



CONCEPTO 97 DE 2017

(Agosto 18)

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

Bogotá, D. C.,

Señor **XXXXXXXXXX**
XXXXXXXXXXXX@gmail.com

ASUNTO: Respuesta a la solicitud de concepto radicado con SIM 1760933795 de 04/07/2017, referente a adultos con discapacidad mental relativa en situación de abandono.

Señor,

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en el artículo 26 del Código Civil, la Ley 1755 de 2015, así como en el artículo 6o, numeral 4 del Decreto 987 de 2012, se responde la solicitud de concepto respecto del asunto en cuestión, en los términos que siguen:

1. PROBLEMA JURÍDICO

Adulto xxx con discapacidad mental relativa o de menor compromiso, declarado en situación de abandono, ubicado en medio institucional del ICBF, sin proceso de interdicción. El adulto xxx es requerido por Notarla municipal para que se haga parte en proceso de sucesión intestada de su padre biológico, sus hermanos desean vender los bienes dejados por el progenitor, pero requieren firma del hoy adulto. Se pregunta: 1. ¿El Defensor de Familia debe puede representar al adulto declarado en abandono, aun cuando no existe proceso de interdicción y/o nombramiento de tutor; para el trámite de sucesión intestada? 2. ¿Puede

considerarse el diagnóstico DX discapacidad cognitiva, problemas de comportamiento, trastornos de la conducta y las emociones, entre otros, como discapacidad relativa, suficientes para adelantar algún proceso de inhabilidad o interdicción?

3. ¿El Defensor de Familia debe y/o puede iniciar proceso de nombramiento de Curadores, consejeros y administradores fijado en la Ley 1306 de 2009, demostrando el compromiso cognitivo (discapacidad) o qué tipo de proceso debe iniciar? 4. ¿Los adultos que se encuentran bajo cuidado... del ICBF, en medio institucional, declarados en abandono o adoptabilidad, que no tienen declaratoria de interdicción, bajo qué figura jurídica se encuentran en protección?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Metodológicamente, el presente concepto se emite dentro de las siguientes líneas argumentativas: 2.1. Los derechos de las personas con discapacidad mental; 2.2 La protección a las personas con discapacidad y el régimen de representación legal; 2.3 Las competencias del Defensor de Familia respecto de las personas con discapacidad mental.

2.1. Los derechos de las personas con discapacidad mental

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. La transformación de esta manera de reconocerlos parte de una perspectiva en la que las personas con discapacidad tienen capacidades especiales y son 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. Así por ejemplo, la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por Colombia mediante la Ley 1349 de 2009,^[1] establece la prohibición

de toda discriminación por motivos de discapacidad y un catálogo de derechos a este grupo poblacional.

Respecto de la definición de personas con discapacidad, la Convención señala que en ésta se incluyen personas 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.

El artículo 12 de la Convención establece el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley en los siguientes términos:

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. 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.

3. 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.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen 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.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán 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 velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria. (Subrayado fuera de texto).

Por su parte, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, ratificada por

Colombia mediante Ley 762 de 2002, define los términos discapacidad y discriminación contra las personas con discapacidad, como:

[U]na deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”^[2] y como “toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

El artículo 1o de la Convención establece en su literal b, que no constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad, siempre que la distinción o preferencia no limite en si misma el derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y que los individuos con discapacidad no se vean obligados a aceptar tal distinción o preferencia. En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, ésta no constituirá discriminación. (Subrayado fuera de texto).

Como puede verse, los tratados internacionales de Derechos Humanos en la materia, como parte del bloque de constitucionalidad, establecen una variedad de derechos de las personas con discapacidad no sólo física sino mental, que refuerzan la perspectiva de igualdad material y de inclusión de estas personas con capacidades especiales.

En el marco legal, la regulación del ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad también ha tenido una evolución considerable, dado que bajo la perspectiva eminentemente civilista, el Código Civil hablaba de “mentecatos”, “idiotas”, “dementes” o “disminuidos”, mientras que las nuevas normas sobre la materia, notoriamente influenciadas por la normativa internacional, reconocen a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos y establece medidas a cargo del Estado para promover la igualdad y eliminar las discriminaciones de las cuales han sido víctimas por su condición.

Sobre este punto la Corte Constitucional ha desarrollado una prolífica jurisprudencia, en cuanto al reconocimiento y alcance de los derechos de las personas con discapacidad mental:

A partir de estas consideraciones, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1) Las personas en condición de discapacidad son sujetos plenos de derechos.

2) En este orden de ideas, gozan de derechos sexuales y reproductivos y del derecho a fundar una familia y de asumir la progenitura responsable, siempre que así lo quieran de manera libre e informada.

3) El Estado no solo está en la obligación de proteger a estas personas, sino que debe también disponer de todos los medios para que estas puedan gozar de sus derechos, comprender las implicaciones de las decisiones relativas a la sexualidad y a la familia y promover la eliminación de barreras para favorecer su inclusión plena en la sociedad.^[3]

2.2. La protección a las personas con discapacidad y el régimen de representación legal

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, 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 Ley 1306, 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.

Así, la protección y representación legal de las personas con discapacidad mental, corresponde en primera instancia a su familia, de acuerdo con el orden de preferencia establecido en la Ley y en casos excepcionales, a las personas designadas por un juez de la República o por las autoridades del Estado que la Ley ha designado.

2.3 Las competencias del Defensor de Familia respecto de las personas con discapacidad mental

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, es 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 - PARD 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 1098 y en los lineamientos técnicos aprobados por el ICBF.

Ahora bien, el artículo 18 de la Ley 1306 de 2009 determina que:

Corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, por intermedio del Defensor de Familia, prestar asistencia personal y jurídica a los sujetos con

discapacidad mental absoluta de cualquier edad, de oficio o por denuncia que cualquier persona haga ante la entidad para lo cual deberá "tomar las medidas administrativas de restablecimiento de derecho o interponer las acciones judiciales pertinentes teniendo en cuenta que "Las normas sobre vulneración de los derechos, procedimientos y medidas de restablecimiento de los derechos contenidos en el Código de Infancia y adolescencia, serán aplicables a las personas con discapacidad mental absoluta, en cuanto sea pertinente y adecuado a la situación de éstas. (Subrayado fuera de texto).

Así las cosas, cuando una autoridad administrativa conoce del caso de una persona con discapacidad mental absoluta e identifica la vulneración de cualquiera de sus derechos, deberá acudir a los procedimientos y medidas de restablecimiento contempladas en la ley 1098 de 2006, así como a las contempladas en la Ley 1306 de 2009, para garantizar el restablecimiento de esos derechos. De este modo, si en la verificación de derechos se identifica que la persona con discapacidad no tiene sus padres o carece de representantes legales, el Defensor de Familia debe proceder a dar apertura a un PARD y asumir la representación de la persona con discapacidad, conforme con lo dispuesto en el artículo 82 del Código de la Infancia y la Adolescencia^[4] y adoptar las medidas administrativas y judiciales más idóneas para el restablecimiento de sus derechos.

De acuerdo con lo establecido en el párrafo primero del artículo 36 del Código de la Infancia y la Adolescencia, en el caso de los adolescentes que sufren severa discapacidad cognitiva permanente, sus padres o uno de ellos, deberá promover el proceso de interdicción ante la autoridad competente, antes de cumplir aquel la mayoría de edad, para que a partir de esta se le prorrogue indefinidamente su estado de sujeción a la patria potestad por ministerio de la ley. Es claro que cuando el adolescente se encuentre bajo la protección del ICBF, corresponde al ICBF iniciar dicho proceso ante el Juez de Familia con el fin de prorrogar y garantizar su protección integral.

Respecto de los mayores de edad con discapacidad mental absoluta, que han ingresado a protección siendo ya mayores de edad, y que por su grado de discapacidad requieran de una atención especializada, corresponde al Defensor de Familia adoptar las medidas pertinentes para su protección integral y promover su atención ante las instituciones que integran el Sistema Nacional de Bienestar Familiar, entre los cuales está el Sistema General de Salud, al que le compete prestar la atención médica, el internamiento y la rehabilitación especializada.

Dentro del marco de la Ley 1098 de 2006, es claro que la autoridad administrativa competente debe fallar el Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos, según sea el caso, en uno de los siguientes sentidos: Declarando la situación de vulneración de derechos de los niños, niñas, adolescentes o mayores incapaces sin red de apoyo familiar y bajo el cuidado del ICBF; o declarando su situación de adoptabilidad, esta última competencia exclusiva del Defensor de Familia. Esta es entonces la naturaleza jurídica de las medidas bajo las cuales queda cobijada institucionalmente dicha persona.

Respecto del proceso de interdicción, tal como lo ha manifestado esta Oficina,^[5] es un proceso de jurisdicción voluntaria, que no busca resolver un litigio, ni controvertir un derecho, sino que busca que, mediante declaración judicial, se declare que una persona no está en capacidad mental para ejercer su capacidad de ejercicio. Si el Defensor de Familia considera que dicha declaratoria de interdicción es necesaria como un mecanismo para garantizar los derechos del adulto con discapacidad mental absoluta que no está declarado interdicto, podrá promoverla judicialmente.

El artículo 586 del Código General del Proceso señala que en estos procesos no es necesario probar el interés del demandante para promoverlo e incluso, podrá hacerlo el Juez de oficio. Adicionalmente, la demanda debe acompañarse de un certificado de un médico psiquiatra o neurólogo, sobre el estado del presunto interdicto, que establezca las características del paciente, el diagnóstico de la enfermedad y con las consecuencias de la capacidad del paciente para administrar sus bienes, y el tratamiento del mismo.

También, se puede decretar la interdicción provisional de la persona con discapacidad mental absoluta, teniendo como fundamento el certificado médico acompañado a la demanda. Los decretos de interdicción provisoria y definitiva deben ser inscritos en el registro civil de nacimiento de la persona con discapacidad y deben ser notificados al público por aviso en un diario de amplia circulación nacional.

En el Auto admisorio se ordenará el emplazamiento de todas las personas que se crean con derechos, una vez realizada la citación se decretarán las pruebas necesarias y se convocará a una audiencia para interrogar al perito. **Posteriormente, el juez dictará sentencia, en la que dispone lo relativo al inventario de bienes y avalúos de la persona con discapacidad.**

En la sentencia que declare la interdicción de una persona con discapacidad, el juez competente podrá decretar las medidas de protección personal necesarias y las terapéuticas que considere pertinentes, **designará el guardador principal y los suplentes que estime necesarios.**

3. CONCLUSIONES

Primera, es deber del Defensor de Familia abrir el PARD, decretando las medidas del caso y de considerarlo necesario, como parte de las mismas, podrá promover el proceso de interdicción a favor del adulto en condición de discapacidad mental cuya familia no puede hacerse cargo de su cuidado o carece de red familiar, para que el juez de Familia designe al guardadores principal y suplentes.

Segunda, de acuerdo con el artículo 586 del Código General del Proceso, la demanda debe acompañarse de un certificado de un médico psiquiatra o neurólogo, sobre el estado del presunto interdicto, que establezca las características del paciente, el diagnóstico de la enfermedad y con las

consecuencias de la capacidad del paciente para administrar sus bienes, y el tratamiento del mismo. El juez de Familia determinará el carácter probatorio del examen que se allegue al proceso que, siendo proferido por un profesional médico, debería llevar al convencimiento de dicho juez respecto de la condición de la persona que pretende ser declarada y de la validez de dicha pretensión.

Tercera, siendo la designación de guardadores, consejeros y administradores un asunto sometido al trámite previsto en los artículos 577 y 586 del Código General del Proceso, no es de resorte del Defensor de Familia llevar a cabo dicha designación, puesto que dicho nombramiento requiere del pronunciamiento judicial pertinente, una vez el Defensor de Familia u otra persona que promueve el proceso o el mismo juez de Familia, de oficio, dan curso al procedimiento en los estrados jurisdiccionales.

Cuarta, existen mayores de edad con discapacidad mental absoluta que han ingresado bajo la protección del ICBF y que por tener una condición de discapacidad que requiere una atención especializada, los Defensores de Familia deben adoptar las medidas que garanticen la protección integral de dichas personas, dentro de las cuales hacen parte las tendientes a articular no sólo al Sistema Nacional de Bienestar Familiar sino también a las entidades que conforman el Sistema General de Salud, respecto de los tratamientos médicos o de rehabilitación. En este sentido, la Resolución 1516 de 2016 estableció en el Lineamiento técnico para la atención de niños, niñas, adolescentes y mayores de 18 años con derechos inobservados, amenazados o vulnerados, con discapacidad las modalidades de atención y los perfiles de ubicación para este tipo de población con discapacidad.

Quinta, se reitera que si de la verificación de derechos se identifica que la persona con discapacidad no tiene sus padres o carece de representantes legales, el Defensor de Familia debe proceder a dar apertura a un PARD y asumir la representación de dicha persona, según lo establecido por el artículo 82 de la Ley 1098 de 2006, adoptando las medidas administrativas y judiciales que propendan por el restablecimiento de sus derechos.

Sexta, según lo prevé el artículo 36 de la Ley 1098 de 2006, si una persona con discapacidad mental absoluta ha estado bajo la protección del ICBF desde antes de cumplir la mayoría de edad, corresponde al Defensor de Familia interponer la demanda de interdicción ante el Juez de Familia, con el fin de prorrogar y garantizar su protección, así como la designación de un curador, si ello fuera pertinente. Lo anterior, siempre y cuando la persona sufre de una severa discapacidad cognitiva, permanente, que le impida ejercer su capacidad plena en la mayoría de edad.

Séptima, respecto de personas con discapacidad mayores de edad, el Defensor de Familia debe adoptar las medidas de restablecimiento establecidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, por lo cual, la demanda de interdicción puede ser una de esas medidas, siempre y cuando se considere necesaria e

idónea para proteger y garantizar los derechos de la persona con discapacidad. Debe tenerse en cuenta que dicha demanda deberá estar precedida y fundamentada en un dictamen médico que certifique que la discapacidad le impide al individuo ejercer de manera autónoma su capacidad plena, esto es, ejercer sus derechos y contraer obligaciones. La decisión final sobre la interdicción estará a cargo del Juez quien, de acuerdo con el dictamen y las pruebas que obren en el proceso, determinará la necesidad de declararla y los alcances de la misma, así como los apoyos que requerirá la persona con discapacidad para desarrollar plenamente sus competencias.

Por último, 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 las 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,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

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