

La capacidad legal de las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo

Kelly Viviana Aristizábal Gómez, doctora en Derecho, magister en Derecho, especialista en Derecho Público, especialista en Derecho Laboral, investigadora del grupo de Investigación Joaquín Aarón Manjarres de la Escuela de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda seccional Santa Marta, docente de pregrado y postgrado, vicedecana. E-mail: kelly.aristizabal@usa.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6087-4074>

Luz Dary Granados Vanegas, magister en Derecho, especialista en Derecho procesal, abogada, Directora del Departamento de Derecho penal en la Universidad Sergio Arboleda seccional Santa Marta. E-mail: luz.granados@usa.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-8572-7281>

Juan José Fuentes Fernández, maestrante de la Universidad Sergio Arboleda seccional santa Marta, docente de planta, Director del semillero de Derecho Laboral y privado. E-mail: Juan.fuentesf@usa.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6573-3078>

Declaración.

Las autoras declaran que han participado en todo el proceso científico de esta investigación que incluye la conceptualización, metodología, redacción y edición. También declaran que no tienen ningún conflicto de interés potencial con respecto a la autoría y publicación de este artículo. Doi:

Resumen

El interés de discusión en el presente artículo se centra en analizar el alcance jurídico y límites de los mecanismos para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo. Los hallazgos logrados desde un método descriptivo, muestran las reflexiones y retos del derecho laboral y procesal frente al reconocimiento de este derecho y destacan la importancia de mecanismo como los ajustes razonables y los apoyos de cara a garantizar el ejercicio pleno del derecho a la capacidad legal de las personas con discapacidad.

Palabras-clave:

Capacidad legal | Personas con discapacidad | Ajustes razonables | Apoyos |

Abstract

The discussion interest in this article focuses on analyzing the legal scope and limits of the mechanisms for the exercise of the legal capacity of people with disabilities in the workplace. The findings achieved from a descriptive method show the reflections and challenges of labor and procedural law in the face of the recognition of this right and highlight the importance of mechanisms such as reasonable adjustments and support in order to guarantee the full exercise of the right to legal capacity, of people with disabilities.

Key Words:

Legal capacity | People with disabilities | Reasonable adjustments | Supports |

Introducción:

La latente discriminación ha generado la exclusión de las personas con discapacidad, restringiéndoles el acceso a sus derechos, es

por ello que la capacidad legal es la que más conflictos ha generado en la práctica y una de las que más provoca deliberaciones en la doctrina por las implicaciones que lleva consigo el no reconocerle a todas las personas por igual este derecho por el simple motivo de serlo sin tener que atarlo a determinados presupuestos o requisitos que lo enmarcan en la validez y eficacia de los actos jurídicos concreto (Valdés, 2010). Así las cosas, como sostiene Bariffi (2009) la capacidad legal es justamente aquella que posibilita el ejercicio de los derechos. Sin embargo, la Convención de los derechos de las personas con discapacidad representa un importante avance en esta materia debido a que, en la búsqueda de generar una mayor protección a la igualdad, inclusión, autonomía de las personas con discapacidad, contempla la valoración y aceptación de todas las personas como seres únicos, percibiendo a las personas con discapacidad como verdaderos sujetos de derechos, bajo un enfoque de derechos (Seoane, 2011) y así mismo reconoce la capacidad legal de las personas con discapacidad.

En armonía con lo anterior, surge en Colombia en el año 2019 la Ley 1996 y con su expedición se estableció la presunción de capacidad, en igualdad de condiciones, de todas las personas, para la realización de actos jurídicos como el contrato de trabajo. En dicho sentido, garantizar la igualdad en el marco de la capacidad legal de las personas con discapacidad presupone que deben eliminarse las barreras que impiden la toma de decisiones propia y en algunos casos requiere la existencia de apoyos o ajustes, mas no implica la transferencia del derecho para que sea una tercera persona quien decida (Asís, 2007) Es en este contexto donde reviste especial importancia el estudio de los mecanismos para el ejercicio de la capacidad de las personas con discapacidad debido a que en los casos en que ello es requerido no podría hablarse del goce pleno de la capacidad legal de este colectivo sino se contemplan los ajustes y apoyos que sean necesarios para garantizar este derecho. Lo anterior implica brindar claridad respecto al alcance y límites de dichos mecanismos.

En el marco de este contexto, la pregunta problema que se pretende resolver a través de este artículo es: ¿Cuál es el alcance jurídico y los límites de los mecanismos para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo?

Para dar respuesta a dicho problema, el objetivo central fue analizar el alcance jurídico y los límites de los mecanismos para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo. Y para lograr el cumplimiento de este, los objetivos específicos desarrollados fueron: en primer lugar, identificar el alcance y límites de la capacidad legal de las personas con discapacidad en Colombia. En segundo lugar, examinar el alcance y límites de los ajustes razonables como mecanismo para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad en Colombia y finalmente, describir el alcance y límites de los apoyos para la realización de actos jurídicos de las personas con discapacidad.

El artículo se desarrolló a través de una metodología descriptiva con un enfoque crítico desde el ámbito jurídico a partir de las reflexiones que se extraen de postulados de autores que son relevantes en la materia. Para ello, se revisó literatura sobre la capacidad legal de las personas con discapacidad, los ajustes razo-

nables y los apoyos, también se analizó la normatividad jurídica y la jurisprudencia. Las técnicas de investigación utilizadas para la obtención de los resultados fueron la revisión de literatura especializada soportada en resúmenes analíticos de investigación, análisis jurisprudencial y la interpretación legal.

Finalmente, este artículo se estructura en tres apartados. En el primero, se describe el alcance jurídico y límites de la capacidad legal de las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo y se hace énfasis en la evolución del concepto de discapacidad, la presunción de la capacidad legal, los avances de la interdicción a la capacidad legal del colectivo estudiado y se precisa que se entiende por la capacidad legal de las personas con discapacidad. El siguiente apartado, "alcance jurídico y límite de los ajustes razonables para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo" alude a la revisión del concepto de ajustes, se refiere a dichas modificaciones razonables frente a la capacidad legal de las personas con discapacidad y cierra mostrando el enfoque de este mecanismo para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad. El tercer y último apartado "alcance jurídico y límites de los apoyos para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad en el ámbito del

trabajo" está dirigido justamente a evidenciar lo que se entiende por apoyos, los tipos de apoyo, los acuerdos y adjudicación, la terminación y valoración de estos, así como los apoyos para garantizar el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad.

1. Alcance jurídico y límites de la capacidad legal de las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo

1.1 Conceptualización de personas con discapacidad.

El concepto de persona con discapacidad se encuentra en constante evolución, son diversos los modelos que han intentado definir lo que se entiende por este colectivo. El modelo de la prescindencia entiende el concepto de personas con discapacidad como aquella que tiene su origen en causas religiosas y se considera como una persona que no aporta a la sociedad y debido a ello, se responde en algunos casos prescindiendo de estas personas, excluyéndolas o marginándolas (Palacios 2008).

Un segundo modelo que se refiere al concepto de discapacidad y persona con discapacidad es el modelo rehabilitador que entiende la discapacidad como un asunto personal, una situación inherente a la persona que genera la existencia de limitaciones en la vida social y en su progreso social (Oliver, 1996). Por ello, el concepto estudiado se percibe como un problema que debe ser abordado desde los tratamientos médicos para lograr la rehabilitación y por ende la inclusión en el ámbito del trabajo (Aristizábal, 2019). Así las cosas, este modelo también llamado médico, percibe la discapacidad como un atributo de la persona que tiene lugar en causas científicas y por ello su productividad se condiciona a la rehabilitación y se responde frente a la misma a través de medidas que tengan dicha naturaleza.

Desde una perspectiva muy distinta, el modelo social de acuerdo con lo sostenido por Cáceres (2004), percibe el origen de este concepto en causas sociales.

Y en dicho sentido, la discapacidad se genera debido a los obstáculos o limitaciones existentes en la misma sociedad. Este modelo toma fuerza con la Convención de los derechos de las personas con discapacidad y por primera vez les otorga un alcance jurídico diferente a las personas con discapacidad, entendiéndolas como verdaderos sujetos de derecho, y por ello, hace énfasis en la existencia de mecanismos que permitan remover los obstáculos que están presentes en la sociedad.

Estos cambios han generado la conversación sobre la capacidad legal de las personas con discapacidad, cuestión que cambia sustancialmente a partir de la entrada en vigencia la ley 1996 de 2019 "por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad". El contexto aplicable en Colombia antes de dicha norma era que las personas con discapacidad mental o de comportamiento se de manera absoluta o relativa podía perder su capacidad o ser inhabilitada por vía judicial para el ejercicio de sus derechos. En dicho sentido, las personas con discapacidad bajo dicha circunstancia no podían tomar su propia decisión, ni celebrar actos jurídicos por sí mismos, tenían que hacerlo a través de un tercero (Guapacha, Barbosa y Pérez, 2020).

1.2 Alcance jurídico y límites de la capacidad legal de las personas con discapacidad

La Convención de los Derechos de las Personas con discapacidad, respecto a la capacidad legal de las personas con discapacidad se fundamenta en el cambio del paradigma de sustitución manifestado en Colombia a través de figuras como la interdicción, por el modelo de la capacidad legal de las personas con discapacidad basado en la posibilidad de que este colectivo pueda tomar decisiones, celebrar actos jurídicos y ejercer sus derechos en forma autónoma y en igualdad de condiciones que las demás personas.

Según Asís (2007), garantizar la igualdad de condiciones en el ejercicio de la capacidad legal de estas personas implica la eliminación de barreras y obstáculos que impiden que ello sea posible y en diversas circunstancias presupone la existencia de ajustes razonables y apoyos para la celebración de actos jurídicos. En el mismo sentido, Cuenca (2012), sostiene que para garantizar el ejercicio pleno de los derechos, se debe garantizar la capacidad legal de las personas con discapacidad, y hay ocasiones en las que el ejercicio de este derecho implica la implementación de ajustes y apoyos que así lo posibiliten.

En este orden de ideas, como se manifestará en los siguientes apartados de este artículo, la configuración de estos mecanismos para garantizar el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad no significa que se transfiera el derecho para que sea otra persona la que decida, sino que se respeta la voluntad y preferencia de la persona que con los apoyos o ajustes sigue teniendo la titularidad del derecho.

En suma, la capacidad legal de las personas con discapacidad es un concepto que no solo se entiende como la posibilidad que este colectivo tiene de ser titular de derechos y obligaciones, sino que también se refiere a la posibilidad de ejercer estos derechos en forma autónoma, libre, independiente sin la sustitución de la representación por terceros, aunque en algunas ocasiones se requieran ajustes razonables o apoyos para garantizar el ejercicio pleno de los derechos en igualdad de condiciones.

2. Alcance jurídico y límite de los ajustes razonables para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo

La capacidad jurídica se erige como un derecho absoluto consagrado en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, sin embargo, la incorporación de ese derecho en los ordenamientos jurídicos nacionales no puede efectuarse de manera abrupta y plenamente igualitaria, respecto aquellas personas que no hacen parte de esta minoría, sin un acompañamiento jurídico que permita tal ejercicio, pues ello resultaría en un efecto contrario, es decir, en un detrimento de garantías del colectivo que se busca proteger. Expresa Crispín (2021) que el Estado social, que es el encargado de dirigir las acciones del poder público orientadas a la promoción de los escenarios necesarios que permitan ejercer la libertad y la igualdad de los administrados y de los colectivos, en cuanto a que éstas sean realmente efectivas, debe brindar una vigilancia especial y el amparo de sus garantías fundamentales esencialmente cuando se trata de personas con discapacidad.

Así, esta minoría, se les debe garantizar su derecho a la capacidad legal, brindando las condiciones que propicien su ejercicio mediante la estimulación de un escenario de adecuación de los entornos en los cuales esta minoría puede verse más afectada e irrespetada en su condición como sujetos de derechos.

2.1. Los ajustes razonables: una revisión a su concepto

El enfoque de derechos ha permitido la consolidación de un sistema que incentive la inclusión de las personas con discapacidad desde las adecuaciones del entorno, buscando la aplicación de mecanismos que promuevan su incorporación y permanencia en el empleo. Dentro de estos mecanismos se introducen los ajustes razonables, explica Rodríguez Sanz (2014) que el término, en principio, se limitó al ámbito de la libertad religiosa, que obligaba al empresario a adoptar una serie de condiciones específicas de trabajo, concretamente en materia de jornada laboral, que permitieran el libre ejercicio de la libertad religiosa para los trabajadores. Con el tiempo, la obligación de efectuar ajustes razonables se fue ampliando a otras áreas, siendo, posteriormente, cobijada como una forma de garantizar los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito laboral.

Es así como al día de hoy, los ajustes razonables son presentados en el artículo segundo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Esta noción de los ajustes razonables se encuentra, según la perspectiva de Constantino y Galicia (2015), profundamente relacionada con la potencialidad del ejercicio de los derechos de forma igualitaria, cuyo cumplimiento efectivo se da a partir del otorgamiento de un trato especial a las personas en razón de sus diferencias, el cual no resultaría en una manifestación de discriminación a las personas sin ningún tipo de discapacidad, pues muy por el contrario, funcionaría como la posibilidad de que el derecho al trabajo de las personas con discapacidad se materialice efectivamente.

Finsterbusch (2016) postula una serie de elementos constitutivos de los ajustes razonables, exponiendo que la constitución de este abarca la presencia de una norma jurídica, procedimiento o política que contenga un acto o una omisión que se aplique de manera objetiva a la población general, y que no sea contraria a la igualdad como derecho fundamental y con criterios de razonabilidad.

Es de precisar, que esas adaptaciones al entorno no se limitan únicamente a la esfera física o estructural de los espacios, sino que los ajustes

razonables abordan todo el abanico de escenarios en los cuales los derechos de este colectivo puedan verse menoscabados, cobijando el tema de la capacidad legal de las personas con discapacidad y los ajustes que deben ser aplicados para su pleno ejercicio en el ámbito del trabajo.

2.1. Los ajustes razonables: una revisión a su concepto

Empero, en el caso colombiano a partir de la expedición de la Ley 1996 del 2019, precisa Acosta y Tamayo (2019), que Colombia inicia a dar

cumplimiento a la responsabilidad adquirida al ratificar la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cuanto a reconocer la capacidad jurídica de estas, incluyendo los casos de limitaciones cognitivas, siendo necesario aplicar cambios centrados en la preminencia de la voluntad propia de las personas con discapacidad intelectual. Todo el proceso implica el uso de los ajustes razonables como forma de adaptación del entorno en favor de que las personas con discapacidad ejerzan su voluntad, pues, desde la perspectiva de García y Gutiérrez (2020), los ajustes razonables cuentan con un alcance de aplicación y de acción sobre los acuerdos de apoyo y también en las directivas anticipadas, constituyéndose como estrategias que permitirían priorizar la voluntad de las personas integrantes de este colectivo.

El reconocimiento de la capacidad jurídica para esta minoría implica reconsiderar los escenarios en los cuales su voluntad se ha visto plenamente menoscabada, siendo así necesario reevaluar el ámbito laboral. Es claro, que las relaciones laborales implican la celebración de negocios y actos jurídicos que requieren, para su validez, la manifestación de la voluntad y para lo cual se demanda de capacidad legal, aspecto que era limitado para las personas con discapacidad intelectual, por lo cual plantear un espacio en el cual este grupo de personas accediera de manera igualitaria al mercado laboral, resultaba ser una utopía, a pesar de lo expresado en el artículo 27 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, a partir de la ley 1996 de 2019, en Colombia, al reconocer la plena condición de sujetos de derechos y obligaciones del colectivo, se deja en claro su capacidad legal en condiciones de igualdad, atribuyendo a las personas con discapacidad intelectual la posibilidad de ejercer los derechos laborales y, para que dicho ejercicio sea efectivo, es vital implementar los ajustes razonables como una estrategia de inclusión para la minoría en mención.

2.3. El enfoque de los ajustes razonables para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad en las relaciones laborales

Los ajustes razonables que se deben implementar como garantía de la capacidad legal, deben estar enfocados en el acompañamiento al momento de efectuar actos jurídicos, desde la constitución formal de la relación laboral, a partir del contrato de trabajo, hasta todos los actos que se desprendan de la relación, como pueden ser modificaciones de común acuerdo en las condiciones de trabajo, acuerdos frente a derechos laborales transables, procesos disciplinarios que se inicien contra el trabajador, entre otros. Partiendo de lo anterior, se hace necesario que los empleadores incorporen dentro de su capital humano personas con la facultad de asistir, según el caso en concreto, a la persona con discapacidad intelectual en momentos en los que lo requiera la relación laboral, asistencia que sería distinta al apoyo legalmente designado, y en el marco del respeto a la presunción de su capacidad jurídica independiente.

También, es un ajuste necesario, capacitar de manera constante al personal de planta

vinculado a la empresa con la finalidad de que estos tengan bases de asistencia para la persona con discapacidad y así generar un ambiente de inclusión y no discriminación. La asistencia, como forma de ajuste razonable, no debe efectuarse únicamente con la presencia física de quien asiste, sino, mediante estrategias que permitan la comprensión de las decisiones del empleador a la persona con discapacidad, esto puede ser mediante la redacción de documentos en un lenguaje específico que permita el entendimiento del trabajador con discapacidad.

No obstante, al enfocarse los ajustes razonables a la incorporación de asistentes, los nuevos cuestionamientos surgen en cómo se mantendrá la naturaleza del contrato, pues no puede pretenderse que la subordinación y la prestación personal se manifiesten de la misma forma respecto a una persona sin ningún tipo de discapacidad.

Acosta y Tamayo (2019), manifiestan que el acompañamiento permanente de un apoyo formalmente designado con el propósito de gestionar la comunicación de las órdenes del empleador, aunque en principio podría apreciarse como un obstáculo a la prestación personal y a la subordinación porque se creería que ya estas no se ejercen de manera directa sobre el empleado, no afectaría dichos elementos esenciales,

En ese sentido, si el apoyo formal no representa un detrimento para subordinación, ni la prestación personal, tampoco lo representaría una figura de asistencia dentro de la empresa en la cual labore la persona con discapacidad.

2.3. El enfoque de los ajustes razonables para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad en las relaciones laborales

La capacidad jurídica del colectivo en mención fue reconocida en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad en su artículo 12, dicha convención fue aprobada por Colombia en el año 2009 mediante la ley 1346, sin embargo, no fue hasta el año 2019 que Colombia regula la plena capacidad legal de este

colectivo a través de la norma 1996 de ese año. Esta última, se caracteriza por ser de carácter estatutario, por lo cual puede afirmarse el carácter de derecho fundamental de la temática y es que, básicamente, la esencialidad del derecho parte de que, en reflexiones de Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1998), esta capacidad desprende la capacidad de ejercicio, correspondiente a la aptitud para desplegar autónomamente los derechos. A partir de ese reconocimiento, se instauran los ajustes razonables como una estrategia para garantizar el ejercicio de la capacidad legal, siendo incorporada en la misma Convención y adoptada por la ley 1996.

De esa forma, los ajustes razonables para la inclusión de las personas con discapacidad se incorporan como una obligación subsidiaria dentro del ordenamiento jurídico colombiano, sostiene Bolaños (2016), que existe una obligación del Estado en velar por el acceso igualitario de las personas con discapacidad en el ejercicio de sus derechos, sin embargo, frente a la incapacidad del Estado de garantizar el goce y ejercicio de todas las personas con discapacidad nace la obligación complementaria de acoger los ajustes razonables, representando un medio para proteger la igualdad en casos concretos. Posición que es complementada por Cuenca (2014), quien precisa que no siempre es posible replantear todos los productos con la finalidad de ser usados por todo el mundo y, en esas circunstancias, el concepto de ajuste razonable se presenta como una estrategia específica y de segundo grado para contribuir a la accesibilidad general.

En cuanto a las relaciones laborales, la ley colombiana no incorpora taxativamente un porcentaje a los empleadores, públicos como privados, de adecuaciones o modificaciones que deban desarrollarse como formas de ajustes razonables para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad.

No obstante, puede afirmarse que, al estar vinculada una persona miembro de esta minoría, el empleador se ve en la obligación de garantizar su derecho a la igualdad y no discriminación, trazados como fundamentales en el ordenamiento jurídico nacional, y por ello debe recurrir a los ajustes razonables como mecanismo de garantía.

Es claro que el empleador está en la responsabilidad de implementar los ajustes, no obstante, estos no pueden ser desproporcionales, es decir, esta estrategia tiene un límite que se concentra en la razonabilidad de los mismo y en la no configuración de cargas excesivas para el obligado. Expresa Finsterbusch (2016), que el límite a dichos ajustes debe responder a criterios de justicia, en los cuales el empleador, quien es el obligado a efectuar la acción, debe ejecutarla hasta el punto que le represente un perjuicio, sea de carácter económico o de cualquier otra clase. Adicionalmente, representaría una carga excesiva si la modificación no es posible efectuarla o puede generar un contexto de discriminación para otros sujetos que juegan el papel de receptores indirectos. Álvarez Ramírez (2012) enfatiza que la obligatoriedad jurídica no rige sobre todas las adaptaciones que pretendan realizarse en favor de las personas con discapacidades, específicamente aquellas que no resulten razonables, pues al momento en que se pierde el

criterio de razonabilidad finaliza el deber de realizarlo. Ahora, para determinar el nivel de carga de dichos ajustes, postula Ávila (2011), que la interpretación de lo razonable debe efectuarse a la luz de la noción de la equidad, determinando la razonabilidad según las particularidades de cada caso, armonizando la carga con las singularidades materiales de los hechos que requieren la ejecución del ajuste.

En virtud de lo expuesto, puede concluirse que los ajustes razonables para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo se presentan como una obligación jurídica subsidiaria que recae sobre el empleador con el propósito de suplir la imposibilidad estatal de garantizar el ejercicio de los derechos de una manera plena a las personas con discapacidad en casos específicos, así, puede determinarse que los ajustes son de carácter fundamental como forma de cumplir con el deber de inclusión y accesibilidad laboral a las personas que integran este colectivo. Empero, dicha obligación tiene un límite basado en el presupuesto de razonabilidad del ajuste, es decir, que no resulte en la constitución de una carga excesiva para el empleador y que se restrinja su ejecución a casos concretos en los cuales deba velarse por el derecho a la capacidad legal.

3. Alcance jurídico y límites de los apoyos para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo

3.1. Apoyos

Los apoyos “son aquellos recursos y estrategias que sirven para mejorar el funcionamiento humano” (Luckason, 2002). Esta definición si bien fue pensada para dirigirse a un público de personas con discapacidad intelectual, sirve para romper las barreras de la discriminación pues, sin rastro de duda, todos necesitamos y utilizamos apoyo para ser mejores. Claramente, la vida misma del ser humano, concebida en sociedad, se compone de relaciones interdependientes en las que existen apoyos recíprocos sin importar de quien se trate. Ahora bien, es importante esclarecer que las personas con discapacidad intelectual requieren de unos apoyos diferentes a la mayoría de las personas y esto no es, ni en lo más mínimo, una señal de discriminación pues se trata de

incluirles en cualquier aspecto de la vida humana en el que les apetezca desenvolverse de la mejor manera, como lo es en este caso el desarrollo laboral.

Los apoyos en temas de discapacidad intelectual se efectúan de acuerdo con la intensidad de necesidad del apoyo para que la persona requiera para ejercer actividades acordes a la normatividad del comportamiento humano. En este sentido, para medir la necesidad se deberá primero entender numerosos factores del funcionamiento humano.

Así lo establecen Thompson y compañía, al decir que se pueden clasificar las necesidades de apoyos en cuatro secciones, siendo estas, la necesidad normativa, la sentida, la demanda expresada y, por último, la necesidad comparativa.

La primera, normativa, sucede cuando un experto o profesional estima luego de una inspección individual, la necesidad a partir de la situación de la persona en el presente; la necesidad sentida, surge de la persona misma y de cómo siente que necesita el apoyo cuando otra persona le pregunta qué requiere; la demanda expresada se diferencia de la anterior en tanto que la persona expresa la necesidad de un apoyo; por último, la necesidad comparativa es el resultado del análisis de una población en particular en el que, si un grupo de personas con características en común reciben un apoyo 'x', las demás personas con estas mismas características que no reciban el apoyo, en realidad, lo necesitan (Thompson, 2004).

3.2. Tipos de apoyos

Constituiría un error pensar que todas las personas con discapacidad cognitiva o intelectual son iguales y requieren de los mismos apoyos, cuando en realidad existen muchas clases y niveles de discapacidad. Es por ello por lo que no es posible limitar los apoyos a un listado específico de acciones pues cada persona es diferente y requiere atención individualizada para que los apoyos que pueda requerir se acoplen realmente a sus necesidades sin ser insuficientes o exagerados, pero sí resulta pertinente clasificar los tipos de apoyos.

Clasificar los tipos de apoyos en proporción a los retos que enfrenta cada persona con discapacidad para participar en actividades cotidianas dentro del estándar social y el grado de dificultad que esto implica, ayuda a entender hasta qué punto una persona con discapacidad realmente requiere de un apoyo, no solo para llevar a cabo las actividades propias de su puesto de trabajo, sino también para ejercer su voluntad en los actos jurídicos que tienen lugar en una relación laboral.

Habiendo entendido cuales son los tipos de apoyos, resulta necesario analizar las opciones con las que cuentan la personas con discapacidad para acceder a los mismos.

3.3. Acuerdos y adjudicación judicial de apoyos

El paso adelante que el ordenamiento jurídico colombiano dio por medio de la Ley 1996 de 2019 en el camino hacia pagar la deuda histórica que tiene con las personas con discapacidad, al garantizar el ejercicio de su capacidad jurídica incluye el surgimiento de nuevas figuras jurídicas como lo es la adjudicación de apoyos.

El autor Correa Montoya, se encarga de proporcionar una definición de adjudicación de apoyos cuando dice que estos consisten en un documento por

el cual se establece la red de apoyo y se determina quienes son las personas que cumplirían con la tarea de apoyar, además de identificar el apoyo requerido, documento que ha de ser ejecutado ante notario, por medio de escritura pública o conciliación (Correa, 2020).

Sin embargo, la Ley 1996 de 2019 por medio de su artículo 9 supone 2 maneras para que las personas con discapacidad adquieran los apoyos requeridos para el ejercicio de actos jurídicos, por un lado, el acuerdo de apoyos y por el otro un proceso judicial. En el caso del acuerdo de apoyos, se asemeja cercanamente a lo propuesto por Correa, citado en el párrafo anterior, adicionándole el hecho de que el notario deberá entrevistarse con la persona con discapacidad, titular del acto jurídico, para así verificar que el documento esté acorde a su voluntad y a la ley (Congreso de la República de Colombia, 2019).

Tanto los acuerdos como la adjudicación de apoyos constituyen un cambio radical en los paradigmas creados en torno a la capacidad de las personas con discapacidad cognitiva, pues en vez de que terceros sean los que definan cuales son las necesidades de estas personas, como antes se acostumbraba, ahora se les permite que sean ellos mismos quienes consideren los apoyos necesarios para desarrollar distintas actividades. En este sentido, la figura de apoyos busca evitar que el acompañamiento sea impuesto a la fuerza, respetando así la voluntad de las personas con discapacidad.

Lo anterior no solo se garantiza con la naturaleza jurídica misma de los apoyos, sino también en su procedimiento, pues un punto a resaltar, tal como expresa Hernández, son los sujetos que intervienen en el acuerdo (Hernández, 2019). Al estar presente la persona que necesita el apoyo, el que presta el apoyo y los funcionarios que llevan a cabo las etapas del trámite, hay más posibilidades de que sea un proceso transparente en el que se respete la voluntad de la persona con discapacidad.

Ahora bien, con respecto a la segunda vía para acceder a los apoyos, la adjudicación judicial, no se diferencia en mucho a un proceso judicial común en el que se espera la sentencia de un juez, pues con el fallo se formaliza el apoyo para la persona con discapacidad, tal como se establece en el artículo 32 de la Ley 1996 de 2019, se trata de un "procedimiento de jurisdicción voluntaria ante juez de familia del domicilio de la persona titular del acto", no obstante puede llegar a tratarse de un proceso verbal sumario cuando quien lo promueva sea una persona diferente a la persona con discapacidad titular del acto (Congreso de la República de Colombia, 2019).

obstante puede llegar a tratarse de un proceso verbal sumario cuando quien lo promueva sea una persona diferente a la persona con discapacidad titular del acto (Congreso de la República de Colombia, 2019).

De esta manera queda claro cuáles son las formas en las que una persona con discapacidad puede acceder a los apoyos.

3.4. Determinación y valoración de apoyos

Constituiría un error pensar que todas las personas con discapacidad cognitiva o intelectual son iguales y requieren de los mismos apoyos, cuando en realidad existen muchas clases y niveles de discapacidad. Es por ello por lo que no es posible limitar los apoyos a un listado específico de acciones pues cada persona es diferente y requiere atención individualizada para que los apoyos que pueda requerir se acoplen realmente a sus necesidades. Teniendo en cuenta las dos vías establecidas por ley para acceder a los apoyos, corresponde abordar los supuestos necesarios en cuento a la determinación y valoración de dichos apoyos.

Hernández Ramos, propone que la determinación funge como una delimitación del apoyo solicitado por el titular

del acto jurídico y se lleva a cabo, ya sea por la manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad o por una entidad pública o privada prestadora del servicio de valoración de apoyos. (Hernández Ramos, 2020)

Dentro del proceso de adjudicación de apoyos es deber del juez integrar en el proceso y poner a disposición de la persona con discapacidad un grupo interdisciplinario con los conocimientos necesarios para determinar qué tipo de apoyos son necesarios en particular para el titular del derecho. Tal como lo expone Arango, corresponde al juez proteger la tutela judicial efectiva consiguiendo la finalidad verdadera del proceso, para lo que debe otorgar las herramientas necesarias que así lo permitan (Arango Echeverri, 2020).

3.3. Acuerdos y adjudicación judicial de apoyos

El artículo 3 de la Ley 1996 de 2019 establece que el papel de los apoyos es asistir en la comprensión de los actos jurídicos y las consecuencias que conllevan, además de guiar en la manifestación de la voluntad de la persona con discapacidad cognitiva (Congreso de la República de Colombia, 2019).

Esto consiste en facilitar y garantizar la toma de decisión personal de quien se apoya, luego de que este allí manifestado su voluntad con anterioridad. En tal sentido, no corresponde al apoyo poner en tela de juicio la voluntad de a quien le asiste, sino por el contrario, respetarla y hacerla respetar. De ahí que se hable de apoyo y no de tutoría, pues sería contradictorio llamarle de otra manera cuando la finalidad misma de la ley es reconocer la capacidad legal de que gozan las personas con discapacidad intelectual mayores de edad.

Este respeto a la voluntad de la persona con discapacidad ha sido reiterado por la Corte Constitucional en sentencia C-025 de 2021, en donde establece que el apoyo "puede consistir en personas de plena confianza que puedan asesorar el acto jurídico" (Corte Constitucional de Colombia, 2021).

Desde la doctrina también se ha mantenido la misma posición en cuanto a que el límite del apoyo es la voluntad real de la persona con discapacidad cognitiva, tal como lo expresa O'Reilly, es cierto que en torno a la temática de las discapacidades se ha incrementado recientemente el interés en lo que respecta a la figura de los apoyos, y deja claro que la función de estos es "aumentar la independencia, productividad e integración en la comunidad" (O'Reilly, 1986).

Ciertamente, la figura de apoyos traída a Colombia por la nueva Ley 1996 de 2019 revoluciona los paradigmas sociales que dejaban por costumbre el pensamiento de que las personas con discapacidad intelectual no eran capaces de manifestar su voluntad o si quiera de tener voluntad propia, o que las personas típicas no las tomaran en cuenta. No obstante, se puede criticar el hecho de que la rama ejecutiva sólo haya tomado esta decisión hasta el 2019 un par de años atrás, lo que deja en evidencia el gran trabajo que la sociedad colombiana tiene por delante para lograr un cambio positivo, cambio que a su vez debe ser impulsado por el gobierno a través de políticas públicas que tengan como objetivo la educación de todas las personas sobre las condiciones de discapacidad, así como la divulgación de los nuevos estándares del ordenamiento jurídico del país.

En dicho sentido, afirmar que una persona con discapacidad tiene capacidad legal no excluye la posibilidad de contemplar apoyos que permitan la realización de ciertos actos jurídicos en igualdad de condiciones. Así, en los términos de la Ley 1996 de 2019, siempre que las explicaciones, justificaciones, decisiones y preferencias del trabajador con discapacidad se manifiesten con el acompañamiento de su apoyo formal cuando ha sido legalmente designado, sus decisiones serán completamente válidas.

Conclusión

Son diversos los alcances jurídicos que se le atribuyen al concepto de discapacidad y persona con discapacidad. Sin embargo, en los modelos estudiados, la capacidad legal de las personas con discapacidad solo podría explicarse a partir del alcance que el modelo social enfocado en derechos en la medida que sus postulados entienden a las personas con discapacidad como verdaderos sujetos de derechos a los que se les debe garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

Esta nueva concepción de las personas con discapacidad promovida desde la Convención de los derechos de las personas con discapacidad y la ley 1996 de 2019 posibilitan el reconocimiento de la capacidad legal de las personas con discapacidad. No obstante, garantizar este derecho en igualdad de condiciones implica la existencia de mecanismos como los ajustes razonables y apoyos que, sin transferir la titularidad de derecho, ni sustituir la voluntad y preferencias del titular le permitan tomar decisiones por sí mismo en forma autónoma e independiente.

En armonía con lo anterior, no es posible garantizar de manera plena el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad sin la existencia de mecanismos como los ajustes razonables y los apoyos. Es por ello que, la investigación realizada muestra la necesidad de reconocerse que los ajustes razonables enfocados en la capacidad legal en el ámbito laboral para las personas con discapacidad resulta una temática desconocida en el sector, pues la categorización como personas incapaces a los miembros este colectivo por los sistemas que precedieron el sistema social de derechos, ha contribuido a perpetuar el paradigma de que las personas con discapacidad intelectual están imposibilitadas para realizar actos jurídicos, aspecto que, sin duda alguna, ha generado una exclusión para la minoría en el mercado laboral. Por ello, es necesaria una propuesta que permita incentivar la accesibilidad de las personas con discapacidad intelectual en las distintas empresas y con ello la ejecución de ajustes. Actualmente se ofrecen deducciones tributarias como mecanismo de promoción a la contratación de integrantes del colectivo, no obstante, debería agregarse beneficios adicionales y de carácter tributario por la vinculación de personas con discapacidad intelectual. Estos beneficios deben ser acompañados con una reglamentación

especial por parte del ministerio del trabajo orientada a funcionar como una hoja de ruta que enseñe la forma en la cual deben ser aplicados los ajustes razonables de manera general, pues dicha reglamentación no podría ser específica, ya que sería contraria a la naturaleza de los ajustes que requieren que variabilidad según los casos concretos. Mediante la promoción de estas contrataciones se atacaría el paradigma que aún afecta a la minoría y que genera que la estrategia de ajustes razonables sea ignorada en el mercado laboral.

Los ajustes razonables y los apoyos constituyen mecanismos indispensables para que pueda ejercerse en Colombia la capacidad legal de las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo. El uso de los ajustes y apoyos previstos en los artículos 7 y 8 de la ley 1996 de 2019 no implican una sustitución de la voluntad de las personas con discapacidad sino más bien estrategias que garantizan la inclusión, autonomía e independencia de las personas con discapacidad. Sin ajustes y apoyos en Colombia no puede hablarse del ejercicio pleno de la capacidad legal de las personas con discapacidad. Sumado a lo anterior, a pesar de los esfuerzos institucionales internos, el ordenamiento jurídico nacional no ha sido capaz de mejorar los vacíos existentes de las normas laborales en cuanto a la realidad social, lo cual afecta significativamente los derechos humanos de esta población y demuestran que el sistema jurídico colombiano debe implementar soluciones más acordes a las necesidades sociales en términos laborales y de empresa.

En adición, es necesario concluir este análisis sobre los apoyos para personas con discapacidad intelectual con una propuesta. Tal como se explicó en páginas anteriores, corresponde al juez brindar las herramientas para que el proceso de adjudicación de apoyos garantice la tutela judicial efectiva, por medio de un equipo de personas capacitadas para determinar cuáles son los apoyos que se requieren en el caso, esto mismo deja en manos del juez que a la persona con discapacidad se le haga parte del proceso sin discriminación, pero realmente la ley no es precisa y contiene vacíos. Si bien, dichos vacíos pueden ser llenados con la jurisprudencia esto termina siendo un experimento de prueba y error en el que muchas personas con discapacidad pueden salir afectadas.

En este sentido, se propone que en adición a lo ya establecido por la ley 1996 de 2019 se esclarezca el cómo se ha de garantizar los derechos y la inclusión adecuada de las personas con discapacidad en los procesos de adjudicación judicial de apoyos, por medio de un análisis en el que la misma figura de equipos interdisciplinarios ejerza un estudio previo de las posibles situaciones dentro del proceso de adjudicación judicial de apoyos y se establezcan unos mínimos taxativos en cuanto a la determinación y valoración

Referencias

Acosta Aristizábal, V., & Tamayo Vallejo, M. (2021). ¿Afecta la discapacidad intelectual la capacidad legal del trabajador en el contrato de trabajo? [Tesis de Maestría en derecho laboral, Pontificia Universidad Javeriana]. Repositorio Institucional de la Pontificia Universidad Javeriana. <http://hdl.handle.net/10554/52567>

Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (1998). Tratado de Derecho Civil, parte preliminar y general. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Álvarez Ramírez, L. (2012). La configuración jurídica de los ajustes razonables. En L. Cayo (Ed.), 2003 – 2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Madrid: Grupo Editorial CINCA.

Arango Echeverri, A. M. (2020). ABCES Jurídico. Vol.4, No1. 2020. 8-12.

Aristizábal Gómez, K. V. (2019). Inclusión laboral y discapacidad: una revisión teórica y una caracterización. Los casos de Santa Marta, Barranquilla y Cartagena.

Asís Roig, R. D. (2007). Derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos.

Ávila, H. (2011). Teoría de los principios. Madrid: Marcial Pons

BARIFFI, F., 'Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU', Hacia un Derecho de la Discapacidad, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 357.

Bolaños Salazar, E. (2016). La idea de los ajustes razonable como forma complementaria para conseguir la igualdad de las personas con discapacidad. *Actualidad Jurídica Universidad del Norte*, 8. 40-54.

Cáceres Rodríguez, C. (2004). Sobre el concepto de discapacidad. Una revisión de las propuestas de la OMS, *Auditio: Revista electrónica de audiología*, vol. 2, núm. 3. Págs. 74-77.

Casado Pérez, D. (1993). El Programa de Acción Mundial para las personas con discapacidad y la Ley de Integración Social de los Minusválidos. En: S. Muñoz, y M. Verdugo. *La integración social de los minusválidos*. (págs. 51-60), Madrid: Escuela Libre.

Constantino Caycho, R. & Galicia Vidal, S. (2015). La configuración de los ajustes razonables en materia laboral en el Perú: definiciones, omisiones y propuestas. En: Urteaga Crovetto & Aarón Verona (Ed.), *Perú: Anuario de investigación del CICAJ 2013 – 2014*. (pp. 261-268). Pontificia Universidad Católica del Perú
<https://www.researchgate.net/publication/305181324>

Correa Montoya, Lucas (2020) Interdicción o apoyos para decidir. ¿Qué cambió con la nueva Ley 1996 de 2019? Webinar. DescLAB tomado de
<https://www.facebook.com/watchparty/826372054767212>

Corte Constitucional de Colombia (2021) sentencia C-025 de 2021.

Crispín Lorences, D. (2021). La protección sociojurídica de las personas con discapacidad en el contexto del Estado social en tiempos de pandemia. [Tesis de Maestría. Universidad de Oviedo]. Repositorio Institucional de la Universidad de Oviedo.
<http://hdl.handle.net/10651/60639>

CUENCA GÓMEZ, P., Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2012
Palacios, A. (2008) El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Cermi
Seoane, J. (2011) ¿Qué es una persona con discapacidad? *ágora-papeles de filosofía* (30), pp. 143- 161.
Valdés, C. (2010). Capacidad, discapacidad e incapacidad en clave carpenteriana. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla* (26) pp. 39-68. <http://www.redalyc.org/pdf/2932/293222980003.pdf>

Finsterbusch Romero, C. (2016). La extensión de los ajustes razonables en el derecho de las personas en situación de discapacidad de acuerdo al enfoque social de derechos humanos. *Ius et Praxis*. 22 (2). 227-252. <http://dx.doi.org/10.4067/So718-00122016000200008>

García Ramos, A., & Gutiérrez Prieto, D. (2020). Principales novedades de la Ley 1996 de 2019 que regula el régimen de capacidad legal en personas con discapacidad mayores de edad [Monografía en derecho, Universidad EAFIT]. Repositorio Institucional Universidad EAFIT. <http://hdl.handle.net/10784/17044>

Gómez, C. (2014). El ajuste razonable como expresión de igualdad. In Conferencia ALFA: Discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad

GuapachaLargo, L. N., Barbosa Gómez, N., & Pérez Silva, D. (2020). Capacidad legal de las personas con discapacidad según la Ley 1996 de 2019: cambio de concepción entre capacidad legal y capacidad mental.

Hernández Ramos, S. E. (2020). Capacidad en situación de discapacidad: Análisis de la Ley 1996 de 2019. *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*. Vol (4), 60-82.

Ley 1996 de 2019. Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad. 26 de agosto de 2019.

Luckasson, R., Borthwick-Duffy, S., Buntix, W. H. E., Coulter, D. L., Craig, E. M., Reeve, A., et al. (2002). Mental retardation: Definition, classification, and systems of supports (10th ed.). Washington, DC: American Association on Mental Retardation.

Pacheco, L. (2012). Los elementos esenciales del contrato de trabajo. Revista de Derecho. Perú. Pág. 20, 28. 30.

Palacios, A. (2008). El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Cermi.

Rey Pérez, J. L. (2018). Una revisión de los conceptos de accesibilidad, apoyos y ajustes razonables para su aplicación en el ámbito laboral Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos, 39. Págs. 259-284. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6479296>

Rivera, D. C. (1974). Derecho laboral colombiano. Colombia. Editorial Temis. Pág. 103. 197.

Rodríguez Sanz, B. (2014). La obligación de realizar ajustes razonables del puesto de trabajo a las personas con discapacidad. Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, (127), 85-120. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5000369>

Thompson, J. R., Bryant, B., Campbell, E. M., Craig, E. M., Hughes, C., Rotholz, D. A., et al. (2004a). Supports Intensity Scale. Washington, DC: American Association on Mental Retardation.

Valdéz Dal-Ré, F. (2005). Derechos en serio y personas con discapacidad: Una sociedad para todos. En J. Lahera, y F. Valdés. Relaciones laborales de las personas con discapacidad (pp.365-386). Madrid, España: Biblioteca nueva

Valencia, Z. Ortiz, M., (2010). Derecho Civil Tomo I: parte general y personas. Bogotá. Editorial Temisa,