



## **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**

### **CONCEPTO 15 DE 2018**

(marzo 20)

PARA: **XXXXXXXXXXXXXXXXXX**

ASUNTO: Respuesta solicitud de concepto E-2018-075665 de 15 de febrero de 2018

Atendiendo al asunto de la referencia, y, de acuerdo con lo previsto en el artículo 26 del Código Civil, artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, y numeral 4 del artículo 60 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

#### **I. CONSULTA**

Se consulta sobre la autorización de visitas de los progenitores y/o cuidadores de las personas con discapacidad mental absoluta declaradas en adoptabilidad en las instituciones de protección y las herramientas de apoyo a las Defensorías para definir la situación jurídica de los niños y niñas, en cumplimiento del proyecto de ley 317 de 2017.

#### **II. PROBLEMA JURÍDICO**

De la consulta se identifican los siguientes problemas jurídicos:

¿Procede la autorización de visitas en las instituciones de protección a las personas con discapacidad mental absoluta por sus progenitores, cuando han sido declaradas en adoptabilidad?

¿Cuál es el término para definir la situación jurídica de un niño, niña o adolescente por parte de la autoridad administrativa?

### **III. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO**

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura: 3.1 La Protección a las personas con discapacidad mental absoluta; 3.2 Los términos del PARD en la Ley 1878 de 2018; 3.3 La entrada en vigencia de la Ley 1878 de 2018.

#### **3.1. La protección a las personas con discapacidad y el régimen de representación legal.**

Los derechos de las personas con discapacidad como un grupo poblacional históricamente discriminado y maltratado, han tenido una evolución desde la perspectiva simplemente proteccionista del Estado y de aislamiento, a una inclusiva, que los reconoce como sujetos de los mismos derechos que todas las demás personas y de unos especiales por sus particularidades. Se parte de ver a las personas con discapacidad como dotadas de capacidades especiales y sujetos de medidas afirmativas que permitan el goce efectivo de sus derechos en condiciones de igualdad.

El artículo 13 de la Constitución Política establece la cláusula de igualdad de todas las personas en cuanto a derechos, protección y trato de las autoridades. Así mismo, señala la obligación del Estado de promover condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y medidas a favor de grupos discriminados o marginados, en especial respecto de las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

Por su parte el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha reconocido la importancia de atribuirles iguales derechos a las personas con discapacidad y de obligaciones a cargo de los Estados de implementar medidas que permitan reducir y eliminar las barreras de acceso al ejercicio de sus derechos.<sup>[1]</sup>

En el marco legal la regulación del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad también ha tenido una evolución considerable, notoriamente influenciada por la normativa internacional.

Así, por ejemplo, la Ley 1306 de 2009 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. La protección de la persona con discapacidad mental y de sus derechos fundamentales es la directriz de interpretación y aplicación de esta norma, que establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados y cuyo propósito es asegurar el goce pleno y las condiciones de igualdad de todos los derechos humanos para aquellas personas.

Dispone la Ley 1306 de 2009 por la cual se dictan normas para la Protección de Personas con Discapacidad Mental y se establece el Régimen de la Representación Legal de Incapaces Emancipados, en su artículo 80 que, las personas con discapacidad mental: “Tendrán los derechos que, en relación con los niños, niñas y adolescentes, consagra el Título I del Código de la Infancia y la Adolescencia o las normas que lo sustituyan, modifiquen o adicionen y, de igual manera, los que se consagren para personas con discapacidad física, de la tercera edad, desplazada o amenazada y demás población vulnerable, en cuanto la situación de quien sufre discapacidad mental sea asimilable”.

Sobre la protección de las personas con discapacidad mental el artículo 60 de la citada ley, establece:

“La protección del sujeto con discapacidad mental corresponde y grava a toda la sociedad, pero se ejercerá de manera preferencial por:

- a) Los padres y las personas designadas por estos, por acto entre vivos o por causa de muerte.
- b) El cónyuge o compañero o compañera permanente y los demás familiares en orden de proximidad, prefiriendo los ascendientes y colaterales mayores y los parientes consanguíneos a los civiles.
- c) Las personas designadas por el juez,
- d) El Estado por intermedio de los funcionarios e instituciones legítimamente habilitadas.

Serán encargados de la custodia y protección de quienes están en discapacidad mental quienes garanticen la calidad e idoneidad de la gestión y, por ello, el orden aquí establecido podrá ser modificado por el Juez de Familia cuando convenga a los intereses del afectado.

El encargado de la protección de la persona, sujeto con discapacidad mental, deberá asegurar para este un nivel de vida adecuado, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda apropiados y a la mejora continua de sus condiciones de vida y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad”.

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, es la entidad estatal encargada de trabajar por la protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia, por lo tanto, responsable de atender aquellos casos en los cuales se presenten situaciones de inobservancia, amenaza o vulneración de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Atendiendo a lo anterior, la Ley 1098 de 2006 ha previsto un proceso administrativo de restablecimiento de derechos, mediante el cual se

garantiza la restauración de la dignidad e integridad de las personas menores de 18 años como sujetos de derechos, en el marco de la protección integral y los principios de prevalencia de derechos, interés superior, y corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado.

Como parte de este proceso, la misma ley estableció una serie de medidas tendientes a garantizar la protección integral de la niñez y la adolescencia, las cuales deben ser adoptadas en el curso del mismo por las autoridades administrativas a partir de la valoración de la situación en la que se encuentre el niño y de la verificación de la garantía de sus derechos, siguiendo el procedimiento descrito en la citada ley y en los lineamientos técnicos aprobados por el ICBF.

Así las cosas, cuando una Autoridad Administrativa conoce el caso de un niño, niña o adolescente con discapacidad mental absoluta e identifica que tiene sus derechos amenazados o vulnerados, puede en el curso del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, adoptar las medidas establecidas en el artículo 53 de la ley 1098 de 2006, incluso la declaratoria de adoptabilidad, la cual corresponde exclusivamente al Defensor de Familia.

La declaratoria de adoptabilidad, produce como efectos principales según el inciso segundo del artículo 108 de la Ley 1098 de 2006, respecto de los padres, la terminación de la patria potestad del niño, niña o adolescente adoptable y la inscripción de la misma en el libro de varios y en el registro civil del menor de edad.

La adopción es una institución jurídica que bajo la suprema vigilancia del Estado tiene como fin fundamental garantizar a los menores de edad que se encuentran en abandono, un hogar estable en donde puedan desarrollarse armónica e integralmente, y puedan establecer una verdadera familia con todos los derechos y deberes que ello comporta, así como ser asistidos y educados en un ambiente de bienestar y afecto.

De acuerdo con lo anterior, se parte de la premisa de que, si un menor de edad con discapacidad mental absoluta fue declarado en adoptabilidad, la Defensoría de Familia en compañía del equipo interdisciplinario realizó un examen integral de sus condiciones personales y familiares, ponderó la gravedad de los hechos, junto con la proporcionalidad de la medida de restablecimiento a adoptar y determinó que la familia no era garante de los derechos del niño, niña o adolescente, por tanto era procedente depararlo en adoptabilidad.

### **3.2. Los términos del PARD en la Ley 1878 de 2018**

El 9 de enero de 2018, se sancionó la Ley 1878 de 9 de enero de 2018, “por medio de la cual se modifican algunos artículos de la Ley 1098 de 2006, por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, y se dictan otras disposiciones”.

Esta ley tuvo como precedente los proyectos de Ley 225 de 2017 de Senado y 310 de 2017 de Cámara de Representantes, que culminaron el proceso legislativo el pasado 13 de diciembre de 2017 con la aprobación del informe de conciliación en la Plenaria de la Cámara de Representantes.

La Ley 1878 de 9 de enero de 2018, modificó algunos artículos de la Ley 1098 de 2006, y en el punto del término del PARD indicó en el artículo 40 que modificó el artículo 100, lo siguiente:

“En todo caso, la definición de la situación jurídica deberá resolverse declarando en vulneración de derechos o adoptabilidad al niño, niña y adolescente, dentro de los seis (6) meses siguientes, contados a partir del conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de los derechos del menor de edad, término que será improrrogable y no podrá extenderse ni por actuación de autoridad administrativa o judicial.

Vencido el término para fallar o para resolver el recurso de reposición sin haberse emitido la decisión correspondiente, la autoridad administrativa perderá competencia para seguir conociendo del asunto y remitirá dentro de los tres (3) días siguientes el expediente al juez de familia para que resuelva el recurso o defina la situación jurídica del niño, niña o adolescente en un término máximo de dos (2) meses. Cuando el Juez reciba el expediente deberá informarlo a la Procuraduría General de la Nación para que se promueva la investigación disciplinaria a que haya lugar”.

(...)

En los casos que la autoridad administrativa pierda competencia y no remita el proceso el Juez de Familia dentro del término señalado en este artículo, el Director Regional del ICBF estará facultado para remitirlo al juez de familia."

De otra parte, el artículo 60, modificó el artículo 103 de la ley 1098 de 2006, estableciendo un término para realizar el seguimiento de la medida de declaración de vulneración de derechos, así:

"En los procesos donde se declare en situación de vulneración de derechos a los niños, niñas y adolescentes, la autoridad administrativa deberá hacer seguimiento por un término que no exceda seis (6) meses, contados a partir de la ejecutoria del fallo, término dentro del cual determinará si procede el cierre del proceso cuando el niño, niña o adolescente este ubicado en medio familiar y ya se hubiera superado la vulneración de derechos, el reintegro al medio familiar cuando el niño se hubiera encontrado institucionalizado y la familia cuente con las condiciones para garantizar sus derechos; o la declaratoria de adoptabilidad cuando del seguimiento se hubiera establecido que la familia no cuenta con las condiciones para garantizar los derechos.

En los casos excepcionales que la autoridad administrativa considere que debe superarse el término de seguimiento, deberá prorrogarlo mediante resolución motivada por un término que no podrá exceder de seis (6) meses, contados a partir del vencimiento del término de seguimiento inicial. La prórroga deberá notificarse por Estado.

En ningún caso el proceso administrativo de restablecimiento de derechos con el seguimiento podrá exceder los dieciocho (18) meses, contados a partir del conocimiento de los hechos por parte de la autoridad administrativa hasta la declaratoria de adoptabilidad o el reintegro del niño, niña o adolescente a su medio familiar.

Cuando la autoridad administrativa supere los términos establecidos en este artículo sin resolver de fondo la situación jurídica o cuando excedió el término inicial de seguimiento sin emitir la prórroga, perderá competencia de manera inmediata y deberá remitir el expediente al Juez de Familia para que este decida de fondo la situación jurídica en un término no superior a dos (2) meses. Si la autoridad administrativa no remite el expediente, el Director Regional hará la remisión al Juez de Familia”.

De los apartes transcritos se puede observar que la Ley 1878 de 2018, consagró un único término para el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, esto es, seis (6) meses contados a partir del conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de derechos, el cual es improrrogable y dentro del cual, la autoridad administrativa debe fallar respecto de la situación jurídica del niño, niña o adolescente.

Esta disposición deroga tanto el término de los cuatro (4) meses y la prórroga de dos (2) más establecida anteriormente en el artículo 100, por un único término de seis meses, pasados los cuales sin fallo o sin resolver el recurso de reposición, la autoridad administrativa pierde la competencia y debe remitirlo al Juez de Familia para que adopte la decisión correspondiente.

Adicionalmente, la nueva Ley consagra un término de seis (6) meses para que la autoridad administrativa realice el seguimiento a la declaratoria de vulneración de derechos, el cual podrá prorrogar excepcionalmente y por resolución motivada por seis (6) meses más. Esta facultad de prórroga corresponde exclusivamente a la autoridad administrativa, está supeditada también a la perentoriedad de los términos en el Código y tiene igualmente ante su incumplimiento la consecuencia de la pérdida de competencia.

### **3.3. La entrada en vigencia de la Ley 1878 de 2018**

La ley 1878 de 2018 no contiene una disposición que fije su entrada en vigencia, motivo por el cual y de acuerdo con lo manifestado por esta Oficina Asesora Jurídica en el concepto I-2018-019767 de 16 de febrero de 2018, se considera aplicable el artículo 52 de la Ley 4 de 1913, según el cual la observancia de la Ley

comienza dos meses después de su promulgación, por lo cual la obligatoriedad y oponibilidad de esta norma inicia dos meses después de su promulgación,<sup>[2]</sup> es decir, su fecha de entrada en vigencia corresponde al 9 de marzo de 2018.

De otra parte, el artículo 13 establece un régimen de transición con las siguientes reglas, para los procesos en curso al entrar en vigencia la Ley:

--Para los PARD que no cuenten aún con definición de situación jurídica establecida en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006, se fallarán conforme a la legislación vigente al momento de su apertura, y, una vez se encuentre en firme la declaratoria de situación de vulneración o adoptabilidad, se continuará con el trámite de seguimiento previsto en el artículo 60 de la Ley 1878 de 2018.

--Para los procesos que se encuentren con declaratoria de situación de vulneración de derechos, se deberá aplicar lo dispuesto en el artículo 60 respecto del seguimiento de las medidas.

De acuerdo con lo anterior, se aprecia que, los procesos que hayan iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1878 de 2018, esto es, al 9 de marzo de 2018 y que a dicha fecha no cuenten con fallo, serán tramitados de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 en su versión original, esto es, en los términos, prórrogas y demás disposiciones sustantivas y procedimentales, hasta que se emita el fallo, pues a partir de éste y en caso de que se declare la situación de vulneración de derechos, procederá el trámite de seguimiento de las medidas establecido en el artículo 60 de la Ley 1878 de 2018.

Por su parte, para los procesos que, a 9 de marzo de 2018, cuenten con fallo de declaratoria de situación de vulneración de derechos, procede el seguimiento establecido en el artículo 60.

Finalmente, los procesos que se inicien a partir del 9 de marzo de 2018, se rigen íntegramente y en lo que corresponda, por las disposiciones de la Ley 1878 de 2018, dado que no están sometidos a régimen de transición, sino que serán iniciados en vigencia de la nueva norma.

#### **IV. CONCLUSIONES**

1. Cuando una Autoridad Administrativa conoce el caso de un niño, niña o adolescente con discapacidad mental absoluta e identifica que tiene sus derechos amenazados o vulnerados, puede en el curso del Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, adoptar las medidas establecidas en el artículo 53 de la ley 1098 de 2006, incluso la declaratoria de adoptabilidad, la cual corresponde exclusivamente al Defensor de Familia.

Si un menor de edad con discapacidad mental absoluta fue declarado en adoptabilidad, se parte de la premisa que, la Defensoría de Familia en compañía

del equipo interdisciplinario realizó un examen integral de sus condiciones personales y familiares, ponderó la gravedad de los hechos, junto con la proporcionalidad de la medida de restablecimiento a adoptar y determinó que la familia no era garante de los derechos del niño, niña o adolescente, por tanto era procedente declararlo en adoptabilidad.

En ese sentido, una vez en firme la declaratoria de adoptabilidad, la regulación o autorización de visitas a la institución, por parte de sus progenitores y/o cuidadores, no tiene fundamento jurídico, dado que el cuidado y protección del niño, niña o adolescente está a cargo del Estado, mientras no esté en firme una sentencia que decrete la adopción, pues dicha declaratoria produce respecto de los padres, la pérdida de la patria potestad y la extinción de los derechos derivados de ella, entre ellos la custodia y visitas.

2. La Ley 1878 de 2018, consagró un único término para el proceso administrativo de restablecimiento de derechos, esto es, seis (6) meses contados a partir del conocimiento de la presunta amenaza o vulneración de derechos, el cual es improrrogable y dentro del cual, la autoridad administrativa debe follar respecto de la situación jurídica del niño, niña o adolescente, so pena de la pérdida de competencia.

Adicionalmente, la nueva Ley consagra un término de seis (6) meses para que la autoridad administrativa realice el seguimiento a la declaratoria de vulneración de derechos, el cual podrá prorrogar excepcionalmente y por resolución motivada por seis (6) meses más. Esta facultad de prórroga corresponde exclusivamente a la autoridad administrativa, está supeditada también a la perentoriedad de los términos en el Código y tiene igualmente ante su incumplimiento la consecuencia de la pérdida de competencia.

3. De acuerdo con lo manifestado por esta Oficina Asesora Jurídica respecto de la entrada en vigencia de la Ley 1878 de 2018, dado que ella no contiene una disposición que fije su entrada en vigor, se considera aplicable el artículo 52 de la Ley 4 de 1913, según el cual la observancia de la Ley comienza dos meses después de su promulgación, por lo cual la obligatoriedad y oponibilidad de esta norma inicia dos meses después de su promulgación, es decir, su fecha de entrada en vigencia corresponde al 9 de marzo de 2018.

En consecuencia y aplicando el régimen de transición establecido en el artículo 13 de la Ley 1878 de 2018, los procesos que fueron iniciados con anterioridad al 9 de marzo de 2018 y que no cuenten con fallo, se les aplicarán las disposiciones del artículo 100 y demás del Código en su versión original, esto es, el procedimiento, términos y prórrogas, hasta el fallo. En caso de que se emita fallo que declare la vulneración de derechos, se aplicarán las disposiciones respecto del seguimiento de las medidas establecido en el artículo 6o de la nueva norma. Los procesos que, a 9 de marzo de 2018, cuenten con fallo de declaratoria de vulneración de derechos, se les aplica íntegramente el artículo 6o.

Por su parte, los procesos que inicien con posterioridad al 9 de marzo de 2018, se deben tramitar de acuerdo con lo establecido en la Ley 1878 de 2018, puesto que no están sujetos a régimen de transición, sino que, nacerán en vigencia de la nueva norma y se regirán en su totalidad por lo dispuesto en ella.

Finalmente, es preciso indicar que el presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos; de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante, lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir tas directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 4, 8 y 20 del artículo 6o del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

**YAVIRA ESPERANZA FLORIAN CASTAÑEDA**

Jefe Oficina Asesora Jurídica (E)

**NOTAS AL FINAL:**

**1. Así, por ejemplo, la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por Colombia mediante la Ley 1345 de 2009, establece la prohibición de toda discriminación por motivos de discapacidad y un caté topo de derechos a este grupo poblacional.**

**2. La ley 1878 de 2018 fue publicada en el diario oficial 50.471 de 9 de enero de 2018**

***Este documento fue tomado directamente de la página oficial de la entidad que lo emitió.***