relativa corta duración, no hay más autonomía que la que reconoce, en general, el artículo 8 del Decreto 960 de 1970. Éste concede a los notarios plena autonomía en el ejercicio de sus funciones y responsabilidades, las cuales, además, están contempladas en el artículo 3 del decreto citado.



¿Cómo deben ser los trámites matrimoniales de personas en situación de discapacidad?

Teniendo en cuenta que el literal (a) del artículo 23 de la CDPD establece sobre los Estados Partes la obligación de adoptar todas las medidas posibles para que las personas con discapacidad puedan contraer matrimonio y fundar una familia en igualdad de condiciones, es claro que los trámites notariales que se adelanten en esta materia deben garantizar las condiciones idóneas de accesibilidad y servicio para respetar la autonomía de las personas con discapacidad y permitirles el pleno ejercicio de sus derechos.

Con lo anterior, el notario debe aplicar la presunción de capacidad contenida en el Código Civil (art. 1503) sobre quienes quieran adelantar trámites matrimoniales y procurar que, si uno de los intervinientes es una persona con discapacidad, se presten los ajustes procedimentales necesarios así como los apoyos logísticos y de decisión en cada caso que se requiera. Es fundamental que el notario o notaria, o el funcionario o funcionaria de la Notaría brindando el servicio, pueda determinar que la persona, a través de los ajustes y apoyos implementados, ha sido plenamente informada de la decisión y sus efectos y que nada afecta su autonomía al momento de manifestar su consentimiento.

Por otro lado, si quien desea realizar el trámite tiene baja visión o imposibilidad de leer documentos en físico, el notario o notaria deberá leer en voz alta el acta o documento que involucra el trámite, para así constatar que se está de acuerdo con la información allí contenida. Ello por supuesto no imposibilita que se puedan realizar los ajustes necesarios en la documentación y los recursos utilizados para dar trámite al servicio.

Debe procurarse, por ejemplo, que las personas sordociegas puedan acceder a estos trámites mediante el servicio que prestan los guías intérpretes. Las personas sordas a los intérpretes y la población ciega a documentación en Braille o al uso de herramientas tecnológicas como las facilitadas de forma gratuita por MINTIC, que cumplen una función de lectores de pantalla.



¿Cómo debe el notario o notaria abordar el trámite y qué ajustes pueden realizarse?

En un primer momento, es fundamental que el notario identifique cuál es la manera idónea de comunicarse con la persona, para así entender el trámite que desea adelantar y verificar que su consentimiento no esté viciado. Para esto, en casos de discapacidad sensorial o en general cuando fuere necesario un intérprete, o un guía intérprete, deberá solicitarse el acompañamiento de quien haga sus veces. Recuerde que para acceder a intérpretes virtuales en Lengua de Señas Colombiana, puede hacer uso de la plataforma del Centro de Relevó.

Una vez se establezca una vía de comunicación directa entre el notario o notaria y la ciudadanía, deberá el primero o primera determinar si existe alguna razón o impedimento por el cual legalmente no proceda el trámite matrimonial. Si no se encontraren razones válidas para impedir el matrimonio, el notario o notaria determinará si el consentimiento de los contrayentes está

libre de vicios y procederá según el procedimiento establecido. Lo anterior, se reitera, debe hacerse atendiendo únicamente a los intereses y a la voluntad de las personas interesadas, prestando especial atención al consentimiento como elemento esencial y a la satisfacción de los demás requisitos de Ley.

En suma, nada obsta para que las personas con discapacidad contraigan válidamente matrimonio de manera autónoma con el apoyo del notario o notaria. Esto gracias a que: (i) las notarías deben contar con la infraestructura adecuada para garantizar el acceso de personas en situación de discapacidad física; (ii) de acuerdo con la CDPD, debe garantizarse a las personas en situación de discapacidad la implementación de los ajustes logísticos, de tiempo y de personal que requieran para ejercer sus derechos; y (iii) se debe reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y brindar los apoyos que se requieran para que tomen sus propias decisiones.

En cuanto a Registros civiles, expedición de copias y documentación en general

En lo que respecta a los trámites relacionados a registros civiles, el Decreto 1260 de 1970, por el cual se expide el Estatuto del Registro del Estado Civil de las Personas, deroga el artículo 348 del Código Civil y dispone en el artículo 118 que dentro del territorio colombiano, por regla general, son los notarios o notarias las encargadas de llevar el registro del estado civil de las personas.

Por otro lado, en cuanto a trámites documentales en general, el Decreto 1069 de 2015 en su Título seis (6), incorporando lo señalado desde el Decreto 2148 de 1983, limita la autonomía del notario al disponer que no puede autorizar un instrumento cuando llegue a la conclusión “(...) de que el acto que contiene sería nulo por incapacidad absoluta de alguno de los otorgantes o por estar clara y expresamente prohibido en la ley”. En el segundo (2) inciso del artículo citado se agrega que el notario está en libertad de autorizar documentos con vicios distintos a los señalados anteriormente, siempre y cuando el ciudadano compareciente insistiera en la continuación del trámite.

Ejercicio:

¿Qué considera podría realizarse para garantizar que la persona con discapacidad, especialmente cognitiva y mental, pueda realizar un procedimiento de autorización en una Notaría, de acuerdo a la CDPD?



¿Cómo debe ser el trámite de inscripciones, documentación y copias de registro civil para personas en situación de discapacidad?

Siguiendo el proceso general de registro que el artículo 28 del Decreto 1260 de 1970 dispone, cuando un ciudadano o ciudadana manifieste su intención de adelantar una inscripción en su registro civil, se surtirán las siguientes etapas: (i) recepción, (ii) extensión, (iii) otorgamiento, (iv) autorización y (v) constancia del trámite. Así, la Notaría debe recibir los documentos que el interesado o la interesada allegue, verificar la información en ellos contenida y, después de no encontrar vicios o impedimentos, proceder a la etapa de otorgamiento y autorización de la inscripción, dejando constancia en el registro correspondiente.

Por ello, cuando una persona con discapacidad se presente a la Notaría con intención de modificar el registro civil, denunciar un nacimiento o solicitar la expedición de copias, y pueda manifestar su voluntad⁴¹, el funcionario o funcionaria competente debe evaluar la información verbal y documental aportada y, si no encuentra error en ella, efectuar la inscripción correspondiente o entregar las copias solicitadas.

Ahora bien, debe resaltarse que por regla general si el notario o notaria tiene razón legítima para creer que uno de los intervinientes es incapaz absoluto o no tiene plena consciencia del procedimiento que va a adelantar, deberá rechazarse la solicitud de inscripción y darse por terminado el trámite (art. 3 D. 2148/83).

Sin embargo, la interpretación de esta norma conforme a la CDPD y al ordenamiento constitucional colombiano exige que el notario o notaria no rechace de plano los trámites de personas con discapacidades mentales o psicosociales por la simple sospecha de que, en gracia de éstas, son incapaces absolutos. Sobre este punto es fundamental que se individualice cada uno de los casos y se disponga de suficiente tiempo para estudiar cuáles son las intenciones del ciudadano y los apoyos o ajustes que le permitirían llevar a cabo el trámite que promueve; todo sin desconocer su autonomía y sin que se suprima o remplace su voluntad.

Ahora bien, si el notario o notaria, de acuerdo a la información suministrada por el ciudadano y las condiciones del caso, determinare que está comprometida la autonomía de la persona con discapacidad o que un tercero está manipulando su voluntad, deberá negar la procedencia del trámite hasta que no se logre demostrar que inequívocamente hay consentimiento válido y la decisión es autónoma. Por lo anterior, es de especial importancia que el notario o notaria evalúe de manera crítica si los intereses del ciudadano coinciden con el trámite que se adelanta, para así determinar que no se trata de un engaño o abuso. Esto con el objetivo de establecer salvaguardias apropiadas para la persona con discapacidad, y que la misma pueda ejercer en igualdad de condiciones su derecho a la capacidad jurídica.



¿Qué ajustes razonables pueden realizarse para garantizar los derechos de las personas en situación de discapacidad?

Para garantizar el adecuado acceso a los trámites notariales de registro y documentación general de las personas en situación de discapacidad, es importante verificar en primera medida que las condiciones de accesibilidad del inmueble en que se encuentre la Notaría son adecuadas para toda la ciudadanía. Adicionalmente, debe contarse con suficiente personal para dar el seguimiento que cada ciudadano requiere y con facilidad de acceso a intérpretes o a las herramientas necesarias que le permitan a funcionarios y funcionarias, al notario o notaria comunicarse con la persona con discapacidad.

⁴¹ Es importante enfatizar en que hay muchos métodos y formas de comunicación. Que no sean las habituales no significa que la persona no pueda comunicarse. Cerciórese de qué forma y con qué métodos la persona puede comunicarse, recibir información y conformar su voluntad respecto al proceso al que acude.

- En materia **testamentaria**, dispone el Código Civil en los artículos 1072, 1070, 1065 y 1064 que en el testamento abierto es requisito esencial que el notario, como encargado de guardar la fe pública, tenga conocimiento de las disposiciones en él contenidas. Así, la autonomía funcional del notario está reflejada en la valoración a juicio propio que hace sobre la capacidad de testar de quien comparece. Esta valoración que se realiza tiene una importancia amplia, en caso de que, por ejemplo, sea una persona con discapacidad la testadora. Los requisitos formales, pensados y diseñados para personas sin discapacidad, deben ser ajustados para garantizar el ejercicio de los derechos, como puede ser el de prestar las asistencias necesarias para conformar la voluntad de la persona testadora con discapacidad.

- En cuanto a trámites de **escrituración**, en el artículo 243 del Código General del Proceso se dispone que el notario es el funcionario competente para elevar un documento a escritura pública. Se cita: “(...) cuando [un documento] es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública”.
 Adicionalmente, el artículo 99 del Decreto 960 de 1970 dispone las condiciones de validez para las escrituras públicas, fijando los parámetros que debe seguir el notario al momento de adelantar dicho trámite y limitando indirectamente su autonomía en lo referente a éste. Por otro lado, los artículos 2.2.6.1.2.1.1 y subsiguientes del Decreto 1069 de 2015 y, en especial el artículo 2.2.6.1.2.1.4, dan al notario autonomía de calificar la urgencia en el otorgamiento de una escritura pública, donde no deberá requerir el documento de identificación legal pertinente de quien comparece y podrá permitirle que se identifique con otros documentos auténticos, o mediante la fe de conocimiento personal del notario.

- En cuanto a trámites **documentales en general**, el artículo 2.2.6.1.1.3 del Decreto 1069 de 2015, limita la autonomía del notario al disponer que no puede autorizar un instrumento cuando llegue a la conclusión “() de que el acto que contiene sería nulo por incapacidad absoluta de alguno de los otorgantes o por estar clara y expresamente prohibido en la ley”. En el segundo inciso del artículo citado se agrega que el notario está en libertad de autorizar documentos con vicios distintos a los señalados anteriormente, siempre y cuando el ciudadano compareciente insistiera en la continuación del trámite notarial.

- En lo referente a **autenticaciones**, los trámites están regidos por la Subsección quinta (5) del Decreto 1069 de 2015 y 73, 74, 75, 76 y 77 del Decreto 960 de 1970. Adicionalmente, en la autenticación el notario tiene autonomía para determinar que del documento no emanen directamente obligaciones, pues de acuerdo con el artículo 77 del Decreto 960 de 1970, este es un requisito para la procedencia de la autenticación, pues “() el trámite no confiere al documento mayor fuerza de la que por si [sic] tenga”.

- En materia de **reconocimiento del documento privado**, la normativa aplicable es la de los artículos 68, 68, 70, 71 y 72 del Decreto 960 de 1970. En este punto hay un fuerte margen de autonomía del notario al momento de adelantar el trámite, pues por mandato de ley no se le permite prestar los servicios notariales si, bajo juicio propio o por pruebas fehacientes, determina que quien comparece es absolutamente incapaz.

Como se evidencia, la autonomía de las funcionarias y los funcionarios de notarías de nuestro país dentro del marco de regulación legal de sus actuaciones, es un criterio importante que ayudará a implementar la CDPD en un ámbito recurrente y valioso. Adicional a todo lo anterior, la independencia del notario está controlada indirectamente por vía disciplinaria, pues con los artículos 60 y s.s. del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002) se busca garantizar que los trámites se adelanten según las condiciones legales debidas y no al arbitrio del funcionario o funcionaria. En ellos se dispone el régimen sancionatorio especial que resulta aplicable a las faltas cometidas por los notarios, al tiempo que se otorga competencia a la Superintendencia de Notariado y Registro como órgano de control especial (esto sin perjuicio del poder preferente que puede ejercer la Procuraduría General de la Nación).

Para terminar, en el artículo 198 del Decreto 960 de 1970 se enumeran las conductas del notario o notaria que atentan contra la dignidad del servicio público prestado y acarrear la imposición de las sanciones contempladas en los artículos 199 a 208. Así, como otra medida limitante de la independencia notarial, se dispone también (arts. 209 y s.s.) que existirá una vigilancia sobre las notarías ejercida por la Superintendencia de Notariado y Registro, en la que se controlará la regularidad del servicio público y se examinará la conducta de los Notarios.



¿La normativa de los DDHH es vinculante para los notarios y su equipo?

Sí, cuando los Estados ratifican un tratado internacional adquieren obligaciones de respeto y garantía. Así, los gobiernos se comprometen a adoptar las medidas y leyes internas necesarias para armonizar su ordenamiento jurídico con los tratados internacionales de protección de derechos humanos que haya aceptado. De acuerdo con la Constitución de Colombia de 1991, los tratados internacionales de derechos humanos que sean ratificados por Colombia tienen la misma fuerza de la Constitución y por esto son obligatorios a nivel interno. Por lo anterior, el Estado tiene el deber internacional de cumplirlos y de respetar a nivel interno los derechos que en ellos se consagran.

Además, cada tratado internacional de los derechos humanos está vigilado por un organismo internacional que expide observaciones, comentarios y pronunciamientos sobre su cumplimiento. La Corte constitucional ha reconocido que dichos pronunciamientos son interpretaciones autorizadas del alcance de los tratados de derechos humanos.

NECESIDAD DE GARANTIZAR LA IGUALDAD: CAPACIDAD JURÍDICA



¿Qué debo tener en cuenta para respetar
el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad?

En primer lugar, todas sus acciones deben orientarse a promover la mayor autonomía y participación plena en la comunidad de las personas con discapacidad. Esto significa, por una parte, que los servicios que usted preste deben ser accesibles, incluyendo la información, las comunicaciones, y el entorno físico, entre otras. Para ello, usted y su equipo deben determinar cuáles son los ajustes razonables que deben adoptar cuando le preste servicios a una persona con discapacidad.

Herramientas de aplicación y garantía de derechos

Si bien no existe en este momento una aproximación que acoja el modelo social de la discapacidad, y en especial de la capacidad jurídica en nuestra codificación civil y normativa notarial y su reglamentación, lo cierto es que existen herramientas jurídicas para garantizar los derechos contenidos en la CDPD, y en general del marco del derecho internacional de los derechos humanos.

Control de convencionalidad ex officio

Colombia es parte de la Convención Americana de Derechos humanos (CADH) desde el año 1973. Por ello está sometida no sólo a la vigilancia general de la CADH que realice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sino que también puede ser declarada internacionalmente responsable por la vulneración a los derechos consagrados en la CADH por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es vinculante para Colombia, se ha establecido la obligación de realizar un examen que determine la coherencia y concordancia entre la normativa interna y la CADH y su corpus iuris; esto es, el denominado control de convencionalidad⁴².

Así, el operador que esté interpretando la Ley a un caso específico, no sólo debe limitarse a evaluar si la mencionada Ley puesta a análisis, es inconstitucional. El examen debe girar en torno también a si la misma es convencional⁴³, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes⁴⁴. Además, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, intérprete última de

⁴² El control de convencionalidad surge a partir de la obligación internacional de adoptar disposiciones o adecuar el derecho interno. CADH, artículo 2.

⁴³ Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, Párrafo 78.

⁴⁴ Corte IDH. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, Párrafo 303.

la CADH⁴⁵. Este control puede realizarse de oficio; esto es, por la propia iniciativa del funcionario o funcionaria.

Hay personas que han entendido que esta obligación únicamente corresponde a los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia –en todo nivel-, sin embargo, esto es una errónea interpretación, pues la jurisprudencia interamericana ha establecido de manera definitiva, que la obligación de ejercer el control de convencionalidad es una función y tarea de cualquier autoridad pública, poderes y órganos estatales en su conjunto, y no sólo del poder judicial⁴⁶.

En este sentido, ejercer el control de convencionalidad es un deber del funcionario público y de los particulares que ejercen funciones públicas. Esto así, pues debe asegurarse el cumplimiento de un principio general de derecho internacional, que es el del efecto útil de los tratados internacionales. Esto quiere decir que los tratados internacionales deben cumplir el objetivo particular para el cual fueron creados que, para nuestro caso, es el de la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad. Sumado a lo anterior, el incumplimiento de compromisos internacionales de un Estado no puede justificarse mediante la invocación de disposiciones internas, y más si tienen un efecto discriminatorio en contra de algunos colectivos⁴⁷.

Por lo anterior, es claro que los funcionarios y funcionarias de las notarías, al fungir dentro del marco de un ejercicio de servicio público, deben realizar este control de manera obligatoria, en todo momento. Esto es especialmente relevante cuando se encuentren con normas internas que no son constitucionales ni convencionales. Teniendo en cuenta que los tratados de Derechos Humanos se integran a la Constitución vía bloque de constitucionalidad, es importante señalar el principio de supremacía constitucional, entendida entonces ya no sólo como un texto simplemente político, sino como texto normativo, aplicable y exigible judicialmente.

En este sentido, la aplicación de la Constitución y de las normas internacionales de Derechos Humanos que se integran a ella a través del bloque de constitucionalidad, es lo primero que debe observarse. En palabras de la Corte Constitucional:

“Por ejemplo una autoridad [de policía en la sentencia de referencia] al momento de dirimir un asunto no debe consultar primero las orientaciones del alcalde ni las previsiones de los acuerdos municipales ni las disposiciones departamentales ni las reglas de los códigos nacionales. En primer lugar dicho funcionario debe consultar la Constitución - que es norma normarum. Después - y sólo después-, se debe ciertamente consultar el resto del ordenamiento.”⁴⁸ (Subrayado y cursiva fuera del texto original)

45 Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C No. 253, Párrafo 330.

46 Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, Párrafos 193 y 239; Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, Párrafo 497; Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285, Párrafo 213.

47 U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, con vigencia desde enero 27, 1980. Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

48 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-131/93.

En este sentido, el notario o notaria, así como los funcionarios y funcionarias de nuestras notarías, deben, por obligación, revisar en primera medida la Constitución y las normas integradas vía bloque de constitucionalidad, que resultan ser los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, así como la interpretación que de los mismos se han hecho.

Por ello, si bien el ordenamiento civil actual asume un concepto de discapacidad vinculado al modelo de prescindencia y al modelo médico-rehabilitador, y que son las normas civiles aquellas que regulan actualmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, realizar una valoración de la capacidad de la persona teniendo como sustento el ordenamiento civil, resulta ser inconstitucional e inconvencional.

Por demás, lo anterior se encuentra en plena coherencia con el artículo cuarto (4) de la CDPD, pues los Estados Partes tienen que:

“adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos; incluyendo medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad; así como, abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella.”⁴⁹

COROLARIO:

Si bien la transformación del régimen de capacidad jurídica que actualmente se encuentra vigente está en proceso y es una tarea de imperativo cumplimiento, y que algunas disposiciones de la CDPD son de carácter gradual por los inmensos cambios que representan, algunas adecuaciones en el marco de los ajustes razonables y la implementación de sistemas de apoyos, son de carácter inmediato: el derecho a la no discriminación no está sujeto a realización progresiva ni gradual. La reforma normativa únicamente es un paso en la garantía de derechos.

Los Derechos Humanos, recordemos, son indivisibles e interdependientes, no pueden ser desconocidos, y que si existe una vulneración a uno, ello viene acompañado de una vulneración continuada de otros y distintos derechos. En este caso, el desconocimiento y negación del derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de oportunidades que las demás personas, genera una vulneración de otros muchos derechos.

Así mismo, debe resaltarse el hecho de que, para el derecho internacional de los derechos humanos, la observancia de estos estándares no dependen de la buena voluntad y discrecionalidad de las personas inmersas dentro de la provisión de servicios públicos y acompañantes de la función pública, sino que más bien es una obligación. Es por ello que en la prestación de servicios en el marco del derecho notarial, los funcionarios y funcionarias deben actuar de manera inmediata y de oficio, en el sentido de adecuar sus decisiones a dichas disposiciones y estándares.

⁴⁹ CDPD, op.cit., Artículo 4. Citado en Sentencia del 15 de junio de 2015, 3° Juzgado Familia de Cusco, Perú; Juez Edwin Bejár. La anterior sentencia representa un ejemplo de una acertada interpretación de la CDPD y de correcta aplicación del control de convencionalidad en el ejercicio, en su caso, de funciones judiciales cuando no existe un marco normativo interno que garantice el derecho al igual reconocimiento ante la ley de las personas con discapacidad.



ALGUNAS RECOMENDACIONES PRÁCTICAS

Qué no hacer	Qué sí hacer
No asimile la discapacidad con la incapacidad o inutilidad	Tenemos que reconocer la diversidad y utilidad de todas las personas, sin importar en la situación en la que se encuentren. Lo único que se requiere es otorgar una oportunidad para demostrarlo. En nuestras funciones e intervenciones dentro de las Notarías del país, podemos, inclusive con las más simples acciones, lograr la inclusión y la equiparación de oportunidades.
Cuando esté realizando alguna gestión para una persona con discapacidad, no se enfoque en lo que las personas no pueden hacer	Paciencia. Tome su tiempo para preguntar, conocer y buscar qué apoyos o ajustes requiere la persona. El poco tiempo invertido realizando la gestión se traduce en un empoderamiento claro e importante para la personas con discapacidad.
No piense o actúe de manera que anule la voluntad o invisibilice a las personas con discapacidad	La anulación de la capacidad jurídica nace cuando no oímos a la persona con discapacidad. En este sentido, tomemos el tiempo para oír a la persona y atender sus necesidades, opiniones y deseos, aún por más simples que parezcan.
No considere que la persona con discapacidad es alguien que padece una tragedia y que sufre por ello	El lenguaje que usamos crea realidades. Las personas con discapacidad no pueden ser definidas por un aparente diagnóstico médico. Ese diagnóstico no abarca todos los elementos y situaciones de la vida de una persona. Use un lenguaje apropiado y que empodere a la persona con discapacidad.

Qué no hacer	Qué sí hacer
No vea a las personas con discapacidad como personas que lo único que necesitan es asistencia, ayuda, caridad y protección	Todas y todos tenemos derecho a equivocarnos. Lo importante es, mediante el servicio que prestemos, ofrecer la oportunidad para que las personas con discapacidad puedan actuar por sí mismas. En este sentido fomente la autogestión, y si quiere brindar ayuda, no la imponga. Lo mejor que puede hacer es preguntar.
No asuma cosas que no conozca de la situación particular de cada persona. No generalice.	Todas y todos requerimos y necesitamos cosas distintas. Nuestros prejuicios y creencias deben reevaluarse. Las personas con discapacidad que acuden a su Notaría son la mejor fuente de información. Sólo hay que preguntar, de manera respetuosa, qué es lo que la PERSONAS CON DISCAPACIDAD desea, qué apoyos necesita y qué puede hacer.
No asimile a la persona con discapacidad con su familia	Si bien las familias son en muchas ocasiones el apoyo de las personas con discapacidad, en nuestras Notarías debemos generar ese espacio para oír su propia voz y tomar decisiones de manera autónoma.

Nunca referirse a la persona como:	Referirse a la persona como:
Inválido/a, discapacitado/a	Persona con discapacidad
Retrasado/a mental, bobo/a	Persona con discapacidad intelectual
Loco/a, demente, maniático/a, lunático/a	Persona con discapacidad psicosocial
Paralítico/a, manco/a, cojo/a	Persona con discapacidad física
Sordomudo/a	Persona con discapacidad auditiva
Mudo/a	Persona no verbal



ALGUNOS APOYOS TECNOLÓGICOS PARA LA ATENCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La Ley Estatutaria 1618 de 2013 hace referencia a las medidas que tanto el Ministerio de Justicia y del Derecho como otras entidades del orden nacional, deben adoptar para garantizar el pleno acceso a la justicia por parte de las personas con discapacidad, así como a la información y las comunicaciones. En todos los casos se debe garantizar el acceso a documentos en formato digital, sea en WORD o PDF accesible (no PDF imagen), de modo que la persona ciega o con baja visión pueda leerlos utilizando los softwares de Convertic. Esto aplica tanto para documentos de tipo informativo (leyes, decretos, resoluciones, etc.), como para documentos que la persona deba firmar durante un procedimiento.

a. Convertic:

Es el proyecto del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones que busca promover el acceso, uso y apropiación de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la población con discapacidad visual del país. A través de este proyecto se brinda de forma gratuita el software lector de pantalla JAWS (para uso de las personas ciegas) y el software magnificador MAGIC (para uso de las personas con baja visión), que permite que esta población pueda acceder a la información que aparece en la web. A continuación se describe el procedimiento para registro, descarga e instalación del software:

PASO 1:

Ingresa a www.vivedigital.gov.co/convertic y diligencie el formulario de registro aceptando términos y condiciones.

PASO 2:

Valide su correo electrónico.

PASO 3:

Identifique y descargue el software de su interés, SEA JAWS o MAGIC, o ambos si así lo requiere.

PASO 4:

Instale el software en su computador en versión de demostración. Mientras no se realice el proceso de activación, tanto JAWS como MAGIC quedarán funcionando en versión de demostración de 40 minutos.

PASO 5:

Envíe la documentación exigida al correo registroconvertic@mintic.gov.co. En el caso de las personas jurídicas se solicita enviar el RUT escaneado.

PASO 6:

Usted recibirá el CÓDIGO DE AUTORIZACIÓN DE LA LICENCIA a través del correo electrónico registrado. Ingrese ese CÓDIGO en el proceso de activación.

b. Centro de Relevo.

Este Proyecto del Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones y la Federación Nacional de Sordos de Colombia, tiene como objetivo contribuir a garantizar el acceso a la información y a la comunicación de la población sorda colombiana. Actualmente el Centro de Relevo cuenta con 4 (cuatro) líneas de acción estratégicas, disponibles en: www.centroderелеvo.gov.co:

c. Servicio de Interpretación en Línea SIEL:

La gran mayoría de instituciones o entidades que operan en nuestro país poseen sistemas de atención al público o atención al cliente, sin embargo no todos estos sistemas reconocen las características lingüísticas y culturales de la población sorda colombiana. La población sorda del país es en su mayoría (86%) usuaria de la Lengua de Señas Colombiana LSC; al ser esta una lengua diferente al castellano utilizado por la mayoría de la población, las personas sordas encuentran una barrera de acceso a la información y a las comunicaciones.

Es en este contexto que surge la Interpretación a Lengua de Señas Colombiana. La interpretación es indispensable en un sinnúmero de circunstancias y el intérprete se constituye en un aliado fundamental que contribuye a eliminar o disminuir las barreras de participación y de acceso a la información y a la comunicación; sin embargo se debe tener en cuenta que la población sorda usuaria de la Lengua de Señas Colombiana supera excesivamente en número a los intérpretes cualificados (1 intérprete por 239 personas sordas).

Teniendo en cuenta estos factores, se ha creado una plataforma donde el usuario sordo pueda contar con un intérprete de Lengua de Señas Colombiana en línea, accediendo al servicio desde un dispositivo con conexión a internet, amplificación de audio y micrófonos (celulares, tabletas, computadores adaptados). Esta plataforma permite una comunicación fluida entre las personas oyentes del punto de atención y las personas sordas que precisen información de la empresa u entidad a la que desean acceder.

Para disponer de este servicio, siga los siguientes pasos:

1

En su navegador preferido e ingrese la dirección:
www.centroderelevo.gov.co



2

En la pagina del Centro de Relevo, identifique el logo del Servicio de Interpretación en Línea – SIEL y haga Clic en el logo de este servicio:



3

Haga clic en el icono "Registro" y diligencie los datos solicitados.



4

Abra su programa SKYPE y agregue el siguiente usuario a sus contactos: **interprete-linea**



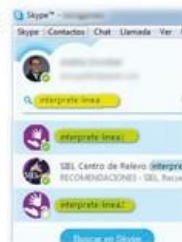
5

Una vez que sea agregado a los contactos, solicite su cita para usar el servicio, usando el chat de texto o de video.



6

Agregue, en SKYPE, los usuarios **interprete-linea1**, **interprete-linea2** y confirme con el agente de agendamiento de cita cual interprete lo atenderá.



7

Ingrese a su intérprete asignado el día y hora acordado y disfrute de nuestros servicios.



d. Relevo de Llamadas:

las personas sordas pueden acceder a un intérprete de Lengua de Señas Colombiana LSC, quien presta el servicio para realizar una llamada telefónica. Actualmente se registran 30.000 llamadas mensuales de personas sordas a diferentes espacios. Para disponer de este servicio, siga los siguientes pasos:

1

En su navegador preferido e ingrese la dirección:
www.centroderelevo.gov.co



2

En la pagina del Centro de Relevo, identifique el logo del servicio de Relevo de Llamadas y haga clic en el logo:



3

Seleccione su modo de ingreso, ya sea usando chat de video o de texto:



4

Haga clic en el botón "Regístrese" y diligencie el Formulario. Si usted es una persona sorda encontrará cada pregunta en lengua de señas colombiana.



5

Ahora puede usted indicar el numero telefónico de la persona que desea llamar y el intérprete le servirá de medio comunicativo.



6

Una vez finalizada la llamada, haga clic en finalizar y complete la encuesta de satisfacción.



7

Si tiene alguna inquietud o sugerencia no dude en comunicarse al
276 16 20 extención 101
en la ciudad de Bogotá o envíe un correo a:
acr@centroderelevo.gov.co

