

## INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

### CONCEPTO 172 DE 2014

**(Diciembre 4)**

ASUNTO: Solicitud de Concepto Jurídico Discapacidad Mental

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, 13 y ss. Del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 6o, numeral 4 del [Decreto 987 de 2012](#), se responde la solicitud de concepto definitivo sobre el caso en cuestión, en los siguientes términos:

#### 1. PROBLEMA JURÍDICO

Consulta relacionada con la vinculación laboral de una persona con discapacidad mental y declarada en adoptabilidad.

#### 2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

Se abordara el tema analizando: 2.1. Funciones del defensor de Familia. 2.2. Funciones del Defensor de Familia en el marco de la [Ley 1306 de 2009](#). 2.3 El derecho a trabajar de las personas con discapacidad mental. 2.4. Caso concreto.

##### 2.1 Funciones del Defensor de Familia

El Defensor de Familia es la autoridad administrativa encargada de garantizar, proteger y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sus funciones están consagradas en la [Ley 1098 de 2006](#) y la Resolución No. 0652 de 2011 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Estatuto del Defensor de Familia, allí se consagran las funciones generales de esta autoridad administrativa, Título Preliminar – Capítulo Segundo – Numeral Cuarto:

“4, FUNCIONES GENERALES DEL DEFENSOR DE FAMILIA. Los Defensores de Familia tienen como funciones aquellas encaminadas a la prevención, protección, garantía y restablecimiento de los derechos, las cuales se concretan en actuaciones administrativas y de policía que les

corresponden como integrantes del I.C.B.F., y en acciones judiciales, administrativas, civiles, penales y de jurisdicción de familia, relativas a la adopción, alimentos, conciliaciones, denuncias penales, asistencia en los procesos del sistema de responsabilidad penal de adolescentes y en general, toda la gama de intervenciones previstas en el artículo 82 y demás normas concordantes del [Código de la Infancia y la Adolescencia](#). Entre tales funciones, merece destacarse aquella en la que el Defensor de Familia actúa como máxima Autoridad Administrativa para verificar, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y los adolescentes, a través de las medidas de restablecimiento de derechos consagradas en la ley de infancia y adolescencia”.<sup>[1]</sup>

Las funciones taxativas de ésta autoridad administrativa se encuentran en el Art. 82 de la [Ley 1098 de 2006](#), las cuales se refieren entre otras, a adelantar actuaciones administrativas para prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes; emitir conceptos ordenados por la ley, en las actuaciones judiciales o administrativas; conceder permiso para salir del país a los niños, niñas o adolescentes, cuando no sea necesaria la intervención del Juez; promover conciliaciones extrajudiciales, citar al presunto padre con miras al reconocimiento voluntario del hijo extramatrimonial y la más importante por su carácter indelegable, la de autorizar la adopción en los casos previstos en la ley, entre otras.

En este orden de ideas puede concluirse que, el Defensor de Familia es una autoridad administrativa creada por la ley y tiene como funciones las de prevención, garantía y restablecimiento o de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, las cuales se concretan a través de actuaciones administrativas, policivas y judiciales, y en virtud de la [Ley 1306 de 2009](#), se extiende dicha facultad a las personas mayores de edad con discapacidad, tal como se explicará en el siguiente acápite.

Funciones del Defensor de Familia en el marco de la [Ley 1306 de 2009](#),

La [Ley 1306 de 2009](#),<sup>[2]</sup> 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 será la directriz de interpretación y aplicación de esta norma, estableciendo el régimen de la representación legal de incapaces emancipados, cuyo propósito es asegurar el goce pleno y las condiciones de igualdad de todos los derechos humanos para aquellas personas en situación de discapacidad.

La ley determina en el artículo 3o, que en la protección y garantía de los derechos de las personas con discapacidad mental se deben tomar en cuenta principios para la atención, entre otros, la no discriminación por razón de discapacidad, el respeto a la evolución de las facultades de los niños y

las niñas con discapacidad mental y de su derecho a preservar su identidad, los que se aplicarán con fuerza vinculante, prevaleciendo sobre las demás normas.

Dispone esta ley 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- Ley 1098 de 2006](#)- 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 (Art. 8).

Es pertinente señalar que por expresa disposición de la [Ley 1306 de 2009](#), en su artículo 18, corresponde al ICBF a través de las Defensorías de Familia, cumplir funciones de asistencia personal y jurídica a los sujetos con discapacidad mental absoluta de cualquier edad.

Sobre este punto la Corte Constitucional,<sup>[3]</sup> ha manifestado que: “Efectivamente, la asignación legal de una competencia a una autoridad judicial supone la determinación acerca del ejercicio de una función pública, en desarrollo del mandato establecido en el artículo 150-23, en virtud del cual corresponde al Congreso de la República “expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas”, siendo en este caso la administración de justicia la función pública regulada, la cual de conformidad con lo señalado en el artículo 228 de la Ley Fundamental, constituye materia de ley para su organización y realización, de manera pronta y eficiente”.

Según lo anterior, el diseño institucional previsto en la Carta de 1991, así como el reparto funcional de competencias asignado a las ramas del poder público y los organismos autónomos, lleva a concluir que es el Congreso el órgano encargado de fijar las reglas de convivencia social, así como la asignación de funciones a los servidores públicos, siempre dentro de los límites impuestos en la propia constitución. Es lo que esta Corporación ha denominado cláusula general de competencia según la cual las normas de convivencia social son expedidas, en principio, por el congreso, en tanto que corresponde al Gobierno garantizar su ejecución”.

Adicionalmente el artículo 18 de la Ley 1306, es norma especial respecto de la protección de las personas con discapacidad mental absoluta por lo cual debe aplicarse en materia de la competencia.

De otra parte, es importante mencionar que en el Capítulo IV, la [Ley 1306 de 2009](#) a que nos hemos venido refiriendo trata el tema de los guardadores (curadores, consejeros y administradores fiduciarios) y su gestión, y dispone que a las personas con discapacidad mental absoluta mayor de edad no sometidas a patria potestad se les nombrará un curador, el cual debe ser persona natural

y tendrá a su cargo el cuidado de la persona y la administración de sus bienes. El curador es único, pero puede tener suplentes designados por el testador o por el juez (artículo 52).

### 2.3 El Derecho al Trabajo de las Personas con Discapacidad Mental

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha reiterado la protección especial que le asiste a las personas en situación de discapacidad, afirmando que son sujetos de especial protección constitucional. De igual forma es importante mencionar que al Estado Colombiano le corresponden obligaciones adquiridas con la celebración de tratados internacionales y por obligaciones especiales recogidas en disposiciones legales.<sup>[4]</sup>

La Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad<sup>[5]</sup> en su artículo 3 establece como principios generales: “el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas en situación de discapacidad, en segundo lugar se estipuló **el principio de no discriminación**, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, y por el último la diferencia y aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humana”. (Subrayado fuera del texto).

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos establece como principio general la igualdad material y enfatiza la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas en situación de discapacidad.

Nuestra Constitución Nacional consagra la protección de las personas con discapacidad o algún tipo de limitación y establece la garantía de sus derechos, a los que gozan por su condición física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, establece la igualdad de oportunidades y el trato más favorable, los cuales constituyen derechos fundamentales.<sup>[6]</sup>

De otra parte, la Ley 361 de 1997 crea todos los mecanismos necesarios que permiten generar los beneficios básicos existentes para las personas que presentan limitaciones físicas, mentales y cognitivas. La mencionada ley crea una serie de estímulos para quien les vincule mediante contrato de trabajo, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 dispone: “(...) ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina del trabajo”.

La Corte Constitucional en Sentencia T-1040 de 2001, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil respecto de la protección de las personas con discapacidad afirmó:

“(…) Así, en el artículo 13 de la Constitución establece: El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se comentan”.

Estos sujetos de protección especial a los que se refiere el artículo 13 de la Constitución, que por su condición física estén en situación de debilidad manifiesta, no son solo los discapacitados calificados como tales, conforme a las normas legales. Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que, por condiciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. (…)

Así las cosas, es claro que el ordenamiento jurídico colombiano establece una estabilidad legal reforzada para quienes padecen una disminución física, sensorial o química, al establecer que el empleador requiere un permiso previo del Ministerio del Trabajo para despedir al trabajador.<sup>[7]</sup>

Por otra parte, corresponde al Defensor de Familia a cargo del caso, en virtud de lo dispuesto por el numeral 11 del artículo 82 de la [Ley 1098 de 2006](#): “Promover los procesos o trámites judiciales a que haya lugar en defensa de los derechos de los niños, las niñas o los adolescentes, e intervenir en los procesos en que se discutan derechos de estos, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Público y de la representación judicial a que haya lugar”, dar la autorización para que esta persona pueda realizar actividades laborales, quien deberá verificar las condiciones en las cuales se desarrollará el trabajo.

### 3. CONCLUSIONES

Primero. Todas las actuaciones que realicen las autoridades públicas en las que se encuentren involucrados niños, niñas o adolescentes deben estar orientadas por el principio del interés superior.

Segundo. El Defensor de Familia, es el representante legal de los niños, niñas y adolescentes cuando carecen de representantes legales, por ello le corresponde la representación en las actuaciones administrativas.

Tercero. Es una obligación del Estado garantizar la protección especial que le asiste a las personas en situación de discapacidad, por lo que se deberán adoptar las medidas tendientes para prohibir su discriminación.

Cuarto. A la persona con discapacidad le asiste su derecho al trabajo, por lo cual se deberá en todas las actuaciones procurar por su protección integral, la materialización del interés superior,

siempre garantizando que el trabajo desarrollado sea realizado de acuerdo a sus facultades y protegiéndolas de toda discriminación.

El presente concepto<sup>[8]</sup> no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. 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 8 y 15 del [Decreto 987 de 2012](#).

Para finalizar le recordamos que las solicitudes de concepto que se sometan a consideración de la Oficina Asesora Jurídica, deben cumplir los requisitos señalados en la Circular No. 002 del 19 de enero del 2012. Reiteramos nuestra disposición y colaboración con el fin de garantizar el cumplimiento de las funciones y obligaciones para la garantía y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas, los adolescentes y su contexto familiar.

Cordialmente,

**Oficina Asesora Jurídica**

---

1. Resolución No. 0652 de 2011 del ICBF – Estatuto del Defensor de Familia

2. Por medio de la cual se dictan normas para la protección de personas con discapacidad mental y se establece el régimen de la representación legal de incapaces emancipados.

3. Sentencia T-357, mayo 9/2002, M. P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

4. Cítese a manera de ejemplo las Sentencias T-096 de 2009 y C-824 de 2011

5. Aprobada por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009.

6. Artículos 13, 47, 54, 68 y 85 de la Constitución Nacional de 1991

7. Corte Constitucional Sentencia C-531 de 2000.

8. Como al realizar las referidas intervenciones la Administración debe aplicar el derecho, no siempre a través de funcionarios con conocimientos jurídicos, o cuando la debida ejecución de la ley requiere precisiones de orden técnico, se hace necesario que aquélla haga uso del poder de instrucción a través de las llamadas circulares del servicio, o de conceptos u opiniones, y determine el modo o la forma como debe aplicarse la ley en los distintos niveles decisorios. Con ello se busca, la unidad de la acción administrativa, la coordinación de las actividades que desarrollan los funcionarios pertenecientes a un conjunto administrativo, la uniformidad de las decisiones administrativas e igualmente, la unidad en el desarrollo de las políticas y directrices generales trazadas por los órganos superiores de la Administración, con lo cual se cumple el mandato del Constituyente contenido en el art 209 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolle con

*fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia e imparcialidad (...) cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio." Corte Constitucional. Sentencia C - 877 de 2000. M.P Antonio Barrera Carbonel.*