

**MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO  
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL**

**PLAN DE FORMACIÓN  
DE LA RAMA JUDICIAL**

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**

**SALA ADMINISTRATIVA**

**Presidente**

**PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA**

**Vicepresidente**

**NÉSTOR RAÚL CORREA HEANO**

**Magistrados**

**RICARDO MONROY CHURCH  
FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ  
EDGAR SANABRIA MELO  
JOSÉ AUGUSTÍN SUAREZ ALBA**

**ESCUELA JUDICIAL**

**“RODRIGO LARA BONILLA”**

**MARÍA MYRIAM ÁVILA DE ÁRDILA**

**Directora**

**JUAN FERNANDO BARRERA PEÑARANDA  
Coordinador Académico del Área de Familia**

**ESCUELA JUDICIAL  
"RODRIGO LARA BONILLA"**

**AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVE**

**NUEVO RÉGIMEN DE GUARDAS – LEY 1306 DE 2009**

ISBN

NOMBRE DEL AUTOR: AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO  
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2014

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No 9 A -24 piso 4

[www.ramajudicial.gov.co](http://www.ramajudicial.gov.co)

Con un tiraje de 2000 ejemplares

Asesoría Pedagógica y Metodológica: Carmen Lucía Gordillo Guerrero

Diseño editorial:

Impresión:

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

## TABLA DE CONTENIDO

SINOPSIS PROFESIONAL Y LABORAL DEL AUTOR  
JUSTIFICACIÓN

### UNIDAD PRIMERA: EL NUEVO DERECHO DE GUARDAS

- 1.1. Antecedentes de la ley
- 1.2. Bloque de constitucionalidad - derechos humanos de las personas con discapacidad
- 1.3. Régimen de guardas en el derecho constitucional
- 1.4. Progresividad en los derechos de las personas con discapacidad
- 1.5. Concepción sobre la discapacidad
- 1.6. Inclusión Social de las personas con discapacidad
- 1.7. Principio de corresponsabilidad
- 1.8. Prohibición de restricción de derechos de las personas con discapacidad
- 1.9. Capacidad Jurídica
- 1.10. Tipos de discapacidad conforme a la ley
- 1.11. Administración del patrimonio y deber de rendir cuentas
- 1.12. Prospectiva del régimen de guardas

### UNIDAD SEGUNDA: REGIMEN SUSTANCIAL DE LAS GUARDAS

- 2.1. Los principios que desarrolla la ley de guardas
  - 2.1.1. Dignidad humana
  - 2.1.2. Principio a la igualdad
  - 2.1.3. Principio a la accesibilidad
  - 2.1.4. Principio de corresponsabilidad
  - 2.1.5. Principio de prevalencia
  - 2.1.6. Principio de género
  - 2.1.7. Principio de la capacidad

## 2.2. Otros derechos de las personas con discapacidad mental

### 2.2.1. Derechos civiles y políticos

### 2.2.2. Derechos económicos, sociales y culturales

## 2.3. Parte orgánica del régimen de guardas

### 2.3.1. Concepto y características de guardas

### 2.3.2. Sujetos en régimen de guardas

## 2.4. Capacidad negocial de las personas con discapacidad

## 2.5. Negocios jurídicos cuando no ha mediado la interdicción

## 2.6. Procedimiento para la protección de derechos

### 2.6.1. Autoridades administrativas

### 2.6.2. Autoridades judiciales

## 2.7. Vigilancia y control

# UNIDAD TERCERA: RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN

## 3.1. Clasificación de los guardadores

### 3.1.1. Curador

#### 3.1.1.1. Curador del impúber emancipado

#### 3.1.1.2. Curador del mayor de edad

## 3.2. Otros tipos de curaduría

### 3.2.1. Curador especial

### 3.2.2. Curador Interinos

### 3.2.3. Curador Oficioso

### 3.2.4. Curador De hecho

## 3.3. Consejeros

### 3.3.1. Consejero para Adolescente

### 3.3.2. Consejero para persona con incapacidad relativa

## 3.4. Administradores fiduciarios

## 3.5. Designación de guardador

## 3.6. Guarda Dativa

## 3.7. Deberes y funciones del guardador

## 3.8. Incapacidad y excusas del guardador

## 3.9. Tipos de Representación

## 3.10. Prohibiciones del curador

3.11. Responsabilidad de los guardadores

3.12. Remuneración al guardador

3.13. Terminación de la guarda

#### UNIDAD CUARTA: RÉGIMEN PROCESAL DE LAS GUARDAS

4.1. Otros aspectos previstos en el régimen de guardas

4.1.1. Internamiento

4.1.2. Sujetos legitimados para solicitar el internamiento.

4.2. La inhabilitación

4.2.1. Legitimación para solicitar la inhabilitación

4.3. ABC del Proceso de interdicción

4.4. Lineamientos para el cabal desarrollo del proceso

4.5. Régimen Probatorio

## **SINOPSIS PROFESIONAL Y LABORAL DEL AUTOR**

Abogado y Especializado en Derecho de Instituciones Jurídicas Familiares. Magíster en Derecho de Familia de la Universidad Nacional, candidato a Doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás, con 25 años de experiencia en los campos del Litigio, Académico y Gerencia Administrativa. Investigador con énfasis en Derecho Privado, Derechos Humanos de la infancia y la adolescencia, y Género. Fundador de la Estrategia Municipios y Departamentos por la Infancia y la Adolescencia en el año 2005, liderada en la actualidad por la Procuraduría General de la Nación, UNICEF y la Federación Nacional de Departamentos.

Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Colombia-Bogotá, 2001-2003. Fundador y miembro honorífico de la Asociación de Facultades de Derecho “AFOCADE”. Miembro investigador de COLCIENCIAS. Ex conjuer de la Sala Civil, Familia y Agraria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca. Tratadista en Derecho Civil y Derechos Fundamentales de la Infancia y la Adolescencia y Género. Ex Catedrático de pregrado y postgrado de la Facultad de Derecho de las Universidades, Autónoma, Católica, Libre, Rosario, Sergio Arboleda y Santo Tomás-Colombia. Correlator e impulsador del nuevo Código de la Infancia y la Adolescencia, e igualmente correlator de la nueva Ley de los derechos de las personas con discapacidad mental y régimen de representación legal de incapaces emancipados. Conferencista nacional e internacional en temas

de Infancia y Familia. Ex Procurador Delegado para la Defensa de la Infancia, la Adolescencia y la Familia (2003-2008), exaltado en el 2010 con la máxima distinción que otorga la Procuraduría General de la Nación con la medalla Carlos Mauro Hoyos por los trabajos de infancia, y exaltado en el 2008 por UNICEF-Colombia como fundador de la estrategia “Hechos y derechos”. Ex director del Postgrado de Familia de la Facultad de Derecho, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional de Colombia (2007-2010).

Actualmente Director del área de Familia de La Universidad del Sinú y del módulo de derecho privado de la Universidad Santo Tomas, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomas, Universidad Libre y Universidad de los Andes.

## PRESENTACIÓN

El presente módulo busca presentar la nueva ley de protección de personas con discapacidad mental, la cual constituyó desde su entrada en vigencia el 5 de junio de 2009, para facilitar su aplicación en la jurisdicción de familia, esta ley cambio el paradigma en cuanto al tratamiento de los procesos donde participaban las personas con discapacidad mental, ya que de concebirlas como un paciente se dio paso a respetar sus derechos como un ciudadano con plenos derechos.

La ley constituye un cambio, en el cual las personas con discapacidad gozan plenamente de todos sus derechos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones que los demás niños, debe propenderse entonces eliminar cualquier barrera que exista en la sociedad y adoptar medidas inmediatas y efectivas para el disfrute de sus derechos.

El nuevo régimen de guardas es el resultado de los deberes que voluntariamente asumió el estado Colombiano al aprobar la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, que fue adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas, el 13 de diciembre de 2006, la aprobación en Colombia se dio mediante la ley 1346, el 31 de julio de 2009.

En dicho Convenio, el estado Colombiano asumió el compromiso de sensibilizar a toda la sociedad para que tome conciencia sobre los derechos de las personas con discapacidad y hacia el respeto de su



dignidad, resaltando que pueden aportar a la sociedad y que su capacidad debe ser reconocida.

Lo mencionado se abordará en el módulo de la siguiente manera, en la primera unidad se presentará un concepto más comprensivo de los derechos de las personas con discapacidad, analizando el bloque de constitucionalidad que complementa los contenidos de la ley y la prohibición de restricción a sus derechos.

En la segunda unidad, se presentarán los principios que desarrolla la ley de guardas, los derechos civiles y políticos, así como los derechos económicos, sociales y culturales, para finalmente desarrollar aquellos contenidos en la ley.

En la tercera unidad, se hablará del régimen de administración de los bienes de las personas con discapacidad, la clasificación de los guardadores, consejeros y tipos de representación. Y finalmente en la cuarta unidad se hablará del régimen procesal de las guardas.

Se espera que el módulo sea una herramienta de consulta permanente para los jueces y juezas de la jurisdicción de familia y aporte en la promoción de los derechos de las personas con discapacidad.

## JUSTIFICACIÓN

La nueva ley de protección de Personas con Discapacidad Mental rompe el paradigma de entender la Discapacidad Mental desde el enfoque de la persona natural como paciente, para asumirla desde la perspectiva de ésta como ciudadano o ciudadana, dando origen a unos nuevos parámetros para entender el tratamiento de carácter judicial que debe dársele a estas personas cuando se ven incurso en procesos judiciales, especialmente cuando se trata de procesos de guardas; lo que genera un nuevo tratamiento al régimen de Guardas y Curatelas, las cuales se van escindir del Código Civil, constituyendo hoy en día un nuevo Derecho conformando su propio cuerpo jurídico, parafraseando en este caso al jurista y filósofo Español Rafael Hernández Marín; por lo tanto, con la Ley 1306 del 2009 se consolida un nuevo derecho de las Personas con Discapacidad Mental.

Al respecto, señala la autora AGUSTINA PALACIOS que a lo largo de la historia en el colectivo de personas con discapacidad se han distinguido tres modelos : el primero que lo denomina prescindencia, que parte de la base que las causas que dan origen a la discapacidad tienen motivos religiosos, albergan mensajes diabólicos y la sociedad prescinde de ellas por inútiles, por tanto, son tratadas como objeto de caridad y sujetos de asistencia; el segundo que lo denomina rehabilitador, parte de considerar que las causas que originan la discapacidad son científicas, en consecuencia la personas discapacitada son tratadas como pacientes, y suponen que dichos pacientes deben ser rehabilitados; por lo tanto, a través de este tratamiento las personas con deficiencias pueden ser “normalizadas”. Por último el modelo social:

“...que consiste en que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino sociales, y que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de las personas –sin discapacidad–, y siempre desde la valoración y el respeto de su condición de personas con deficiencias”<sup>1</sup>. En consecuencia, este modelo se estructura desde el enfoque de los derechos humanos y se sustenta en los principios de la dignidad humana, corresponsabilidad, autonomía, igualdad y libertad personal.

Desde esta última perspectiva se entiende que la finalidad de la Ley es: “...modernizar el tratamiento jurídico a las personas con discapacidad mental, haciéndolo acorde con los avances en la clasificación médica y científica y con lo consagrado en nuestra Constitución Política (...) El proyecto está concebido para responder a las necesidades personales y sociales de las personas con discapacidad mental, brindándoles el espacio para su actuación correlativo a su capacidad intelectual, sin poner en riesgo sus intereses y los de la sociedad, para lo cual se establecen aquellas medidas imprescindibles para conseguir esos propósitos”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> PALACIOS, A. (2006), en el texto *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, coordinador Jiménez Eduardo, Buenos Aires, Argentina, Sociedad Anónima. Pág. 32.

<sup>2</sup> *Ibíd.* Pág. 32.

Por lo anterior la nueva Ley 1306 de 2009, que tiene como fin proteger a las personas con discapacidad mental y establece el régimen de representación en el tráfico de los negocios jurídicos con un enfoque negocial con el objeto de poner en movimiento los patrimonios, es decir que los patrimonios puedan ser productivos, no importa en cabeza de quién se encuentren, esto por un lado, y por el otro, que la persona tenga una inclusión social es decir que pueda moverse en el mundo del negocio jurídico familiar y laboral, lo que llama a una reflexión en materia de capacidad jurídica, no abordada por la doctrina colombiana.

En consecuencia, el módulo se justifica en el sentido que en la actualidad se exige que el Juez adopte un rol revolucionario en el nuevo Derecho de Discapacidad Mental, que garantice su aplicación dinámica y deje de lado la simple verificación formal de lo que ella establece, porque al realizar un balance de la norma se encuentra que si bien establece principios, procesos y procedimientos novedosos y de gran avance en la garantía de los derechos de esta población, no se ha dimensionado el potencial transformador de esta regulación.

Este avance se debe dar en los diferentes niveles de la jurisdicción, y si bien se encuentra que efectivamente se ha progresado en ello, también se observa que aún no hay la suficiente movilidad de los protagonistas de su aplicación y garantía, dado que en algunos casos se considera que la Ley 1306 del 2009 es demasiado idealista y utópica y, en tal evento, su defensa podría considerarse un desgaste para la

administración de justicia, cayendo en la rutina formalista y fomentando el desuso de la misma.

Frente a los derechos inherentes de las personas con discapacidad mental y de acuerdo con el contexto anterior, se justifica el desarrollo del presente módulo, para promover ese nuevo rol que le compete al Juez que estudia el o los casos que tienen que ver con la garantía y el restablecimiento de los derechos de esta población, ya que aquel cumple el papel de garante de los derechos fundamentales de estos en una sociedad pluralista y democrática cuyo deber esencial es proteger y garantizar los derechos de todos los asociados, especialmente de los más débiles, indefensos y vulnerables. Por lo tanto, los fallos de los Jueces tienen que ser expresión de su actividad judicial comprometida con la protección, integración y accesibilidad de las personas con discapacidad mental, tras la finalidad de garantizar su realización material.

Desde esa perspectiva, el juez es mucho más que un operador de justicia, es un agente activo de transformaciones sociales que requiere el Estado y la sociedad como garantes de los derechos de las personas con discapacidad mental y para lo cual este módulo, busca contribuir y apoyar la importante labor que realizan en todo el país.

Para elaborar cada una de las unidades temáticas se realizó un taller<sup>3</sup> de necesidades con el apoyo de los y las participantes responsables de la aplicación de la Ley 1306 del 2009, en el cual se logró establecer:

- Dificultades en el quehacer diario de la aplicación de dicho instrumento,
- La descripción de dichas dificultades.
- La identificación de acciones a emprender para la correcta aplicación de dicho instrumento.
- El establecimiento de medidas conducentes al desarrollo e implementación de las acciones que se consideran pertinentes para la oportuna y eficaz aplicación de dicho instrumento.

Se partió de la experiencia y el conocimiento acumulado de cada uno de los y las asistentes jueces y juezas del país, bajo el entendido de que la acción estatal no puede encaminarse exclusivamente a la implementación de medidas que desconozcan la realidad concreta a la que se ven abocados diariamente los funcionarios de la rama judicial, sino que debe brindar herramientas conceptuales y mecanismos legítimos y necesarios dirigidos a garantizar el goce y restablecimiento efectivo de los derechos de las personas con discapacidad mental.

Para el cumplimiento de esta propuesta, la metodología será la señalada por la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, es decir; la an-

---

<sup>3</sup> La realización de este taller se hizo a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, quien envió circular informativa y cito a los talleres en Bogotá, Barranquilla, Armenia, Pereira y Medellín.

dragogía, de acuerdo con el Formato de identificación de Necesidades de Formación Judicial - F – MFJ- 03, la cual se complementará con la realización de encuesta a los servidores del poder judicial, la cual origina la elaboración del micro currículo, por lo tanto responde al quehacer diario de los magistrados, magistradas, jueces, juezas, servidores y servidoras de la rama jurisdiccional.

La justificación del presente Módulo está dado por los resultados cuantitativos y cualitativos, del análisis del taller de necesidades y la encuesta practicada en 4 ciudades de todo el territorio nacional, ubicadas en la Costa Atlántica, Eje Cafetero, Antioquia, y por supuesto Bogotá. Lugares donde se realizó el diagnóstico de necesidades mediante la asistencia del autor del módulo, quien realizó una introducción del marco normativo y a partir de allí generó el diálogo acerca de la ley con los y las asistentes.

El taller y la encuesta giraron alrededor del quehacer diario del servidor y servidora pública, en la aplicación de la ley, en especial teniendo en cuenta si se logró con la ley un cambio en la concepción en cuanto al tratamiento de las personas con una discapacidad cognitiva, así como también la inclusión social.

Se consideró entonces, que de acuerdo con la ley y los tratados internacionales que lo complementan, que el Juez o Jueza, no debe limitarse a realizar una revisión formal de las actuaciones por las partes, sino que debe llenar de contenido sustancial sus decisiones y armonizar con contenidos establecidos en los instrumentos internacionales y la jurisprudencia nacional e internacional que se han adoptado en otros casos semejantes, creando así una doctrina clara en torno a la protección de las personas con discapacidad cognitiva, y

permitiendo que se cumpla con el ideal de realización sus derechos y sobre todo de justicia material que le corresponde proveer.

La nueva ley de protección de Personas con Discapacidad Mental rompe el paradigma de entender la Discapacidad Mental desde el enfoque de la persona natural como paciente, para asumirla desde la perspectiva de ésta como ciudadano o ciudadana, dando origen a unos nuevos parámetros para entender el tratamiento de carácter judicial que debe dársele a estas personas cuando se ven incurso en procesos judiciales, especialmente cuando se trata de procesos de guardas; lo que genera un nuevo tratamiento al régimen de Guardas y Curatelas, las cuales se van escindir del Código Civil, constituyendo hoy en día un nuevo Derecho conformando su propio cuerpo jurídico, parafraseando en este caso al jurista y filósofo Español Rafael Hernández Marín<sup>4</sup>; por lo tanto, con la Ley 1306 del 2009 se consolida un nuevo derecho de las Personas con Discapacidad Mental.

Al respecto, señala la autora AGUSTINA PALACIOS que a lo largo de la historia en el colectivo de personas con discapacidad se han distinguido tres modelos<sup>5</sup>: *el primero* que lo denomina *prescindencia*, que parte de la base que las causas que dan origen a la discapacidad tienen motivos religiosos, albergan mensajes diabólicos y la sociedad prescinde de ellas por inútiles, por tanto, son tratadas como objeto de

---

<sup>4</sup> HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, (2002), señala que el derecho de un país está dividido en varias ramas o sectores: Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Procesal, etc. (*Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2da Edición, Madrid, Marcial Pons, p. 18)

<sup>5</sup> PALACIOS, A. (2006), en el texto Igualdad, no discriminación y discapacidad, coordinador Jiménez Eduardo, Buenos Aires, Argentina, Sociedad Anónima. Pág.42.



caridad y sujetos de asistencia; *el segundo* que lo denomina *rehabilitador*, parte de considerar que las causas que originan la discapacidad son científicas, en consecuencia la personas discapacitada son tratadas como pacientes, y suponen que dichos pacientes deben ser rehabilitados; por lo tanto, a través de este tratamiento las personas con deficiencias pueden ser “normalizadas”. Por último el *modelo social*: “...que consiste en que las causas que originan la discapacidad no son ni religiosas ni científicas, sino sociales, y que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de las personas –sin discapacidad–, y siempre desde la valoración y el respeto de su condición de personas con deficiencias<sup>6</sup>”. En consecuencia, este modelo se estructura desde el enfoque de los derechos humanos y se sustenta en los principios de la dignidad humana, corresponsabilidad, autonomía, igualdad y libertad personal.

Desde esta última perspectiva se entiende que la finalidad de la Ley es: “...modernizar el tratamiento jurídico a las personas con discapacidad mental, haciéndolo acorde con los avances en la clasificación médica y científica y con lo consagrado en nuestra Constitución Política (...) El proyecto está concebido para responder a las necesidades personales y sociales de las personas con discapacidad mental, brindándoles el espacio para su actuación correlativo a su capacidad intelectual, sin poner en riesgo sus intereses y los de la sociedad, para lo cual se establecen aquellas medidas imprescindibles para conseguir esos propósitos<sup>7</sup>”.

Por lo anterior la nueva Ley 1306 de 2009, que tiene como fin proteger a las personas con discapacidad mental y establece el régimen de re-

---

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> Colombia, (2008), Gaceta del Congreso N° 647, Bogotá. Pág. 1.

presentación en el tráfico de los negocios jurídicos con un enfoque negocial con el objeto de poner en movimiento los patrimonios, es decir que los patrimonios puedan ser productivos, no importa en cabeza de quién se encuentren, esto por un lado, y por el otro, que la persona tenga una inclusión social es decir que pueda moverse en el mundo del negocio jurídico familiar y laboral, lo que llama a una reflexión en materia de capacidad jurídica, no abordada por la doctrina colombiana<sup>8</sup>.

En consecuencia, el módulo se justifica en el sentido que en la actualidad se exige que el Juez adopte un rol revolucionario en el nuevo Derecho de Discapacidad Mental, que garantice su aplicación dinámica y deje de lado la simple verificación formal de lo que ella establece, porque al realizar un balance de la norma se encuentra que si bien establece principios, procesos y procedimientos novedosos y de gran avance en la garantía de los derechos de esta población, no se ha dimensionado el potencial transformador de esta regulación.

Este avance se debe dar en los diferentes niveles de la jurisdicción, y si bien se encuentra que efectivamente se ha progresado en ello, también se observa que aún no hay la suficiente movilidad de los protagonistas de su aplicación y garantía, dado que en algunos casos se considera que la Ley 1306 del 2009 es demasiado idealista y utópica y, en tal evento, su defensa podría considerarse un desgaste para la administración de justicia, cayendo en la rutina formalista y fomentando el desuso de la misma.

---

<sup>8</sup> LAFONT PIANETTA P. (2010), Derecho de familia - Derecho marital - Filial - Funcional, Adenda reforma de la Ley 1306 de 2009, Guarda familiar, Bogotá, El Profesional Ltda. Págs. 3 y 4.

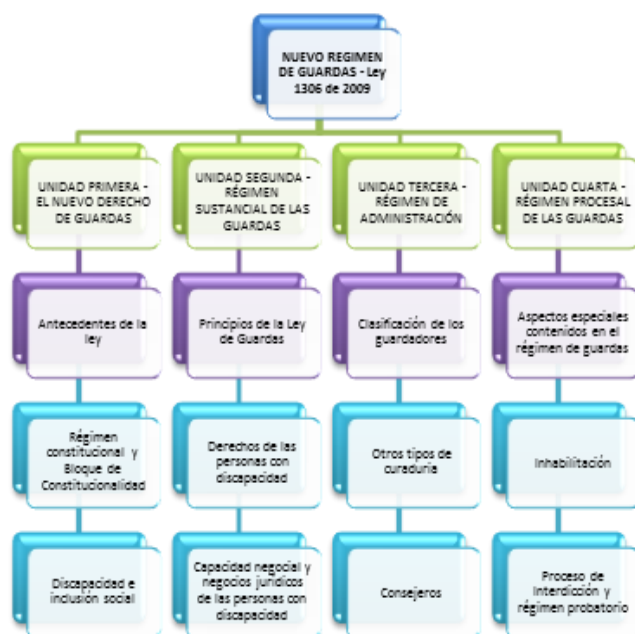
Frente a los derechos inherentes de las personas con discapacidad mental y de acuerdo con el contexto anterior, se justifica el desarrollo del presente módulo, para promover ese nuevo rol que le compete al Juez que estudia el o los casos que tienen que ver con la garantía y el restablecimiento de los derechos de esta población, ya que aquel cumple el papel de garante de los derechos fundamentales de estos en una sociedad pluralista y democrática cuyo deber esencial es proteger y garantizar los derechos de todos los asociados, especialmente de los más débiles, indefensos y vulnerables. Por lo tanto, los fallos de los Jueces tienen que ser expresión de su actividad judicial comprometida con la protección, integración y accesibilidad de las personas con discapacidad mental, tras la finalidad de garantizar su realización material.

Desde esa perspectiva, el juez es mucho más que un operador de justicia, es un agente activo de transformaciones sociales que requiere el Estado y la sociedad como garantes de los derechos de las personas con discapacidad mental y para lo cual este módulo, busca contribuir y apoyar la importante labor que realizan en todo el país.

## CONVENCIONES

Og	Objetivo general
Oe	Objetivo específico
Co	Contenidos
Ap	Actividades pedagógicas
Ae	Autoevaluación
J	Jurisprudencia
B	Bibliografía
CGP	Código General del Proceso
CP	Constitución Política
CC	Código Civil
CIA	Código de la Infancia y la Adolescencia

## **ORGANIGRAMA DEL MODULO**



## OBJETIVOS

Og	<p style="text-align: center;"><b><i>Objetivo general</i></b></p> <p>Apoyar las necesidades del quehacer diario de los magistrados, magistradas, jueces, juezas, servidores y servidoras públicas de la Jurisdicción de Familia, en el procedimiento de garantía de derechos de las personas con discapacidad, en especial en cuanto al reconocimiento de su capacidad.</p>
----	---

Oe	<p style="text-align: center;"><b><i>Objetivos específicos</i></b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Ayudar a mejorar las acciones, habilidades y destrezas del quehacer diario de los magistrados, magistradas, jueces, juezas, servidores y servidoras públicas de la Jurisdicción de Familia.</li> <li>• Desarrollar los saberes requeridos para cualificar el proceso garantía de derechos de las personas con discapacidad, así como su inclusión social.</li> <li>• Apoyar las manifestaciones comportamentales y actitudinales que inciden en la aplicación de la nueva ley de guardas.</li> </ul>
----	--

*Unidad*

*1*

*EL NUEVO DERECHO DE  
GUARDAS*

<b>Og</b>	<p><i>Objetivo general</i></p> <p>Estudiar y profundizar en el nuevo régimen de guardas, en especial en el proceso judicial y los principios establecidos en la ley.</p>
<b>Oe</b>	<p><i>Objetivos específicos</i></p> <ul style="list-style-type: none"><li>• Posibilitar la construcción del conocimiento para comprender el papel del juez como impulsador del desarrollo de la inclusión social de las personas con discapacidad.</li></ul>



## EL NUEVO DERECHO DE GUARDAS

*“UN CASO REAL (entrevista) <sup>9</sup>*

*1. Madre de cuatro hijos, profesora, además trabajas en casa... Tiene que ser usted una persona valiente y decidida para enfrentarse a la vida de esta forma. La sonrisa de sus hijos compensará todos sus esfuerzos, ¿Cómo se llaman?*

*No sé si soy, somos, valientes pero que la vida nos está haciendo valientes, os lo puedo asegurar que sí. Cuando tienes hijos con alguna discapacidad, en nuestro caso, Síndrome de Down, tienes dos opciones: una estar compadeciéndote y tirar la toalla; y otra, luchar por ellas, ayudarlas en todo lo que esté en tus manos, para que sean unas niñas autónomas, felices y buenas personas.*

*Nuestras cuatro joyas se llaman Ander de 9 años, Asier de 7 años y Nerea y Uribarri, ambas con Síndrome de Down, de 5 años.*

*2. ¿Cómo reaccionaste al recibir la noticia de que l@s hij@s que esperabas tenían Síndrome de Down?*

*-¿Y cuando nacieron?*

*No supimos que tenían SD hasta que nacieron. No me hice la amniocentesis, porque mis hijos son mis hijos tengan SD, sean ciegos, les falte un dedo o sean " normales". Yo opino que no nos libra nadie de cualquier percance o accidente y nos deje incapacitados para seguir con el mismo ritmo de vida, pero yo me pregunto: ¿ya no valgo nada? No lo creo. Cada persona tiene mucho que aportar, esté como esté, sea como sea.*

*Volviendo al tema.*

---

<sup>9</sup> Tomado de: <http://alumdiscog.blogspot.com/2009/11/un-caso-real-entrevista.html>  
Consultado el 20 de junio de 2013, por última vez a las 1:00 p.m.

Reaccioné llorando, porque no lo quería. ¿Quién quiere hijos con SD? Me daba mucha pena, porque me imaginaba a la chica de 36 años pegada a su madre, con coletas y vestidas como niñas de 6 años. Y eso yo no quería para mis hijas. Al rato, me las pusieron encima y me parecieron las niñas más bonitas del mundo y dijimos, mi marido y yo: Vamos a hacer todo lo que podamos para que estas niñas tengan una vida digna, sean felices y se valgan por sí mismas. En eso estamos todavía. Día a día, y en ocasiones, a contracorriente pero también con satisfacciones.

### 3. ¿Qué supone tener hijos con Síndrome de Down? Ventajas, dificultades.

Supone ver la vida de diferente manera. De dar importancia a lo que tiene importancia. En esta sociedad que todo parece que tiene que ser perfecto, mis hijas y los demás niños con alguna discapacidad, nos enseñan a que no hace falta ser perfecto, guapo, famoso, tener prestigio,... para ser feliz. Con esfuerzo, con gente que les apoye y ayude se consiguen muchas cosas. Y la verdad, que lo pagan muy bien. Te dan el doble. La base para que estos niños salgan adelante es confiar en ellos y estimularlos mucho, y la familia juega un papel importante. Si tú hijo te importa haces lo que sea, hasta el pino puente en una plaza si hace falta. Y la verdad que por parte de las instituciones no tenemos mucho apoyo. Contamos con una subvención hasta los 3 años, para programas de estimulación temprana y ya se acabó, como si el niño, por arte de magia, dejase de tener SD, o cualquier otra discapacidad. Ahora, con la "ley de dependencia" respiramos un POQUITO más.

### 4. ¿Cómo es el día a día?

El día a día. Así es como hay que vivir, día a día. No pensar en qué será de estas hijas dentro de 5 o 10 años, si tendrán amigas, si irán bien académicamente,... Yo prefiero afrontar el día presente y batallar con ellas desde la mañanita hasta la noche, porque ha cabezonas solo las gano yo, pero ha ca-

*riñosas no las gana nadie.*

5. *¿Y la relación entre los hermanos? ¿Alguna diferencia?*

*En cuanto a las diferencias con sus hermanos; han aprendido a hablar, a andar, a controlar esfínteres bastante más tarde que ellos. De hecho, tienen 5 años, y ahora se les está empezando a entender, a vocalizar mejor, muestran más interés por los cuentos, se imaginan la historia,.. Y ya os podéis imaginar, las fiestas que se montan cuando logran algo, como mear en el baño, que me pidan agua.*

6. *¿Cómo se comportan en la guardería/colegio?*

*En el colegio, están en 2º de Infantil, repitieron 1º para afianzar más los contenidos e igualar el nivel con el resto de sus compañeros. No van a un colegio especializado, van a uno de Durango, donde hay niños con y sin necesidades educativas especiales. La integración está siendo muy buena y la verdad, que la involucración del colegio es importante para el progreso educativo de estos niños. Hoy en día estamos mucho mejor que hace 30. Yo, doy gracias a aquellos padres que nos han abierto y nos han hecho más fácil el camino.*

*Nosotros, además, contamos con la ayuda de la Fundación SD del País Vasco que hace programas de estimulación, seguimiento escolar, grupos de juego,.. Es importante que haya buena comunicación entre el colegio, la familia y, en mi caso, la fundación SD, para ir todos a una, y en la misma dirección.*

7. *¿Qué miedos tiene para el futuro? ¿Y qué esperanzas?*

*Miedos del futuro, no tengo, salvo que nos falte salud y no podamos ayudarles. Esperanzas muchas, las cosas van cambiando y se les están abriendo muchas puertas, pero se necesita GENTE QUE APUESTE POR ELLOS."*

## 1.1.ANTECEDENTES DE LA LEY

La figura de la guarda no es nueva, el derecho romano la introduce cuando estableció la figura del tutor o curador, entendiendo que si una persona no era capaz de protegerse, debía ser encomendada esta función, podía darse la necesidad de protección por varias hipótesis; la minoría de edad, el sexo –femenino-, su discapacidad mental o quien no tenía dinero para subsistir.

Esta figura se insertó a los estatutos jurídicos de Europa debido a que Napoleón en 1804 la recoge en el código civil Francés y llegó al continente suramericano ya que el Código Civil de Bello del cual heredamos una fuerte tradición jurídica fue retomado por la ley 57 de 1887 por medio de la cual se adoptó y publicó el código civil colombiano expedido en 1873. Este régimen de origen francés se mantuvo vigente en el país hasta el 5 de junio del 2009, fecha en que se adopta la ley 1306 de 2009.

En el derecho civil francés se justificaba su adopción en tanto que: *“En esta organización se encontraban unidos el interés de la familia con el del incapaz. Si el impúbbero tenía necesidad de un protector para administrar su patrimonio e impedir a un tercero abusar de su debilidad, la conservación de sus bienes era de grandísima importancia para los miembros de la familia civil, llamados a heredarle a su muerte<sup>10</sup>”*.

En este sentido el cuidado brindado al incapaz tenía una doble función, en primer lugar evitar la malversación o pérdida del patrimonio y en segundo lugar repeler cualquier ataque mal intencionado al protegido, en especial si dicho ataque era realizado a sus bienes.

Inicialmente esta tarea se encomendaba a miembros de la

---

<sup>10</sup> Petit Eugéne (2009), *Derecho Romano*, Editorial Porrúa, Argentina. Pág. 126.

familia, donde *el pater familias*, máxima autoridad en la familia y quien ejercicio de la *patria potestad* ejercía la *potestas* sobre su descendencia consanguínea y por adopción, a la cual se añadía la mujer casada *cum manu*. Quedando los miembros de la familia subordinados ante el poder del *pater*<sup>11</sup>.

Quienes no podían protegerse, actuaban y eran representados por su *pater familias* o en caso de que este no lo hiciera a través del denominado *dominus*, el cual debía contar con la autorización del *pater*, solo a través de la figura de la representación podrían adquirir derechos y obligarse con otras personas.

En el derecho romano no se hablaba de guarda, tal y como se hace en la actualidad, allí la figura era denominada como *tutela*, donde el tutor se encontraba facultado para realizar los actos jurídicos necesarios para la administración de los bienes de su protegido o *pupilo*, Betancourt señala al respecto que “la muerte del *pater familias* determina que sus *alieni iuris* se hagan inmediatamente *sui iuris* y, por tanto, adquieren tanto la capacidad jurídica de goce como la capacidad jurídica de ejercicio. Sin embargo, en relación con esta última se puede dar el caso de que el *sui iuris* sea *impúber varón* (*pupillus*) o *mujer impúber* o *púber* (*pupilla*). En uno y otro caso se suple su incapacidad jurídica de obrar mediante una persona que se llama tutor que, en el caso de la mujer es *vitalicio*”<sup>12</sup>.

La figura anterior, se acompañaba de la curatela, la cual aplicaba para aquellas personas que accidentalmente cesaban en su capacidad de protegerse, se entendía que “La ley de las XII tablas organizaba la curatela únicamente para remediar a los discapacitados accidentales: la de los

---

<sup>11</sup> Betancourt Fernando, *Derecho Romano Clásico*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla 1995, Pág. 414.

<sup>12</sup> Betancourt, ob., cit., Pág. 447.

*furiosi y la de los prodigios. Más tarde, y a título de protección, fue extendida a los mente capti, a los sordos y a las personas atacadas de enfermedades graves.”*

El derecho penal Romano también consideraba que la discapacidad limitaba el ejercicio de la acción penal, estableciendo que, *“la enfermedad mental priva de capacidad de obrar; por tanto, los hechos realizados por los mentalmente enfermos no podían nunca ser considerados como delitos”*<sup>13</sup>. Se previó además una especie de internamiento (*ad securitatem proximorum*), en el período de Marco Aurelio, el cual es visto por varios autores como el antecedente de las medidas de seguridad defendidas en el campo penal por la Escuela Positiva.

El Código Civil de Napoleón, desarrolló la falta de capacidad de ejercicio de una persona con discapacidad o menor de 21 años, se estableció la interdicción civil y el consejo judicial; en artículo 489 se etiquetaban con adjetivos que en su momento constituyeron la nosología médica y psiquiátrica de la época entendiendo que: *“El mayor de edad que esté en un estado habitual de imbecilidad, de demencia o de furor debe ser sujeto a interdicción, aun cuando ese estado presente intervalos lúcidos”*<sup>14</sup>.

Siendo este parámetro retomado por el Código Civil colombiano, hasta la promulgación de la ley 27 del 5 de Octubre de 1977, bajo el mandato del presidente Alfonso López Michelsen, ley que fijó la mayoría de edad en 18 años. Esta ley estableció en su artículo 2 que:

---

<sup>13</sup> Mommsen T. (1976), *Derecho Penal Romano*, Bogotá, Temis.

<sup>14</sup> Mazeaud H. y J. (1959), *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Primera. Volumen IV. Buenos Aires.

*“En todos los casos en que la ley señale los 21 años como aptitud legal para ejecutar determinados actos jurídicos, o como condición para obtener la capacidad de ejercicio de los derechos civiles, se entenderá que se refiere a los mayores de 18 años.”*

Autores como LUIS CLARO SOLAR, manifestaban su oposición a dicha clasificación por considerar, *“... que la especie de clasificación hecha por el código de Napoleón tiene el efecto de ser incompleta e inútil; incompleta, porque si la imbecilidad, la demencia y el furor son variedades de enajenación mental, los médicos alienistas distinguen muchas otras, la manía, la monomanía, la melancolía, por ejemplo; de modo que al enunciar ella la ley no ha podido efectuar las otras variedades y todas estas tienen que entrar en el sentido general de las palabras empleadas (...) inútil, porque la autoridad encargada de ordenar o de tomar las medidas que la situación exige o permite, no tiene por qué preocuparse de las clasificaciones médicas, sino de averiguar si la persona respecto de la cual tal medida se provoca, tiene o no el discernimiento necesario para conducirse y si la demencia que padece es peligrosa o ofensiva”*<sup>15</sup>.

Para el tratadista LAURENT lo importante es la determinación de la interdicción a causa de la enajenación mental y sostiene que: *“las distinciones que hace la medicina carecen de importancia. Que haya tres o cuatro especies de demencia, que se le dé el nombre de idiotismo, de manía, de monomanía, poco importa; el principio consagrado en el artículo 489 no es modificado por los progresos de la ciencia. Este principio es que la enajenación mental es la causa en virtud de la cual la interdicción es pronunciada”*<sup>16</sup>, lo

---

<sup>15</sup> Solar L. C. (1992), *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago, Chile, Temis.

<sup>16</sup> Claro, Ob., Cit., Pág. 103

importante no es la terminología científica aplicable en estos casos, sino los principios que subyacen a estas instituciones civiles.

Desde el derecho civil francés, la clasificación de la discapacidad constituía un importante elemento para el ejercicio de los derechos subjetivos de la personas, PLANIOL y RIPERT<sup>17</sup>, señalan que: “...calificación patológica de la enajenación mental son en realidad indiferentes. La ley no ha definido la imbecilidad o la demencia y la abundancia de sus expresiones prueba únicamente su deseo no dejar escapar ninguna causa de alteración de la razón. El examen de la jurisprudencia deja ver la más grande variedad en los trastornos mentales que han entrañado interdicción”. Citan como ejemplo la histeria, la senilidad, la carencia de desarrollo mental, el delirio de persecución y la demencia epiléptica.

Esta clasificación del artículo 489, fue criticada por JOSSERAND que señalaba que, “... con los progresos de la psiquiatría y de la neurología, la división tripartita del código de 1804 está singularmente caducada y parece en exceso simplista (...)”<sup>18</sup>.

De lo anterior, es posible afirmar que en el derecho francés al igual y en el derecho romano no se definió la discapacidad mental, solo se utilizaron adjetivos tomados de la medicina por parte del derecho, en especial para considerar que la discapacidad es una enfermedad que no tiene cura. Por lo tanto se sustituía la capacidad de ejercicio de estas personas por una nueva figura que acompañaba la tutela que se denomina la interdicción. Esta consiste en “...una

---

<sup>17</sup> Planiol Marcel y Ripert Jorge (1945), *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, tomo I Las Personas, Habana cuba, Cultural S. A. n° 660. Igual señala la Corte Constitucional colombiana, (2003), Sentencia C-478, Bogotá.

<sup>18</sup> Josserand, Ob., Cit., Tomo I, Pág. 392



*sentencia por medio de la cual, un tribunal civil, después de haber comprobado la enajenación mental de una persona, le retira la administración de sus bienes*"<sup>19</sup>. En consecuencia esta sentencia judicial encarna el sometimiento de la persona con discapacidad mental a una tutela.

A través de las citadas figuras se mantuvo durante varios siglos la consideración de que las personas con discapacidad mental son pacientes, y que figuras como la tutela, curatela e interdicción son la manera de protegerlas y evitar que su enfermedad cause un daño, es decir que no se conciben como sujetos derechos.

Este panorama inicia su transformación después de la primera guerra mundial en el siglo XX, debido a muchas personas a consecuencia de la guerra quedaron discapacitadas, existían discapacidades de todo tipo, tanto físicas, como mentales, por ello los países Europeos adaptaron sus legislaciones buscando asegurar a las víctimas un empleo y así mismo se generó la obligación de que el Estado asumiera la formación profesional de las personas con discapacidad<sup>20</sup>.

El derecho civil desde el derecho Romano y posteriormente con el derecho Francés, desarrollo la idea de que las personas con discapacidad no pueden tomar sus propias decisiones ni familiares ni patrimoniales y es por ello que el Estado debe intervenir. Hoy en día con la expedición de Ley 1306 de 2009, se busca que el reconocimiento de derechos sea pleno y que la intervención del Estado se limite a

---

<sup>19</sup> Planiol y Ripert., ob., cit., nº 659.

<sup>20</sup> Colombia, Corte Constitucional, (2003), Sentencia C-478, Bogotá.

garantizar sus derechos y la autonomía de quienes presentan una discapacidad.

En el campo de la administración de justicia, es claro que los Magistrados, Magistradas, Jueces, Juezas, funcionarios y funcionarias, son responsables de avanzar en el trato como sujetos de derechos a las personas con discapacidad, dejando atrás la concepción de paciente a ciudadano; y lo más importante, de impedir que otro sustituya a la persona con discapacidad en la toma de decisiones, fomentando que se brinde un apoyo para la toma decisiones, es decir, que no se anule su capacidad de decidir.

Para ello, en esta unidad se hablará de la ley 1306 de 2009 en sus antecedentes, aspectos formales y sustanciales y lo más importante en cuanto a la concepción sobre los derechos de las personas con discapacidad, en especial la inclusión social que deben procurar los administradores de justicia.

## ***1.2. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD - DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD***

Como se mencionó en el numeral anterior, fue tan solo después de la segunda guerra mundial y a raíz de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, que el tratamiento de las personas marginadas y discriminadas por discapacidad sufre un importante cambio en cuanto a la reivindicación de sus derechos, ya que la inclusión social es considerada como la meta a seguir por los ordenamientos jurídicos de los países que se adhieren a la convención.

Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que esta época constituye la base para la consolidación de la dignidad de las personas con discapacidad, debido a que los países adoptan medidas que permitan una garantía de derechos y una transformación del concepto de discapacidad, menciona la Corte *“...al término de la segunda guerra mundial, con el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos, se produjo un importante cambio en la concepción de la problemática de las personas con grave discapacidad física o mental por cuanto se le dejó de percibir como un asunto exclusivamente médico o patológico, objeto de regulación y estudio por el derecho privado, para convertirse en un tema vinculado directamente con el principio de dignidad humana y de la órbita de aplicación, en especial, del derecho laboral y de la seguridad social. Desde entonces, mediante diversas fuentes del derecho internacional público, e incluso en algunas disposiciones de derecho interno, se ha intentado precisar el contenido y alcance de la noción de discapacidad, labor que ha resultado ser particularmente compleja por cuanto se alude con frecuencia a diversos términos, sin que las fronteras entre todos ellos resulten ser siempre tan exactas y precisas como se quisiera. Así pues, se han empleado términos como retrasados mentales, impedidos, inválidos, y a partir de la década de los ochenta, discapacitados”*<sup>21</sup>.

Hasta el año 2009, el Código Civil desconocía el principio de dignidad humana e igualdad que establecen los tratados internacionales y especialmente la Declaración de los Derechos Humanos, siendo odioso en el tratamiento de las personas con discapacidad y manteniendo etiquetas como mente captus, loco furioso, entre otros, los cuales eran adjetivos que correspondían a términos técnicos empleados por

---

<sup>21</sup> Colombia, Corte Constitucional, (2003), Sentencia C-478, Bogotá.

profesionales de la medicina, que son peyorativos y desconocen por completo que la persona con discapacidad es sujeto de derechos y en especial merece ser tratado con dignidad.

Adicionalmente, puede verse como la normatividad sobre las personas con discapacidad trascendió del campo del derecho privado, a otros como el laboral, el penal y constitucional, los cuales han hechos su normatividad más incluyente y respetuosa de sus derechos.

En la actualidad tenemos los siguientes tratados internacionales sobre personas con discapacidad, los cuales se enunciarán invitando al lector a que acuda a ello en caso de que requiera ampliar los conceptos desarrollados en el presente modulo:

- a. La Declaración de los Derechos Humanos de 1948.
- b. Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos
- c. El Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- d. El Convenio sobre la Readaptación Profesional y el Empleo de Personas Inválidas de la Organización Internacional del Trabajo (Convenio 159).
- e. La Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (AG.26/2856, del 20 de diciembre de 1971).
- f. La Declaración de los Derechos de los Impedidos de las Naciones Unidas (Resolución número 3447 del 9 de diciembre de 1975).
- g. El Programa de Acción Mundial para las Personas con Discapacidad, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 37/52, del 3 de diciembre de 1982).
- h. El Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales “Protocolo de San Salvador” (1988).

i. Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (AG46/119, del 17 de diciembre de 1991).

j. La Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud.

k. La Resolución sobre la Situación de las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (AG/RES. 1249 (XXIII O/93)).

l. Las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (AG.48/96, del 20 de diciembre de 1993).

m. La Declaración de Managua, de diciembre de 1993.

n. La Declaración de Viena y Programa de Acción aprobados por la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (157/93)

o. La Resolución sobre la Situación de los Discapacitados en el Continente Americano (AG/RES. 1356 (XXV O/95)).

p. El Compromiso de Panamá con las Personas con Discapacidad en el Continente Americano (Resolución AG/RES. 1369 (XXVI O/96)).

q. La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

r. La Convención sobre los Derechos del Niño.

s. La Convención sobre la Eliminación de toda la formas de discriminación contra la mujer.

t. Convención Sobre Protección de Derechos a Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas. Incorporado al ordenamiento

mediante la Ley 1346 de 2009.

Las Naciones Unidas con apoyo en las anteriores normas, ha auspiciado la necesidad de garantizar la igualdad para las personas con discapacidad, sin importar su raza, sexo o condición social, tratando de abarcar un concepto incluyente y que supere fronteras, definiéndola como la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio<sup>22</sup>.

Así mismo desarrolla las Naciones Unidas, el concepto de minusvalía el cual se entiende como la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás. La palabra minusvalía describe la situación de la persona con discapacidad en función de su entorno. Esa palabra tiene por finalidad centrar el interés en las deficiencias de diseño físico y de muchas que se oponen a que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad<sup>23</sup>.

Siendo así, se establece la necesidad de transformar los ordenamientos jurídicos y eliminar el lenguaje peyorativo, que entendía a la persona con discapacidad como un loco furioso, mentecato, imbécil, entre otros, situación que será corregida por las disposiciones contenidas en las Leyes 361 de 1997 y la que se desarrolla en este módulo, la Ley 1306 de 2009.

---

<sup>22</sup> Unicef, (2004), *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. New York.

<sup>23</sup> *Ibídem*

Colombia, al suscribir estos Convenios Internacionales se ve abocada a adoptar las medidas para eliminar obstáculos de participación jurídica política; negocial y física de las personas con discapacidad, medidas que no solo consisten en elaborar normas y directrices que aseguren el acceso y ejercicio de sus derechos, sino también aumentar el nivel de autonomía en la vida cotidiana y de ejercicio sus derechos, mediante la formulación de políticas públicas.

### **1.3. RÉGIMEN DE GUARDAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL**

El Constituyente de 1991 no fue ajeno a la situación de marginalidad y discriminación a que se ven expuestas las personas con discapacidad, física o psíquica, por lo cual avanzó en la garantía de sus derechos, su protección y la necesidad de recibir un trato justo que les permita integrarse al entorno social, de manera que puedan ejercer sus derechos y asumir obligaciones y responsabilidades<sup>24</sup>, sin importar sus diferencias, más bien acercándolas mediante acciones positivas a las personas que no tienen discapacidad alguna.

El artículo 47 de la Carta Política establece que es deber del Estado Colombiano, *“...el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”*

---

<sup>24</sup> Colombia, Corte Constitucional, (2003), Sentencia C-401, por la cual reviso la constitucionalidad de la Ley 762 de 2002 *“por medio de la cual se aprueba la “CONVENCION INTERAMERICANA PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD” suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve”*. M.P.: Tafur Galvis A.

Así mismo, el artículo 54, busca “...garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”, y el artículo 68, establece la obligación de “...la erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.”

Acompañando lo anterior, se desarrolla en el artículo 13 el derecho a la igualdad, que verifica el cierre de la brecha en el ejercicio de los derechos de las personas que tengan diferencias con la mayoría de la población, encontramos que en los incisos 2 y 3 se señala que, “...el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

Menciona la Corte, que la Constitución Política proscribe que es deber del Estado colombiano tomar medidas en favor de “...aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. (...)”, precepto del que se deriva la posibilidad de tratar en forma privilegiada a las personas con discapacidad, a través de medidas de diferenciación positiva<sup>25</sup>.

Los derechos fundamentales y prestacionales de las personas con discapacidad deben ser desarrollados no solo mediante absorción en los códigos de la nación, sino en la formulación de políticas públicas, procurando que la igualdad de oportunidades y el trato más favorable, sean derechos de aplicación inmediata, reconocidos a los

---

<sup>25</sup> Ibídem



grupos discriminados o marginados y a las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Siendo así, las personas con discapacidad gozan de derechos de carácter programático, no solo enfocados a la previsión, rehabilitación e integración social, sino al ejercicio pleno de sus derechos<sup>26</sup>.

Se ha desarrollado especialmente el concepto de igualdad de oportunidades, el cual se concibe como una acción positiva por parte del Estado, que tiene como objetivo lograr el máximo disfrute de los derechos de las personas con discapacidad y la plena participación en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (art. 2 CP). Esta se concibe como un derecho fundamental mediante el que se “equipara” a las personas en inferioridad de condiciones, para garantizarles el pleno goce de sus derechos. Se entiende que implica la “diferenciación positiva justificada” en favor de las personas con discapacidad y que por lo tanto supone un trato más favorable para grupos discriminados o marginados y para personas en circunstancias de debilidad manifiesta.<sup>27</sup>

Hoy en día se han eliminado por la Corte Constitucional las disposiciones peyorativas y odiosas que mantenían un sesgo hacia las personas con discapacidad, puede que no se hayan eliminado del todo, pero si se ha avanzado en su desuso en cuanto a la administración de justicia se refiere<sup>28</sup>. Esto ha sido reforzado por el

---

<sup>26</sup> Ibídem

<sup>27</sup> Ibídem.

<sup>28</sup> Algunas de las Sentencias donde se refleja este análisis de la Corte son: C-105/94, C-222/94, C-544/94, C- 397/95, C-446/95, C- 591/95, C- 174/96, C-004/98, C-742/98, C-068/99, C-082/99, C- 112/00, C- 289/00, C- 641/00, C- 800/00, C-1111/00, C-

parágrafo del artículo 2 de la Ley 1306 de 2009, el cual estipula que *“El término “demente” que aparece actualmente en las demás leyes, se entenderá sustituido por “persona con discapacidad mental” y en la valoración de sus actos se aplicará lo dispuesto por la presente ley en lo pertinente.”*

A modo de ejemplo, en Sentencia C- 478 de 2003, señalo la Corte que, *“...la Constitución de 1991 emplea diversas expresiones para referirse a las personas que padecen distintas formas de discapacidad. Así, en su artículo 13 se alude a “personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”; en el artículo 47 el constituyente empleó los términos “disminuidos físicos, sensoriales y síquicos”; en el artículo 54 se recurrió a la noción de “minusválidos” y en el artículo 68 se hace referencia a “personas con limitaciones físicas o mentales”<sup>29</sup>.*

Siendo así, es claro que desde el punto de vista constitucional, el ordenamiento jurídico ha provisto una protección reforzada a favor de las personas con discapacidad, por lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para lograr condiciones de igualdad real y efectiva para estas personas.

#### **1.4. PROGRESIVIDAD EN LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

La consagración de derechos económicos, sociales y culturales, trae consigo la necesidad de que el Estado se abstenga de cualquier

---

1440/00, C-1492/00, C-1495/00, C-1264/00, C-007/01, C- 1298/01, C-174/01, C-092/02 y C-379/02 de la República de Colombia, Corte Constitucional.

<sup>29</sup> Corte Constitucional, (2003), Sentencia C-478, Bogotá.

medida administrativa o legislativa que lesione el principio de igualdad de los habitantes del territorio nacional y correlativamente impone la obligación de garantizar la igualdad de oportunidades para todos sin distinción de raza, sexo o condición social, así mismo esto impone la obligación de difundir y dar a conocer todas las normas de carácter internacional y nacional que le reconocen derechos a las personas con discapacidad.

En sentencia C-401 de 2003, se ha establecido que no debe verse como un problema del individuo sufrir una discapacidad, sino como un asunto de Estado, con lo cual se avance en la consolidación de un sistema incluyente, se verifica que *“...los discapacitados tienen los mismos derechos que las demás personas, y pueden también realizar aportes importantes a la sociedad. En los textos se recalca que los efectos de la discapacidad sobre una persona dependen de manera fundamental del entorno social, es decir, que la discapacidad no es únicamente un problema individual. Esto significa que un medio social negativo puede convertir la discapacidad en invalidez, y que, por el contrario, un ambiente social positivo e integrador puede contribuir de manera decisiva a facilitar y aliviar la vida de las personas afectadas con una discapacidad.*

*“Lo que ha llevado a la convicción acerca de la necesidad de que los Estados y las mismas sociedades tomen medidas para favorecer la integración y participación de los discapacitados en la vida social, de manera tal que, al igual que las demás personas, se conviertan en sujetos de derechos y obligaciones y puedan llevar una vida digna. Por eso, se señala que es necesario favorecer el acceso de los discapacitados a la rehabilitación, la educación, la salud, la seguridad social, el empleo, la recreación y el deporte, y a las obras de infraestructura física y los bienes de uso público, tales como las*

*calles, los edificios, los parques, el servicio de transporte, etc.”*<sup>30</sup>

Los derechos fundamentales deben garantizarse, difundirse y transformarse en pilar de las políticas públicas, las cuales deben aplicarse progresivamente ya que como lo menciona la Corte en la sentencia anteriormente citada “...no todos los derechos y garantías de las personas con limitaciones, que la Constitución consagra, se aplican inmediatamente, pues algunas garantías como las políticas de previsión, rehabilitación e integración social tienen un carácter programático que si bien no se aplican de manera inminente deben ser desarrolladas por las autoridades.”<sup>31</sup>

Siendo importante que se dé un trato diferenciado en pro de romper las etiquetas y barreras de las personas con discapacidad, pero sin desconocer los deberes correlativos que se tienen, para la Corte: “...igualmente que el trato especial a que tienen derecho los discapacitados no significa despojarlos de sus deberes ni exonerarlos de manera anticipada por sus faltas. En la misma medida en que el Estado y la sociedad les brindan a los discapacitados posibilidades de integrarse a la vida social, los discapacitados adquieren distintos deberes para con las organizaciones política y social, que les podrán ser exigidos como a cualquier otro ciudadano.”<sup>32</sup>

De lo anterior se deduce que la Ley 1306 del 2009 que busca garantizar los derechos fundamentales y la progresividad en el

---

<sup>30</sup> Corte Constitucional, (2003), Sentencia C-401, Bogotá.

<sup>31</sup> Ibídem.

<sup>32</sup> Ibídem.

ejercicio de dichos derechos, generando especialmente para la rama judicial el deber de reafirmar el ejercicio de sus derechos de forma autónoma, concertada, digna e igualitaria.

### **1.5. CONCEPCIÓN SOBRE LA DISCAPACIDAD**

El imperativo establecido en el artículo 1 de la Ley 1306 de 2009, según el cual la ley tiene por objeto la protección e inclusión social de las personas con discapacidad, obligan a cambiar no solo la concepción que se tiene sobre ellas, sino dejar a un lado la aplicación de métodos y figuras jurídicas que los conciben como pacientes y no como sujetos de derechos, es claro entonces, como lo cita la norma que *“la protección de la persona con discapacidad mental y de sus derechos fundamentales será la directriz de interpretación y aplicación de estas normas..”*

Para la ley colombiana de una persona puede tener dos clases de discapacidades, la física y síquica o mental. El artículo 2 de la Ley 1306 de 2009, establece que: *“Una persona natural tiene discapacidad mental cuando padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permite comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio.*

*La incapacidad jurídica de las personas con discapacidad mental será correlativa a su afectación, sin perjuicio de la seguridad negocial y el derecho de los terceros que obren de buena fe.”*

No se ocupará este módulo de la discapacidad física, pero puede acudir para aclarar cualquier duda a la Ley 362 de 1997, la cual regula la discapacidad física, siendo la Ley *“por la cual se establecen*

*mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones.” En consecuencia, compete al Estado adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, de tal suerte que se deben ejecutar medidas concretas, capaces de garantizar su acceso, a los derechos Económicos, Sociales y Culturales; en condiciones acordes con su situación, a los lugares que les proporcionan vivienda, educación, trabajo, salud, recreación y en general que les permiten disfrutar de todos los recursos que ofrece la vida en sociedad. Sin que al adoptar las medidas se desconozcan las otras causas de marginalidad que, no pocas veces, acompañan a una u otra limitación (edad, sexo, raza, condición económica etc.)”.*

*Entonces, es válido afirmar que, con el objeto de que las personas con limitaciones físicas, puedan superar la limitación que les impide integrarse a la sociedad, en condiciones de normalidad, las autoridades en todos los niveles del Estado en lo nacional, departamental y municipal, como en las ramas judicial y legislativa deben entre otros aspectos, prever el acceso de esta población a la vida social, en las mismas condiciones que las demás personas<sup>33</sup>.*

La ley 1306 de 2009 tiene como fin proteger a las personas con discapacidad, así como también establece el régimen de representación de las mismas para el ejercicio de sus derechos familiares y patrimoniales, especialmente procurando que los patrimonios en cabeza de las personas con discapacidad puedan ser productivos, que se verifique la inclusión social y que la garantía de los derechos no se quede como un fin, sino que efectivamente se consoliden tales derechos<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Corte Constitucional, (2001), Sentencia C-410, Bogotá.

<sup>34</sup> Lafont Pianetta P. (2010), *Derecho de Familia - Derecho Marital - Filial - Funcional, Addenda reforma de la Ley 1306 de 2009, guarda familiar*, Bogotá, El Profesional Ltda.

Así mismo es importante considerar un enfoque poblacional en la concepción de la ley, distinguiendo la especial relevancia que por interés superior tienen para esta norma y el derecho constitucional los niños y niñas con discapacidad, al respecto ha establecido la Corte en Sentencia de Tutela T – 974 de 2010, *“Todos los niños y niñas gozan de una protección constitucional especial por mandato directo de la Constitución. Tratándose de los niños y niñas con discapacidad, esta protección es aún más reforzada. Para garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad, se ha reconocido que debido a la discriminación histórica a la que ha sido sometida esta población, el Estado tiene el compromiso de adelantar acciones efectivas para desarrollar el postulado del derecho a la igualdad con el fin de promover el ejercicio pleno de sus derechos. El incumplimiento de este deber estatal, esto es, la no promoción de acciones tendientes a favorecer y reivindicar a un grupo que ha sufrido exclusiones sociales a lo largo de la historia, constituye un acto discriminatorio en contra del mismo, pues vigoriza los obstáculos a los cuales se ha encontrado expuesto cotidianamente, y, en esta medida le impide el ejercicio pleno de sus derechos y libertades.”*

Se verifica por la Corte en otra providencia la importancia de recordar que esta norma nace de la necesidad de reconocer que las personas con discapacidad son una población vulnerable y merece toda la atención del Estado, en especial para la garantía de la toma de decisiones, dice la Corte Constitucional en Sentencia T – 650 de 2009, retomando la exposición de motivos de la ley:

*“La exposición de motivos del proyecto de ley se ocupa de la visión moderna de los sujetos con trastornos mentales o del comportamiento, el reconocimiento de su condición como población vulnerable y las medidas esenciales de protección in-*

---

*dividual, las clases de sujetos afectados en su capacidad mental o su aptitud de tomar decisiones adecuadas, el reconocimiento como personas con discapacidad y sus efectos, el manejo y administración de los intereses de las personas discapacitadas, la unificación de la materia relacionada con quienes no son intelectualmente sanos o maduros, entre otros. De la intención legislativa puede resaltarse lo siguiente[27]:*

*“Hoy se estima que la patología de la mente abarca una amplísima gama de situaciones que tienen que ver con deficiencias en la capacidad cognitiva -o retraso mental-, desde los más graves, hasta aquellos leves y desde los más permanentes e irremediables, hasta los que pueden ser paliados mediante técnicas especiales de aprendizaje y entrenamiento terapéutico; y cobija también a quienes sufren serias desviaciones de conducta (trastornos mentales graves, según la Clasificación Internacional de Enfermedades, de la OMS) que los alejan de la realidad de manera esporádica o permanente, en una cantidad de grados, según las características y la gravedad de la enajenación.*

*(...)*

*El presente proyecto de ley, si bien considera que todos los seres humanos con algún tipo o grado de discapacidad deben tener un trato preferente por parte del Estado y de la sociedad, tiene como fin primordial la protección de los derechos de las personas con discapacidad mental. Al respecto es importante tener en cuenta que para efectos jurídicos, la ciencia médica ha establecido que existen niveles de discapacidad, con diferente incidencia en el ámbito del derecho.*

*En consecuencia, tanto para la ciencia jurídica como para la ciencia médica el tratamiento de las personas con algún tipo de discapacidad ha sido una constante en la historia de la humanidad.””*

Siguiendo la argumentación de la Corte en la precitada sentencia, se



resalta tal y como quedó establecido en la exposición de motivos que esta norma busca adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, “...el proyecto de ley en estudio pretende modernizar el tratamiento jurídico a las personas con discapacidad mental, haciéndolo acorde con los avances en la clasificación médica y científica y con lo consagrado en nuestra Constitución Política (...) El proyecto está concebido para responder a las necesidades personales y sociales de las personas con discapacidad mental, brindándoles el espacio para su actuación correlativo a su capacidad intelectual, sin poner en riesgo sus intereses y los de la sociedad, para lo cual se establecen aquellas medidas imprescindibles para conseguir esos propósitos. Las prescripciones sobre el tratamiento especializado y las relativas a la administración de los elementos económicos se dejan a expertos en las respectivas ciencias, en todo caso bajo la supervisión y control (directo y permanente) del Estado”<sup>35</sup>.

Se basa la ley 1306 de 2009, especialmente en la Convención sobre Protección de Derechos a Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, adoptada por la legislación interna mediante la ley 1346 de 2009, en la exposición de motivos se pone como manifiesto que, “...en el artículo 12 de esta Convención se establece la necesidad de contar con salvaguardias y controles especiales para asegurar la protección de los derechos de las personas con discapacidad que se encuentren sujetas a medidas que afectan su capacidad jurídica, lo cual es desarrollado por el proyecto de ley al implementar controles periódicos a las medidas de interdicción judicial por parte de las autoridades competentes.

“Así mismo, responde a lo establecido en el artículo 14 de la Convención, al definir garantías mínimas y ajustes razonables que deben cumplirse en los

---

<sup>35</sup> Gaceta del Congreso N° 647 de 2008, Bogotá.

*casos en que las personas con discapacidad deban ser privadas de su libertad, y señalar los casos en que dicha privación puede darse, los controles judiciales y médicos que se requieren, y otras acciones para prevenir cualquier abuso o desconocimiento de los derechos de estas personas.*

*“Finalmente, a través de los procedimientos y acciones judiciales y médicas que prevé, se busca eliminar los riesgos asociados a la administración de los bienes y del patrimonio de las personas con discapacidad por parte de las personas encargadas de tutelar estos derechos. Por lo anterior, esta iniciativa representa un avance significativo para nuestro ordenamiento jurídico frente al reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad en el país”<sup>36</sup>.*

Se verifica entonces que la ley 1306 de 2009, tiene varios objetivos, el primero de ellos garantizar los derechos fundamentales de las personas con discapacidad, en especial la dignidad, igualdad, autonomía, desde la esfera individual. En segundo lugar, desde la esfera pública, avanzar en la no discriminación, la participación e inclusión social, igualdad de oportunidades y accesibilidad a los derechos.

#### **1.6. INCLUSIÓN SOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

El deber más importante de todas las instituciones del Estado además de la garantía de derechos de las personas con discapacidad, es evitar su marginación y por consiguiente buscar su inclusión social, desde la redacción del documento CONPES No. 80 del 26 de julio de 2004, se ha ido avanzando en dicha inclusión, estipulando que debe

---

<sup>36</sup> Gaceta, ob., cit., p 3

permitirse la integración y superación de las barreras de acceso, en especial superando la concepción tradicional de la discapacidad, entendiendo que *“El concepto de discapacidad ha evolucionado desde una perspectiva biomédica hacia una visión más amplia y de carácter social (integración social) que involucra el entorno, la sociedad y la cultura. El problema de discapacidad no es una enfermedad o atributo de la persona, esta condición incluye elementos que se relacionan con la presencia de prácticas, factores sociales y culturales negativos que limitan la integración social de las personas, que afectan el reconocimiento, el desarrollo de las capacidades y funcionalidades como individuos pertenecientes a la sociedad. (...) Lo anterior amplía el espectro de la solución de la problemática; por tanto, se requiere un enfoque que permita integrar el ambiente social, cultural y familiar a la reducción y superación de la problemática, exigiendo con ello acciones colectivas y cambios sociales”* (Pág. 2ª).

*(...) Pero también es un proyecto cuyo objetivo es integrar a la sociedad al individuo que presenta la discapacidad y, en ese orden de ideas, la protección se limitará a lo esencial para suplir su deficiencia, de modo que el trato jurídico no convierta indirectamente en una limitación de su actuación y al contrario sea un estímulo del reto personal para el desarrollo cobijando tanto el que padece serias deficiencias, como el que tiene comportamientos compulsivos, inmaduros o descuidados en el manejo de su patrimonio”<sup>37</sup>.*

Se puede entender entonces por inclusión social, como el deber de asegurar la participación e igualdad de oportunidades en el campo económico, social, político y cultural del país a las personas con

---

<sup>37</sup> Ibídem

discapacidad, con el ánimo de que se eliminen las barreras de acceso a los escenarios de la vida pública que han sido vedados tradicionalmente para ellos.

Se busca con ello no el avance simbólico en la garantía de los derechos, sino la materialización de los principios constitucionales y legales para las personas con discapacidad.

#### **1.7. PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD**

Se ha señalado por diferentes autores que la corresponsabilidad, es la concurrencia de actores que deben garantizar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Estos actores son: la familia, la sociedad y el Estado.

El artículo 6 de la ley 1306 de 2009, señala que el deber de protección se dirige especialmente a la sociedad y este debe ser ejercido primordialmente realizado por:

1. Los padres o sus delegados, en caso de que la persona con discapacidad no constituya una familia nuclear diferente.
2. Su cónyuge o compañero o compañera permanente, en caso de que haya constituido una familia jurídica.
3. Los familiares as próximos, prefiriendo los ascendientes y colaterales mayores y los parientes consanguíneos a los civiles.
4. Quien ha sido designado por autoridad judicial

## 5. El Estado, a través del ICBF.

### **1.8. PROHIBICIÓN DE RESTRICCIÓN DE DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Es importante destacar que en la actualidad la garantía y progresividad en la consecución de los derechos de las personas con discapacidad deben constituir un pilar de las acciones, políticas y decisiones de las instituciones del Estado, quedando proscrito del ordenamiento jurídico que se limite el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, estableciendo de ser necesario las acciones positivas que se requieran para ello”...*la persona en situación de discapacidad tendrá en muchas ocasiones que ser sometido a medidas que afecten su situación individual, ya por razones de protección personal, salud o terapia, ya por razones de protección a terceros o a la sociedad, pero estas medidas siempre serán temporales –aunque renovables en el evento de persistir la causa- y siempre bajo la supervisión de los jueces y del ministerio público. El juez tendrá una inmediatez directa a fin de poder controlar que estas medidas se limiten a lo necesario y se eviten los eventuales abusos.*

*“De igual manera se busca promover el desarrollo individual de la persona en situación de discapacidad, con el apoyo de especialistas y académicos, para evitar que la protección se convierta en una forma de coartar la posibilidad de alcanzar aquellas metas para las cuales tiene suficiente aptitud y habilidad.”*

En sentencia T – 650 de 2009, se resalta que no puede privarse de

ningún derecho a las personas con discapacidad, “Agregó que ningún sujeto con discapacidad mental podrá ser privado de su derecho a recibir tratamiento médico, psicológico, psiquiátrico, adiestramiento, educación y rehabilitación física o psicológica, proporcionales a su nivel de deficiencia, a efecto de que puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida, así como aquellos relacionados con la salud sexual y reproductiva de manera gratuita salvo que puedan ser asumidos de su propio peculio (Arts. 11 y 12).”

### **1.9. CAPACIDAD JURÍDICA**

La ley 1306 de 2009, avanza en considerar que en aquellos actos donde no recaiga la discapacidad, se considerará que existe capacidad jurídica, siendo así se concibe que pueden existir esferas en el campo familiar, social y político donde la participación de las personas con discapacidad es plena y no debe limitarse, “...se abandona la antonimia entre “capacidad” jurídica enfrentada “incapacidad” que han tenido las legislaciones precedentes, a efecto de reconocer y hacer eficaz la voluntad de la persona en aquellos temas y campos en que se desenvuelve con ventaja en la sociedad, las cuales van desde unas pocas actuaciones que lo pueden beneficiar, en las personas gravemente afectadas, hasta prácticamente todos los campos del Derecho en los que tienen su intelecto sano, pero actúan de manera descontrolada en el manejo de su patrimonio, reconociendo que se trata de un espectro de discapacidad considerablemente amplio.

“No puede, en todo caso, la sociedad, exigir a los demás miembros ser unos

*expertos en la valoración de la condición de la persona en situación de discapacidad, para determinar hasta dónde pueden actuar frente a una persona en situación de discapacidad, por lo que se adoptan fórmulas que permitan reconocer su grado de afectación mental general, con la requerida publicidad. Con todo, se deja abierta la puerta para que el juez pueda calificar la eficacia del acto y se conservan las acciones de nulidad, rescisorias, de restitución, establecidas en el derecho común para remediar la lesión injustificada en el patrimonio de estas personas”<sup>38</sup>.*

Debe entonces verificarse si se carece por completo de capacidad, como en el caso del discapacitado absoluto o si median grados diferentes de discapacidad como en el relativo, es decir que deberá auscultarse cualquier escenario donde se puedan desarrollar los derechos de las personas con discapacidad y garantizar entonces su ejercicio, siendo así se exige de la administración de justicia un estudio proactivo de las capacidades, no solo de las discapacidades.

#### **1.10. TIPOS DE DISCAPACIDAD CONFORME A LA LEY**

Pueden distinguirse tres situaciones diferentes definidas por la ley en cuanto a la discapacidad de una persona: *la primera*, según la cual la persona está en incapacidad absoluta de celebrar actos dispositivos; *la segunda*, está la persona en incapacidad absoluta que puede celebrar algunos actos en el campo laboral y familiar; y *la tercera*, puede que la persona no esté en incapacidad absoluta pero tienen algún grado de deficiencia, caso en el cual se acompañará de un consejero para tomar la decisión.

---

<sup>38</sup> Ibídem

En todos estos casos establece la norma podrá darse una revisión de las medidas con el objetivo de verificar la rehabilitación, con aras de evitar la afectación y limitación indebida de derechos. Menciona la ley en su artículo 15: *“Quienes padezcan discapacidad mental absoluta son incapaces absolutos.*

*Los sujetos con discapacidad mental relativa, inhabilitados conforme a esta ley, se consideran incapaces relativos respecto de aquellos actos y negocios sobre los cuales recae la inhabilitación. En lo demás se estará a las reglas generales de capacidad.”*

#### **1.11. ADMINISTRACIÓN DEL PATRIMONIO Y DEBER DE RENDIR CUENTAS**

Se avanza en la posibilidad de que el patrimonio de una persona con discapacidad no solo pueda ser administrado por otra persona natural, sino también por una persona jurídica especializada en la administración de bienes por otros, en este último caso entidades fiduciarias, pudiendo existir entonces para la administración, un curador, consejero o administrador fiduciario. El curador para el discapacitado absoluto, el consejero para el discapacitado relativo y el administrador fiduciario para los casos en los cuales el discapacitado posea un patrimonio superior a los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Se busca con ello garantizar que el patrimonio cumpla con la función social que se predica de la propiedad privada en el artículo 58 de la Constitución Política.



La administración de los bienes de las personas con discapacidad no es absoluta; el juez o jueza tiene el deber de vigilar la gestión del curador, consejero o administrador fiduciario, mediante la rendición periódica de cuentas, y disponer las medidas pertinentes en el evento en que se adviertan inconsistencias. Esta rendición está consagrada ordinariamente para períodos de un año calendario en el artículo 103 de la ley 1306 de 2009 y extraordinariamente o de forma anticipada en cualquier momento conforme al artículo 105 de la misma ley.

Allí se verificará la forma en que se ha realizado la administración y en especial si las decisiones han respondido a la guarda de los intereses de la persona con discapacidad.

### ***1.13. PROSPECTIVA DE EL RÉGIMEN DE GUARDAS***

Se verifica que la norma busca no solo garantizar en primer lugar el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad en todos los campos sobre los que no radique la misma, sino que igualmente se realice un seguimiento de las decisiones tomadas para la protección y guarda de sus derechos. Así mismo, se da especial relevancia a la inclusión social de las personas con discapacidad, en cuanto a que los planes, proyectos y directrices de todas las instituciones del Estado verifiquen el reconocimiento de sus derechos, así como su acceso en condiciones dignas y en especial mediante la toma de decisiones que permitan condiciones de igualdad bajo el respeto de su diferencia.

Lo anterior no quiere decir que la norma elimine por completo cualquier posibilidad de discriminación, sino que disminuya la brecha

entre los que no tienen discapacidad alguna y los que sí.

Así mismo, al ser el juez responsable de verificar la rendición de cuentas de los administradores, se garantiza la protección patrimonial de las personas con discapacidad y se limita el ejercicio arbitrario del cargo de administrador, importante avance en la garantía de los derechos, ya que hay lugar a que se tomen los correctivos a que haya lugar-

AP	Actividades pedagógicas
	<p><i>Mariana tiene 14 años, aún no entiende porque los demás compañeros del colegio no hablan como ella, ni se ven como ella, sabe que algo raro le pasa y por eso todos los días luego de llegar al colegio le pregunta a su madre Catalina porque la miran raro en el Colegio, Catalina le explica que se debe a que ella tiene una especial condición que la hace diferente y maravillosa, que ella sufre de Síndrome de Down.</i></p> <p><i>Un día al llegar del colegio, Mariana le pide a su madre que no la obligue a volver porque sus amigas se burlan mucho de ella, en especial porque no puede pronunciar algunas palabras bien, además le dice que la encontraron dándose un beso con Felipe su novio y le dio pena.</i></p>

	<p><i>Catalina, alarmada por la confesión de su hija de que tiene novio preocupada por lo que pueda pasar a futuro, consulta un abogado para iniciar un proceso de interdicción y solicitar que se autorice a someter a su hija a un tratamiento de planificación familiar.</i></p> <p><i>El caso llega a su despacho por reparto.</i></p> <p>De acuerdo con el caso planteado al inicio del texto desarrollados identifique:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Los intereses en conflicto en cada uno de los casos.</li><li>- Qué acompañamiento de acuerdo con la ley podrían tener los padres.</li><li>- Qué –requiere el juez para desarrollar iniciar un proceso de restablecimiento de derechos y establecer una guarda en favor de los padres.</li><li>- ¿Cómo podría lograrse la inclusión social de la persona con discapacidad en este caso?</li><li>- Podrían limitar los padres, los derechos fundamentales de Mariana en este caso.</li></ul>
--	--

<i>AE</i>	<p><i>Autoevaluación</i></p> <p>De acuerdo con el desarrollo del caso y de la temática de la unidad:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Se podría plantear una única forma de tra-</li></ul>
-----------	---

	<p>mitar los procesos por parte del Juez o Jueza.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Cree que además de la sociedad y el estado, debe asumir el acompañamiento de la educación de Mariana.</li> <li>- Creería necesario vincular al colegio en este proceso.</li> </ul>
--	---

<i>jl</i>	<p style="text-align: center;">Jurisprudencia</p> <p>Algunas de las sentencias que sirvieron de base para elaborar la primera unidad son las siguientes:</p> <p>De la Corte Constitucional:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- C-105 de 1994</li> <li>- C-222 de 1994</li> <li>- C-544 de 1994</li> <li>- C- 397 de 1995</li> <li>- C-446 de 1995</li> <li>- C- 591 de 1995</li> <li>- C- 174 de 1996</li> <li>- C-004 de 1998</li> <li>- C-742 de 1998</li> <li>- C-068 de 1999</li> <li>- C-082 de 1999</li> <li>- C- 112 de 2000</li> <li>- C- 289 de 2000</li> <li>- C- 641 de 2000</li> <li>- C- 800 de 2000</li> </ul>
-----------	--

	<ul style="list-style-type: none"><li>- C-1111 de 2000</li><li>- C- 1440 de 2000</li><li>- C-1492 de 2000</li><li>- C-1495 de 2000</li><li>- C-1264 de 2000</li><li>- C-007 de 2001</li><li>- C- 1298 de 2001</li><li>- C-174 de 2001</li><li>- C-092de 2002</li><li>- C-379 de 2002</li><li>- C-401 de 2003</li><li>- C-478 de 2003</li><li>- T – 650 de 2009</li><li>- T – 974 de 2010</li></ul>
--	--

Unidad

2

RÉGIMEN SUSTANCIAL DE LAS  
GUARDAS

OG	<i>Objetivo general</i>  <u>Dar a</u> Conocer las pautas y lineamientos del proceso garantía de derechos de las personas con discapacidad.
OE	<i>Objetivo específico</i>  Dar a conocer los criterios metodológicos para que los servidores y servidoras del sector justicia hagan exigibles las competencias que tienen las entidades del Estado que deben garantizar la inclusión social de las personas con discapacidad.

## 2. REGIMEN SUSTANCIAL DE LAS GUARDAS

*“A Teo le interesa todo lo que no es suyo como a cualquier niño de tres años con la peculiaridad de que Teo tiene autismo y hasta hace bien poco no le interesaba absolutamente nada, vamos al parque andando, todos los niños se acercan a él, le muestran coches y aviones para que Teo entre al juego, pero mi hijo continua con su endiablado ritual y el resto de pequeños desiste, todos menos uno la preciosa Sara, con que Teo se cruce con un par de Sara’s a lo largo de su vida, será más que suficiente para que se convierta en un hombre feliz en sociedad.”<sup>39</sup>*

### 2.1. LOS PRINCIPIOS QUE DESARROLLA LA LEY DE GUARDAS

Es importante destacar que la Ley 1396 de 2009, destaca una serie de principios sistemáticos y transversales a todas las prescripciones normativas, sin los cuales los objetivos de participación, garantía de derechos e inclusión social no serían posibles. Estos se acompañan con los establecidos en la Ley 361 de 1997, ha establecido la Corte en sentencia C- 824 de 2011, analizando esta última norma que los principios en cuanto a las personas con discapacidad: *“hacen referencia al artículo 13 Superior, que consagra la igualdad real y efectiva, la obligación del Estado de adoptar medidas a favor de grupos discriminados y marginados, el deber del Estado de protección especial para aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de*

---

<sup>39</sup> Tomado de: [www.autismomadrid.es/autismo/historias-reales-del-autismo/](http://www.autismomadrid.es/autismo/historias-reales-del-autismo/) Hace parte del proyecto cuéntame el autismo. Consultado el 20 de junio de 2013, por última vez a las 3:00 p.m.

*debilidad manifiesta, así como la obligación de sancionar los abusos y maltratos que contra ellas se cometan. Así mismo, esta norma hace referencia al artículo 47 Superior, que consagra la obligación del Estado de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, para quienes se prevé la prestación de la atención especial que requieran. Igualmente se remite al artículo 54 Superior, que consagra la obligación del Estado de garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud."*

Estos analizados en contexto, obedecen a la necesidad de aplicar los instrumentos internacionales ratificados por Colombia sobre derechos de las personas con discapacidad y sirven para que el administrador o administradora de justicia interprete la norma y tome la decisión más adecuada para la persona con discapacidad, con independencia y respetando el fuero interno de la persona respecto de la cual se toma la medida, por lo tanto los principios no son estáticos, sino dinamizadores de la actividad judicial.

Se retoman los principios que estipula la ley, pero desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha conceptualizado en general sobre cada uno de ellos, es importante tener en cuenta que la norma los predica para las personas con discapacidad pero sin desconocer que obedecen a principios y valores del Estado Colombiano.

### **2.1.1. DIGNIDAD HUMANA**

Para la Corte Constitucional la dignidad es un principio primario del Estado Social de Derecho, por lo tanto su respeto se exige a todos



los habitantes del territorio nacional y su garantía se radica en cabeza de las instituciones del Estado, en Sentencia C – 521 de 1998, estableció la Corte: *“El reconocimiento superior de la dignidad como principio fundante de nuestro ordenamiento constitucional, exige un trato especial para el individuo, de tal forma que la persona se constituye en un fin para el Estado que vincula y legitima a todos los poderes públicos, en especial al juez, que en su función hermenéutica debe convertir este principio en un parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico”. De lo expuesto fluye que cuando el Estado, independientemente de cualquier consideración histórica, cultural, política o social, establece normas sustanciales o procedimentales dirigidas a regular las libertades, derechos o deberes del individuo, sin tener presente el valor superior de la dignidad humana, serán regulaciones lógicas y sociológicamente inadecuadas a la índole de la condición personal del ser humano y, por contera, contrarias a la Constitución, en la medida en que se afectarían igualmente los derechos fundamentales, dado que éstos constituyen condiciones mínimas para la “vida digna” del ser humano; en efecto, cuando se alude a los derechos fundamentales se hace referencia a aquéllos valores que son anejos a la dignidad humana.”*

### **2.1.2. PRINCIPIO A LA IGUALDAD**

Esta igualdad debe ser real y efectiva, estableciendo el deber de tomar todas las acciones necesarias para que se logre el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad, teniendo incluso que diferenciar para privilegiar el ejercicio de los derechos. Para garantizar la igualdad se justifica la implementación de acciones afirmativas, ha establecido la Corte Constitucional

analizando la convención de los derechos de las personas con discapacidad, en sentencia C – 293 de 2010, que:

*“Tanto la Convención que se revisa como la generalidad de las medidas a cuya implementación se comprometen los Estados partes, tienen el carácter de acciones afirmativas, denominación que, como es sabido, alude a todas aquellas medidas, políticas o decisiones públicas a través de las cuales se establece un trato ventajoso, y en cuanto tal formalmente desigual, que favorece a determinadas personas o grupos humanos tradicionalmente marginados o discriminados, con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial de todo el conglomerado social. Conviene entonces referirse brevemente a este aspecto, ya que el mismo tiene incidencia en las características del análisis de constitucionalidad que en este caso ocupa a la Corte. La acción afirmativa es un concepto acuñado por el sistema jurídico de los Estados Unidos durante la segunda mitad del siglo pasado con el propósito de promover medidas encaminadas a superar la discriminación y los prejuicios que, más de cien años después de la abolición de la esclavitud, existían aún en contra de la población negra, y comprende medidas de carácter legislativo, ejecutivo, e incluso decisiones judiciales. Poco tiempo después este concepto fue acogido en Europa, en donde tuvo gran desarrollo, especialmente frente a la situación de las mujeres, y su entonces incipiente incursión en varios espacios hasta poco antes reservados a los hombres, entre ellos el ámbito profesional y laboral y el de la participación política. La doctrina y la jurisprudencia de esos países han reconocido varios tipos de acción afirmativa, destacándose entre ellas las acciones de promoción o facilitación, y las llamadas acciones de discriminación positiva, que si bien en algunos casos se confunden con el concepto mismo de acción afirmativa, son en realidad una especie de esta última. Las acciones de discriminación positiva tienen lugar en un contexto de distribución y provisión de bienes*

*públicos escasos, tales como puestos de trabajo, cargos públicos de alto nivel, cupos educativos o incluso, selección de contratistas del Estado. En todos los casos la implementación de una acción afirmativa conlleva costos o cargas, que deben ser razonables, y que frecuentemente se diseminan y son asumidos por la sociedad como conjunto. Sin embargo, debe resaltarse que en el caso de las acciones de discriminación positiva, la carga puede recaer de manera exclusiva sobre personas determinadas.”*

### **2.1.3. PRINCIPIO A LA ACCESIBILIDAD**

En Sentencia T – 553 de 2011, fijo la Corte Constitucional el precepto según el cual se requiere adoptar medidas que garanticen razonablemente el acceso a los derechos de las personas con discapacidad en razón a sus necesidades, menciona la Corte en cuanto a la accesibilidad:

*“Esta Corporación ha establecido que cuando la protección de un derecho fundamental, en su faceta prestacional, requiere de un desarrollo progresivo, la autoridad competente debe adoptar un plan encaminado a satisfacer el goce efectivo del derecho, pues en caso contrario existiría un incumplimiento de importantes obligaciones constitucionales. En resumen, debe existir (i) un plan específico para garantizar de manera progresiva el goce efectivo del derecho constitucional en su faceta prestacional; (ii) un cronograma de actividades para su ejecución. El plan (iii) debe responder a las necesidades de la población hacia la cual fue estructurado; (iv) debe ser ejecutado en un tiempo determinado, sin que este lapso se torne en irrazonable ni indefinido y; (v) debe permitir una verdadera participación democrática en todas las etapas de su elaboración.”*

Por lo tanto, para la Corte es importante que las limitaciones no se constituyan en un obstáculo para el ejercicio de los derechos, en la misma sentencia se predica que:

*“En el caso de las personas en situación de discapacidad, esta Corporación ha referido que pueden constituir actos de discriminación contra esta población: “la conducta, actitud o trato, consciente o inconsciente, dirigido a anular o restringir sus derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable. Por otro, el acto discriminatorio consistente en una omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho los discapacitados, la cual trae como efecto directo su exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad. El acto discriminatorio puede originarse en una acción deliberada o un resultado no previsto, lo cual en todo caso “(...) implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable”. Ahora bien, para que un trato diferente esté justificado esta Corporación ha encontrado que deben observarse los siguientes parámetros: “primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; y tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada.” Los actos discriminatorios pueden originarse en el lenguaje de las normas o en las prácticas de las instituciones o de la sociedad que de manera injustificada llegan a constituirse en una forma de vida y son aceptados con naturalidad, lo cual conlleva que las personas que sufren este tipo de exclusión tengan que soportar cargas infundadas desde el punto de vista moral y/o jurídico. A la*

*luz de las consideraciones precedentes, la vulneración del derecho fundamental a la igualdad de las personas en situación de discapacidad puede devenir no sólo por acción sino también por la omisión de acciones afirmativas de que son titulares lo cual mantiene la estructura de exclusión social e invisibilidad a la que han sido sometidas históricamente, y que obstaculiza el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.”*

#### **2.1.4. PRINCIPIO DE CORRESPONSABILIDAD**

La familia, la sociedad y el Estado en conjunto están llamados a garantizar la atención, cuidado y protección de las personas con discapacidad con el objetivo de asegurar la inclusión en todas las esferas de la vida social y en especial para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.

#### **2.1.5. PRINCIPIO DE PREVALENCIA**

En Sentencia T – 694 de 2011, se garantiza para las personas con discapacidad la prioridad en el respeto de sus derechos, establece la Corte Constitucional: *“En los que se ha protegido a las personas con limitaciones psíquicas y físicas, ya que gozan de la especial protección del Estado por cuanto son titulares de los derechos fundamentales a la educación y a la igualdad, en los componentes prestacionales reconocidos y determinados por el Estado en el marco de su política pública de educación.*

*Estas personas pueden reclamar directamente los contenidos fundamentales del derecho a la educación que derivan directamente de la Carta por vía de la*

*acción de tutela. Esto implica el deber correlativo de las entidades estatales de garantizar la disponibilidad, el acceso, la permanencia y la calidad en la prestación del servicio de educación, los cuales deben suministrarse en condiciones de igualdad, y bajo la consideración de las condiciones especiales de las personas afectadas con dichas limitaciones, de tal forma que los procesos de aprendizaje y socialización de tales sujetos sean lo más parecido posible a los de cualquiera de los educandos que carecen de alguna discapacidad.”*

#### **2.1.6. PRINCIPIO DE GÉNERO**

Es importante acudir a la ley de infancia y adolescencia -1098 de 2006- para precisar el alcance de este principio, para esta norma *“se entiende por perspectiva de género el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeña en la familia y en el grupo social”*<sup>40</sup>.

La Convención sobre Discapacidad ha señalado que, *“...Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.*

*“Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención (art. 5)”.*

---

<sup>40</sup> Código de Infancia y Adolescencia, artículo 12.

### 2.1.7. PRINCIPIO DE LA CAPACIDAD

Este es el principio columna vertebral del régimen de guardas y no es difícil armonizarlo con otros campos como el laboral, donde se ha verificado la capacidad de potenciar la capacidad productiva de las personas con discapacidad, en Sentencia T – 019 de 2011, estableció la Corte: *“Sobre el particular esta Corporación ha dicho: “el derecho a la estabilidad laboral reforzada de los trabajadores no puede ser entendido como la simple imposibilidad de retirar a un trabajador que ha sufrido una merma en su estado de salud, sino que comporta el derecho a la reubicación en un puesto de trabajo en el que el discapacitado pueda potencializar su capacidad productiva y realizarse profesionalmente, no obstante la discapacidad que le sobrevino, de forma que se concilien los intereses del empleador de maximizar la productividad de sus funcionarios y los del trabajador en el sentido de conservar un trabajo en condiciones dignas”. Es precisamente en aplicación del principio de solidaridad que el empleador tiene la obligación de reubicar al trabajador que adolece de una discapacidad o una incapacidad física o mental, en una actividad digna y conforme con su estado de salud, salvo que demuestre que “existe un principio de razón suficiente que lo exonera de cumplirla. Corporación ha señalado que en algunos eventos, la reubicación laboral como consecuencia del estado de salud del trabajador, implica no solamente el simple cambio de labores, sino que comporta la proporcionalidad entre las tareas y los cargos previamente desempeñados y los nuevos asignados, así como el deber del empleador de brindar la capacitación necesaria para que las nuevas funciones sean desarrolladas adecuadamente. Conforme a lo anterior, fuerza concluir que el derecho a la estabilidad laboral reforzada de trabajadores que se encuentren en situación de debilidad manifiesta, por causa de una disminución de la capacidad física o mental, implica el derecho a permanecer en el empleo o a ser reubicado si se requiere, asignándole unas funciones*

*acordes con su estado de salud, lo cual debe incluir, de ser necesario, la capacitación para el adecuado cumplimiento.”*

Por lo tanto, siguiendo el concepto del derecho constitucional, las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

La Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, establece que: *“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.*

*“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 (art. 12-4 y 5)”.*



Por lo tanto debe considerarse en primer lugar la capacidad y en último lugar la discapacidad, es deber de la administración de justicia considerar en que campos de la vida social se pueden realizar los derechos de la persona con discapacidad y establecer limitaciones provisionales al ejercicio de sus derechos.

## ***2.2. OTROS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL***

La Ley 1306 de 2009, también desarrolla los derechos económicos, sociales y culturales para las personas con discapacidad, estableciendo la importancia de garantizar la progresividad y no regresividad de las políticas públicas sobre sus derechos.

### ***2.2.1. DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS***

Las personas con discapacidad tienen la oportunidad de participar activamente en la toma de decisiones sobre políticas y programas que los afectan directamente, así como los que su estatus de nacional Colombiano implica, por lo tanto el hecho mismo de la discapacidad no lo margina de la vida política del país, ni del ejercicio de sus derechos civiles, ya que se reitera podrá hacer todo aquello sobre lo que no verse la discapacidad y de no poder realizar alguna acción por sí solo, se garantiza el acompañamiento para la toma de decisiones.

### ***2.2.2. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES***

La educación, salud, medio ambiente, trabajo, seguridad social, recreación, vivienda digna, habilitación y rehabilitación son algunos de los derechos que se consagran para las personas con discapacidad, entendiendo que Colombia se obligó a emprender las acciones y tomar las medidas pertinentes para su garantía con la adopción de las normas internacionales que garantizan la no discriminación en contra de las personas con discapacidad y correlativamente su participación en sociedad. La Corte ha establecido en Sentencia C – 824 de 2011, que:

*“En virtud de dicho tratado, Colombia, como Estado parte, se comprometió a adoptar las medidas legislativas, sociales, educativas, laborales y de cualquier otra índole necesarias para eliminar la discriminación contra las personas discapacitadas y a propiciar su plena integración en la sociedad.*

*De otra parte, (ii) el Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales, aprobado por la Ley 319 de 1996 y declarado exequible por la Sentencia C-251 de 1997, se pronuncia en relación con los derechos a la seguridad social y a la salud de personas con discapacidad.*

*Adicionalmente, los derechos de las personas con limitaciones o con discapacidad se encuentran también consagrados en tratados multilaterales de carácter general y global, tales como (i) la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, (ii) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (iii) el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, estos últimos suscritos ambos en 1966, y (iv) la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, así como los instrumentos relativos a la eliminación de distintas formas de discriminación, que si bien no se refieren directa y*

*específicamente a las personas con discapacidad, sus garantías les son aplicables.*

*De igual forma, todas las disposiciones de (v) la Convención sobre los Derechos del Niño cobijan a los niños con discapacidad. Adicionalmente, esta Convención, contiene en su artículo 23 provisiones específicas en relación con los menores con discapacidad.*

*Igualmente, es de mencionar que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha realizado importantes observaciones (Observación General N° 5 sobre Personas con Discapacidad), en donde ha resaltado que todas las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se aplican plenamente a las personas con discapacidad y que los Estados se encuentran obligados a adoptar de manera progresiva y preferente todas las medidas necesarias para garantizar a estas personas el pleno disfrute de estos derechos.”*

Por lo tanto el Estado se encuentra obligado al respeto y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, lo cual se concreta con la adopción de medidas que permitan su alcance.

### **2.3. PARTE ORGÁNICA DEL RÉGIMEN DE GUARDAS**

Podemos verificar que la parte orgánica del régimen de guardas desarrolla dos grandes categorías, de un lado los sujetos, y por el otro el procedimiento por el cual establecen las medidas para garantizar y restablecer los derechos de las personas con discapacidad mental.

### **2.3.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DE GUARDAS**

Se puede definir como guarda *“la prestación de un servicio de representación excepcional a las personas con discapacidad mental, con el objeto de protegerla a la persona y para la administración de los bienes que posee, con el fin de ayudar a aumentar su nivel de autonomía en la vida cotidiana y a ejercer sus derechos personales y patrimoniales.”*<sup>41</sup>

En este sentido se verifica que la guarda es una institución, que busca de un lado proteger a la persona con discapacidad y del otro garantizar los derechos constitucionales y civiles de quien es objeto de la medida.

### **2.3.2. SUJETOS EN RÉGIMEN DE GUARDAS**

El régimen de guardas establece dos clases de sujetos, sujeto activo y sujeto pasivo.

En cuanto al primero, se concibe como aquel sobre el que recae la guarda, la persona con discapacidad mental absoluta o relativa y al mismo tiempo los menores de edad.

Para distinguir la primera clasificación es importante acudir a las demás normas en las cuales el legislador se ha ocupado de establecer el concepto general de discapacidad para efectos de las calificaciones

---

<sup>41</sup> QUIROZ, Monsalvo Aroldo (2011), Manual civil Tomo V, Familia Matrimonio Civil y Religioso, Unión Marital de Hecho y Nuevo Régimen de Guardas, segunda edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, p. 480.

de invalidez, el artículo 7 del Decreto 917 de 1999 realiza una distinción entre deficiencia y discapacidad, teniéndolas como:

*“a) DEFICIENCIA: Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano.*

*b) DISCAPACIDAD: Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona.”*

En cuando al segundo, tenemos a los administradores quienes obran conforme a las facultades estrictamente señaladas por el juez o jueza.

#### **2.4. CAPACIDAD NEGOCIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

En cuanto al ejercicio de los negocios jurídicos de las personas con discapacidad mental, la ley distingue entre la capacidad jurídica de la persona con discapacidad absoluta y la discapacidad relativa, siendo así para los primeros en principio se encontraría vedada la posibilidad de declarar por sí mismo su voluntad para obligarse en

negocios jurídicos patrimoniales, quedando los negocios viciados de nulidad.

Pero la ley 1306 de 2009, no es nugatoria de todos los derechos, ya que permite que en el campo de los negocios jurídicos familiares, exista cierto grado de voluntad, en tanto a que es posible la celebración de matrimonio, el reconocimiento de un hijo, la constitución una unión marital de hecho y celebración de esponsales, capitulaciones matrimoniales o maritales, entre otros.

El artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad estipula que: “...los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás (...) (art. 23)”.

Se precisa entonces que el discapacitado relativo podrá hacer todo aquello sobre lo que no verse su discapacidad y aun así podrá con el acompañamiento de su consejero realizar aquellos actos que le ha sido vedados y que lo beneficien.

El artículo 13 de la Ley 1306 de 2009, también establece la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan ejercer su derecho al trabajo, siempre y cuando se respeten sus derechos laborales individuales y colectivos, permitiendo así su integración y desarrollo profesional, se resalta que la sentencia C – 824 de 2011 estipula “la importancia y vinculatoriedad de los tratados y convenios internacionales

ratificados por Colombia, que reconocen universalmente y en el ámbito del sistema americano, los derechos de las personas con discapacidad, con la finalidad entre otras, de otorgarles igualdad de oportunidades, readaptación profesional, estabilidad laboral reforzada, condiciones del ambiente construido y toma de medidas por parte de los Estados, para eliminar todas las formas de discriminación de estas personas, así como propiciar su plena integración a la sociedad. En este contexto, la Sala resalta que en la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, se define de manera amplia como destinatarios de sus disposiciones, a todas aquellas 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 los demás”.

## 2.5. NEGOCIOS JURÍDICOS CUANDO NO HA MEDIADO LA INTERDICCIÓN

De acuerdo con Valencia Zea y Ortiz Monsalve, los negocios jurídicos que se realicen sin que medie interdicción se presumen válidos, por lo tanto dicen los autores “...si un enfermo mental no interdicto celebra determinado negocio jurídico, dicho negocio solo puede invalidarse suministrando la prueba de que se celebró bajo el imperio de una enfermedad mental; es decir, debe deshacer la presunción de sanidad mental”<sup>42</sup>.

Por lo tanto habrá de demostrar que se carecía totalmente de capacidad al momento de realizar el negocio jurídico para proceder a

---

<sup>42</sup> Valencia Zea A. y Ortiz Monsalve A. (2011), *Derecho civil tomo I, parte general y personas*, Editorial Temis, Bogotá, P. 588 y ss.

su invalidación, especialmente en consideración a lo establecido en la ley 1306 de 2009, deberá verificarse que para dicho negocio se carecía de capacidad, debido a que la ley parte de que ciertos negocios jurídicos si pueden realizarse a pesar de contar con una discapacidad mental.

## **2.6. PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS**

Podemos verificar de manera general dos tipos de procedimiento, el administrativo y el judicial, en cuanto a este último se sigue el procedimiento consagrado en la ley 1306 de 2009, que en el estrado judicial se tramita como un proceso de jurisdicción voluntaria, conforme al artículo 577 y siguientes del Código General del Proceso.

Así mismo, la Ley 1306 de 2009 que las Secretarías de Salud deben llevar el empadronamiento de las personas que se encuentran en discapacidad en su municipio, este deber se consagra en el parágrafo del artículo 19, según el cual: *“En Secretarías de Salud de los municipios o distritos se llevará un Libro de Avicindamiento de Personas con discapacidad mental absoluta, en el que se hará constar el lugar de residencia de estas. Este libro será reservado y solo podrá ser consultado con permiso del Juez o del Defensor de Familia.*

*Cualquier persona que tenga conocimiento de que una persona con discapacidad mental absoluta reside o ha dejado de residir en la jurisdicción de un municipio, deberá denunciar el hecho ante el Secretario de Salud Municipal o Distrital, para que, previa su verificación, asiente la información correspondiente e informe al Juez de Familia.”*



### ***2.6.1. AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS***

Para el procedimiento administrativo, deberá remitirse a la Ley de Infancia y la Adolescencia, 1098 de 2006, Ley 294 de 1996 y ley 575 de 2000.

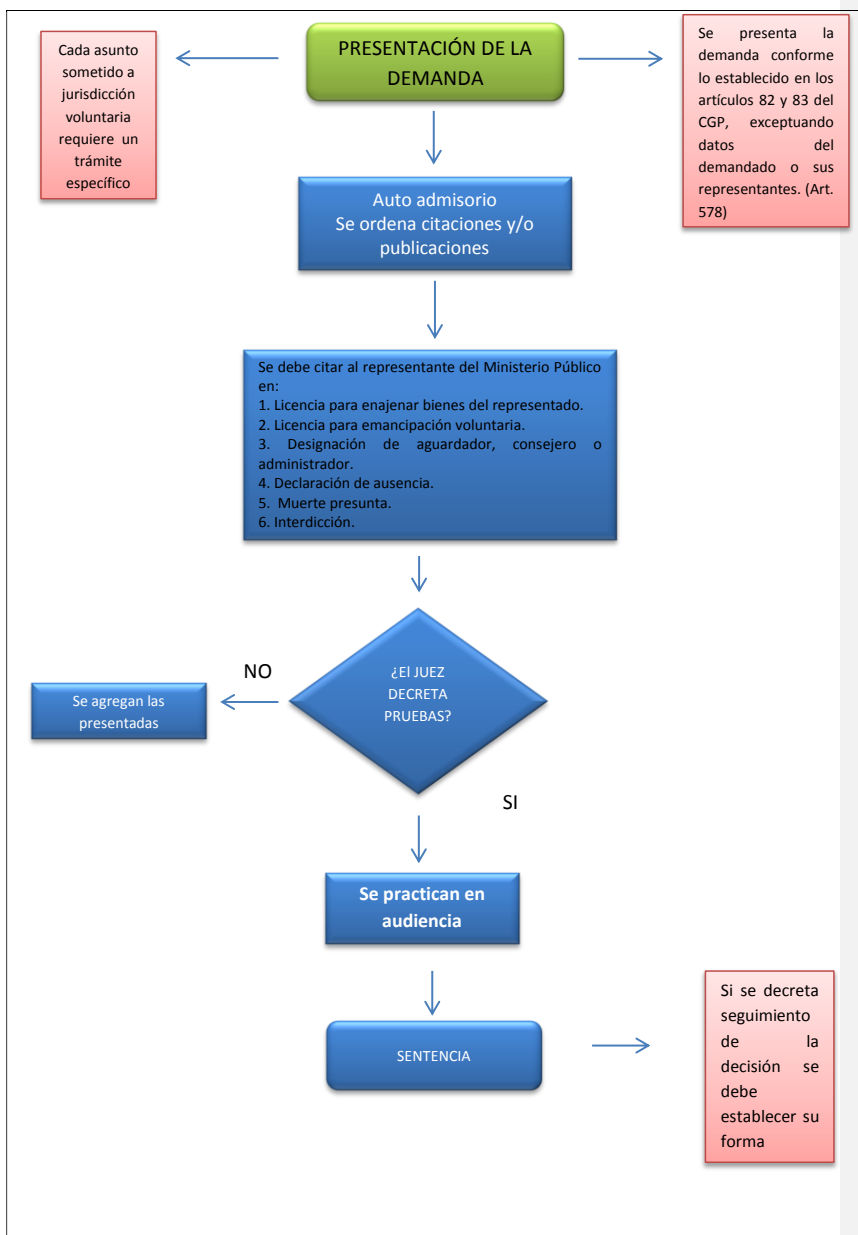
Las autoridades de restablecimiento de los derechos de la persona con discapacidad, son los defensores de familia, establece la Ley 1306 en su artículo 18, que la protección de las personas con discapacidad le corresponde al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, quien debe no solo asistencia personal sino jurídica.

El defensor deberá acudir a lo preceptuado en la ley 1098 de 2006, del artículo 100 y siguientes, para desarrollar el proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

### ***2.6.2. AUTORIDADES JUDICIALES***

El juez o Jueza de familia o promiscuos de familia; tiene competencia exclusiva para conocer los procesos en los que se discutan los derechos civiles de las personas con discapacidad.

**PROCESOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA (Artículos 577 A 587 del CGP)**  
**NOTA:** Puede Remitirse al módulo **“NUEVO MODELO DE GESTIÓN DE LOS JUECES Y JUEZAS EN EL SISTEMA DE ORALIDAD EN EL ÁREA DE FAMILIA EN COLOMBIA”** el para complementar el presente



En sentencia T – 400 de 2004, la Corte Constitucional estableció el deber del Estado en cuanto a la protección de los derechos de las personas con discapacidad, en especial el deber de los funcionarios judiciales: *“En efecto, de conformidad con la Constitución el compromiso que tiene el Estado para con las personas discapacitadas es doble: por una parte, abstenerse de adoptar o ejecutar cualquier medida administrativa o legislativa que lesione el principio de igualdad de trato; por otra, con el fin de garantizar una igualdad de oportunidades, remover todos los obstáculos que en los ámbitos normativo, económico y social configuren efectivas desigualdades de hecho que se opongan al pleno disfrute de los derechos de estas personas, y en tal sentido, impulsar acciones positivas. El cumplimiento de tales deberes constitucionales irradia los procesos civiles donde el demandado sea un discapacitado mental.*

*En suma, las personas discapacitadas mentales que resultan demandadas en un proceso civil son titulares de un derecho a la igualdad formal, en el sentido de que gozan de las mismas oportunidades procesales y recursos ordinarios que cualquier ciudadano para defender sus derechos por medio de su representante legal, es decir, no pueden ser víctimas de ninguna clase de discriminación por parte de los funcionarios judiciales o de policía que colaboren en la ejecución de las decisiones judiciales. De igual manera, en virtud del principio de igualdad material, los discapacitados mentales tienen derecho a recibir un trato especial por parte de los mencionados funcionarios, principio constitucional que en materia de procesos civiles comprende los siguientes deberes de protección:*

- a. *A lo largo de todo el proceso civil, el funcionario debe velar porque los discapacitados mentales se encuentren debidamente representados.*
- b. *El funcionario judicial se encuentra en la obligación de declarar, de oficio, la nulidad cuando sea informado que en el curso del proceso el demandado era un discapacitado mental, que no estuvo debidamente representado por su curador.*

*En otros términos, los discapacitados mentales tienen derecho a un debido proceso civil, que conlleva, por su especial condición, no sólo a que le sea respetada su igualdad procesal, como a cualquier ciudadano, sino además a que le sea garantizada una igualdad material, la cual se traduce en unos especiales deberes de protección a cargo de las autoridades judiciales que conozcan de los respectivos procesos judiciales.”*

Conforme con lo anterior el deber de protección a cargo de las autoridades judiciales implica una labor proactiva por la verificación de sus derechos en medio del proceso judicial.

## **2.7. VIGILANCIA Y CONTROL**

El Ministerio Público, tiene a su cargo la vigilancia y control de las competencias de las autoridades administrativas y judiciales, específicamente los Procuradores Judiciales de Familia, los Personeros Municipales o Distritales y la Defensoría del Pueblo.

Pero para la vigilancia a las finanzas o presupuestos públicos la Contraloría General de la República, las Departamentales, Municipales o Distritales, deben llevar a cabo las acciones de

vigilancia de los proyectos que se inicien para beneficiar la población con discapacidad.

AP	<p><i>Actividades pedagógicas</i></p> <p><i>Hace 2 años Gustavo descubrió que su hijo Marcos tenía una especial habilidad para pulir las joyas que producía en su pequeño negocio. Por eso decidió llevarlo todos los días con el luego del colegio para que trabajaran juntos, estaba feliz porque consideraba que su hijo podría mantenerse por sí solo cuando el ya no estuviera.</i></p> <p><i>Un día Marcos accidentalmente rozo sus dedos con la pulidora y se cortó, su padre lo llevó inmediatamente a un hospital para que lo curaran y verificaran que no había sido profunda ni grave la herida.</i></p> <p><i>Las enfermeras informaron al trabajador social del hospital que un niño autista de 15 años había llegado herido y que su padre informó que había sido un accidente de trabajo.</i></p> <p><i>La trabajadora social informó al ICBF quien de inmediato inicio la apertura de un proceso de restablecimiento de derechos y decidió como medida preventiva prohibir a Gustavo que lleve a su hijo a trabajar.</i></p> <p><i>Un día Marcos se escapó de casa siguiendo a su</i></p>
----	---

	<p><i>padre al taller y fue encontrado por un oficial de policía quien lo llevo al ICBF.</i></p> <p><i>Gustavo al ver el sufrimiento de Marcos al no poder volver al taller inicia un proceso judicial para solicitar al juez su autorización y así retirar la medida preventiva impuesta por el ICBF.</i></p> <p>De acuerdo con los casos desarrollados identifique:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Cuáles son los derechos que deben garantizarse a las personas con discapacidad.</li><li>- Como mediar entre la discapacidad y capacidad de una persona.</li><li>- Qué acciones podrían emprenderse para garantizar la mínima afectación de los derechos de las personas con discapacidad.</li><li>- Podría concederse el permiso para trabajar a una persona con discapacidad.</li></ul>
--	--

AE	<p><i>Autoevaluación</i></p> <p>De acuerdo con el desarrollo de los casos y de la temática de la unidad:</p> <ul style="list-style-type: none"><li>- Como garantizaría con su decisión que Marcos o las otras personas con discapacidad no fueran explotadas laboralmente, sino apoyada para lograr inclusión social.</li><li>- Qué tipo de restricciones impondría en estos casos.</li></ul>
----	---

*J*

*Jurisprudencia*

De la Corte Constitucional se acudió especialmente a las siguientes sentencias:

- C – 521 de 1998
- T – 400 de 2004
- C – 293 de 2010
- T – 019 de 2011
- T – 553 de 2011
- T – 694 de 2011
- C – 824 de 2011

*Unidad*

3

**RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN**

<b>OG</b>	<p><i>Objetivo general</i></p> <p>Reconocer la importancia del acompañamiento para la toma de decisiones de las personas con discapacidad, así como de los deberes de los encargados de administrar los bienes.</p>
<b>OE</b>	<p><i>Objetivo específico</i></p> <p>Delimitar las facultades de los guardadores, curadores, consejeros y administrador fiduciario.</p> <p>Diferencias los tipos de administración y acompañamiento para la toma de decisiones de las personas con discapacidad.</p>



### 3. RÉGIMEN DE ADMINISTRACIÓN

#### *“JUAN, EL GALANTE SOLDADO*

*Minutos antes de encontrarme con Juan Torres, un Asperger de 46 años, me llega un mensaje al celular: “Visto camisa amarilla con pantalón chocolate y sombrero de Ala ancha”. La precisa y detectivesca descripción que hace Juan quizás responda a su afición por James Bond y las películas de espías pero, sobre todo, a que no soporta cambios de planes.*

*“Llega a tiempo pues las personas con síndrome de Asperger quieren tener todo programado, de lo contrario, se ponen nerviosos”, me había advertido Claudia Taleri, una de las sicólogas de EITA. Al encontrarnos, Juan está terminando una terapia pues trabaja como coach para que niños con este síndrome mejoren sus habilidades sociales y, al igual que él, encuentren su camino en la vida.*

*“Mi misión es guiar a otros chicos y reunirme con mi novia rumana”, espeta el decidido Juan, quien tiene dos carreras y un postgrado en Israel. Asegura que siempre se sintió diferente a los demás, pero fue recién hace dos años cuando le diagnosticaron el síndrome que se quitó un peso de encima y pudo encontrar un camino.*

*Al enterarme de que le hubiera gustado ser soldado porque le seduce la acción, la camaradería y el honor que tenían, le propuse ir al Museo Naval Casa Grau de Lima pero ya estaba cerrado. Sorprendentemente, aceptó un cambio de planes y viramos hacia la Plaza Mayor. “Allí están los Húsares de Junín”, le dije. Juan me corrigió al instante y apuntó que se trata de los Dragones, una unidad de caballería de la época de Napoleón I de la cual el ejército peruano copio el uniforme. Su elocuencia y enciclopédico conocimiento militar provocó*

*que, en pocos minutos, un puñado de turistas se acerque para escucharlo. Juan se sintió por unos minutos el soldado que no pudo ser.”<sup>43</sup>*

### **3.1. CLASIFICACIÓN DE LOS GUARDADORES**

Se ha mencionado en las unidades anteriores, que los encargados de administrar los bienes y acompañar en la toma de decisiones a las personas con discapacidad, pueden ser personas naturales o jurídicas, que prestan el servicio de guarda, se denominan curador, consejeros o administrador fiduciario. Estos también ejercen la representación legal de su prohijado.

De los guardadores y sus funciones se habla en el capítulo IV de la ley 1306 de 2009.

#### **3.1.1. CURADOR**

Es la persona natural que tiene a su cargo el cuidado personal y la administración de los bienes del pupilo. Se clasifica en dos dependiendo la edad, es decir si es menor de 18 años de edad o mayor de esa edad.

##### **3.1.1.1. CURADOR DEL IMPÚBER EMANCIPADO**

En esta curaduría hay que distinguir cuando se trata de niño o adolescente, debido al enfoque población que establece la ley 1098 de

---

<sup>43</sup>

Tomado

de:

<http://elcomercio.pe/actualidad/1571001/noticia-vivir-asperger-tres-historias-limen-os-que-se-imponen-este-sindrome>. Consultado el 27 de junio de 2013, por última vez a las 2:00 p.m.

2006.

En cuanto a la primera, se ejerce cuando el niño no está sometido a patria potestad, el curador tiene las mismas funciones que en el caso de personas con discapacidad mental absoluta. En cuanto al cuidado personal, se ceñirán por los contenidos del estatuto de la Infancia y la Adolescencia.

El adolescente no sometido a patria potestad quedará bajo modalidad de la consejería, salvo que el adolescente presente discapacidad mental absoluta, en este caso obrará como curador de una persona en dicha condición y está obligado a solicitar la interdicción del pupilo a partir de la pubertad.

En cuanto a la guarda personal, el curador está sujeto a las disposiciones contenidas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, salvo en aquellos actos para cual el adolescente tiene plena capacidad v.gr., celebrar un matrimonio civil o religioso.

El adolescente tendrá la facultad de proponer al juez de familia el nombre de su curador o solicitar su remoción inclusive.

### ***3.1.1.2. CURADOR DEL MAYOR DE EDAD***

Si el mayor de edad no está sometido a patria potestad prorrogada, se le nombra una persona natural llamada curador para que la cuide y se encargue de la administración de sus bienes. Puede realizarse por una sola persona, en cuyo caso se hablará de un **Curador simple**, o puede ejercerse por más de dos, en cuyo caso se hablará de **Curador compuesto**.

Este precepto consagrado en el artículo 56 de la ley 1396 de 2009 se realiza con el fin de garantizar la protección y garantía permanente de los derechos de la persona con discapacidad.

### **3.2. OTROS TIPOS DE CURADURÍA**

La norma también concibe la posibilidad de que existan casos para los cuales se designe un curador ante la falta temporal del curador designado por el Juez, se tiene así, el curador especial, interino, oficioso o de hecho.

**3.3.1. Curador especiales:** cuando se deba adelantar un asunto judicial o extrajudicial determinado y el interesado o afectado no puede o no quiere asistir o su representante legal se encuentra impedido de hacerlo v.gr., el curador ha sido nombrado en un cargo público.

**3.3.2. Curador Interinos:** Establecido en el artículo 60 de la ley 1306, según el cual ante una situación sobreviniente al curador que le impida ejercer temporalmente su cargo podrá ser designado por el Juez de Familia y solo para el tiempo de la falta temporal.

**3.3.3. Curador Oficioso:** Establecido en el artículo 62 de la ley 1306, según el cual se entiende como tal toda persona que obre en nombre o por cuenta de la persona con discapacidad mental absoluta, niño o adolescente.

**3.3.4. Curador De hecho:** Según VALENCIA ZEA & ORTIZ MONSALVE, se da cuando el curador legalmente nombrado continua con la administración de los bienes del pupilo, a pesar de que este haya llegado a la mayoría de edad o cuando la persona toma el cuidado del adolescente carente de padres, sin acudir ante el juez

de familia para el discernimiento del cargo<sup>44</sup>.

### **3.4. CONSEJEROS**

Este tiene el deber de guiar y asistir a quien se concibe como discapacitado mental relativo, conforme al artículo 55 de la ley 1306. Puede estar designado para los adolescentes o en general cualquier persona con discapacidad mental relativa.

#### **3.4.1. CONSEJERO PARA ADOLESCENTE**

Acompaña la toma de decisión del adolescente, respecto de los actos de administración de sus bienes, pero podrá bajo autorización del adolescente y el Juez conferir poderes plenos para que el consejero lo represente en todos sus actos jurídicos extrajudiciales.

#### **3.4.2. CONSEJERO PARA PERSONA CON INCAPACIDAD RELATIVA**

Esta figura es tomada del derecho francés, y consistía en la posibilidad de que una persona designada por el tribunal para asistir a otro en la gestión de sus intereses pecuniarios, o, más precisamente, en el cumplimiento de ciertos actos referentes a dichos intereses<sup>45</sup>.

Se busca un apoyo para el discapacitado mental relativo, no una sustitución de su capacidad, sino alguien que le facilite la realización de los negocios de disposición patrimonial y que complemente la capacidad jurídica del inhabilitado en los negocios jurídicos patrimoniales.

---

<sup>44</sup> Valencia, ob., cit., p. 604

<sup>45</sup> Josserand, ob., cit., t I., v I., N° 565 p. 418

Tiene la misma estructura de los curadores en cuanto se refiere al número y especialidad.

### 3.5. ADMINISTRADORES FIDUCIARIOS

La ley 1306 de 2009, es innovadora en cuanto al establecimiento del régimen de administración fiduciaria, aunque pueda catalogarse de problemática por la consecución de la compañía fiduciaria que se pueda hacer cargo de dicha administración, no puede desconocerse que la ley busca crear un mecanismo de protección de los bienes de la persona con discapacidad cuyo valor supere los 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes o como lo estipula también el artículo 57 de la citada ley, para los patrimonios inferiores siempre que el Juez lo estime conveniente.

El administrador fiduciario sólo tiene el deber de administrar de los bienes del discapacitado, más no del cuidado de la persona discapacitada, como si lo hace el curador y consejero.

Para entender la fiducia es necesario hacer una remisión al derecho comercial, según la cual esta se concibe en el artículo 1226 como:

*“Artículo 1226. La fiducia mercantil es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos*

*o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.*

*Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.*

*Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios”*

Siendo importante establecer que si el valor del patrimonio que supera los mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales, la designación de dicha administración se debe realizar por licitación pública. En este caso se le corresponde al ICBF adelantar la licitación, siguiendo las reglas del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 y 30 de la Ley 80 de 1993 régimen de la contratación estatal.

Esta fiducia tendrá igualmente la vigilancia de la Superintendencia Financiera, entendiendo la especial actividad que desarrollan.

### **3.6. DESIGNACIÓN DE GUARDADOR**

La designación de guardador puede ser testamentaria o legítima.

En cuanto a la primera, parte de la autonomía privada de la voluntad del padre, quien en virtud de un negocio jurídico unilateral, como lo es el testamento, podrá designar curador, consejero o administrador para que administre los bienes que se adquirirán por derecho hereditario en caso de que no pueda hacerlo por sí solo, pudiendo incluso el testador nombrar principal y suplente y establecer las funciones de la administración.

En cuanto a la segunda, puede darse cuando ha faltado o expirado el testamento, el artículo 68 de la Ley 1306 de 2009, verifica que puede ocupar este cargo, el cónyuge no divorciado ni separado de cuerpos o de bienes y el compañero o compañera permanente, por un lado, y por el otro, los consanguíneos del que tiene discapacidad mental absoluta, prefiriendo los más próximos a los lejanos.

### **3.7. *GUARDA DATIVA***

Cuando no se designa la guarda testamentaria o hay lugar a la guarda legítima, tiene lugar la dativa, la cual implica designación del juez, quien en garantía de los derechos del discapacitado está facultado en ejercicio de la sana crítica para nombrar a quien considere es el más adecuado para ejercer la administración de los bienes, el acompañamiento y el cuidado del discapacitado, incluso podrían designarse a los familiares de crianza para esta especial tarea.

### **3.8. *DEBERES Y FUNCIONES DEL GUARDADOR***

Conforme al artículo 81 y 82 de la ley 1306 de 2009, para que se de la guarda, es importante que quien ejerza el cargo no solo se obligue a rendir cuentas, sino que previo al inicio de sus labores, preste una caución, se posesione frente al Juez y realice un inventario de los bienes objeto de la administración.

La Ley obliga a que se preste esta caución conforme al valor establecido por el Juez, pudiendo acudir a la figura del seguro para



que mediante póliza se verifique la garantía, la cual debe ser presentada ante el Juez para su aprobación. El valor de la caución será fijada por el juez teniendo como parámetros el patrimonio del pupilo.

Pudiendo incluso el Juez en caso de que el guardador no tenga capacidad económica, instar al Fondo de Garantías de Instituciones Financieras a avalar al guardador, directamente o ante la entidad fiadora.

El artículo 84, exonera de esta obligación a:

- El cónyuge
- Los ascendientes y descendientes
- Los guardadores
- Las sociedades fiduciarias

En cuanto a la posesión del guardador, se requiere para verificar el momento a partir del cual el Juez autoriza el ejercicio de las funciones de administración, esta fecha inicia con la firma de acta de posesión.

Finalmente, se debe confeccionar un inventario de bienes de la persona con discapacidad, con el fin de que se tenga claridad acerca del patrimonio a administrar y el deber de preservar dicho patrimonio. Para VALENCIA ZEA & ORTIZ MONSALVE este consiste en, *“...una relación precisa de todos los bienes muebles del pupilo, con la especificación de su estado, de su calidad, y si fuere posible, de su peso; tratándose de muebles de afección o preciosos (...) debe constar la marca, el*

*peso, la mezcla, etc.*

*“...En segundo lugar, una relación exacta de los bienes inmuebles del pupilo, con especificación de los gravámenes que sufran o derechos reales constituidos en ellos, lo cual debe hacerse teniendo en cuenta los títulos de propiedad, las escrituras públicas y privadas, etc.*

*“Por último, si existen bienes formados por cosas incorporales, deben también relacionarse, procurando especificarlos claramente”<sup>46</sup>.*

El inventario debe hacerse dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, pero por mandato del artículo 86 de la ley 1306, deberá ser realizado por uno o varios peritos contables, quienes deben entregarle dicho inventario al Juez o Jueza para que este entregue los bienes al guardador.

Finalmente aprobado y entregado el inventario mediante acta, deberá esta última inscribirse en las oficinas de registro de instrumentos públicos respectivas.

### **3.9. INCAPACIDAD Y EXCUSAS DEL GUARDADOR**

Conforme al artículo 73 de la ley 1306, son incapaces para ejercer el cargo de guardador:

- A. Los discapacitados mentales absolutos
- B. Los inhábiles y los niños, niñas y adolescentes
- C. Las personas que se encuentren inhabilitadas para celebrar contratos con la Nación o para ejercer cargos

---

<sup>46</sup> Ibídem

públicos;

- D. Los fallidos, mientras no hayan satisfecho a sus acreedores, incluidas las sociedades fiduciarias en proceso de liquidación administrativa;
- E. Las personas que carecen de domicilio en el país;
- F. Las personas que no saben leer ni escribir, con excepción de los padres llamados a ejercer la guarda legítima;
- G. Las personas de mala conducta notoria;
- H. Las personas condenadas a una pena privativa de la libertad por un término superior a un (1) año, aún en el caso de subrogado penal o de extinción de la pena;
- I. El que ha sido privado de la patria potestad;
- J. El que por sentencia judicial haya perdido la administración y usufructo de los bienes de cualquiera de sus hijos por dolo o culpa en el ejercicio de ésta;
- K. Las personas que por torcida y descuidada administración han sido removidos de una guarda anterior, o en el juicio subsiguiente a ésta han sido condenados por fraude o culpa grave, a indemnizar al pupilo;
- L. El padrastro o madrastra en relación con sus entenados, salvo cuando se trate de menores adultos o inhábiles negóciales que consientan en ello;
- M. El que dispute su estado civil al pupilo o aquel padre o madre que haya sido declarado tal en juicio contradictorio.

Si el guardador considera que no puede ejercer el cargo, puede

informar al juez de familia dentro de los treinta (30) días siguientes, contados a partir de la fecha de la citación. Pudiendo el Juez o Jueza, llamar al suplente posesionado o designar otro guardador.

### ***3.10. EXCUSAS A LA DESIGNACIÓN DE GUARDADOR***

La ley faculta al guardador para excusarse de aceptar el cargo, en este caso establece el artículo 78, que podrán excusarse:

- A. Los empleados públicos de cualquier organismo o entidad oficial;
- B. Las personas que estén domiciliadas a considerable distancia del lugar donde deben ejercer la guarda;
- C. Los que padezcan una grave enfermedad o han cumplido los sesenta y cinco (65) años.
- D. Quien por razones económicas o por excesiva carga laboral o de custodia de otros, se consideren imposibilitados para ejercer a cabalidad la guarda

La norma contempla que si se ha ejercido la guarda de un mismo pupilo durante más de diez (10) años, puede solicitar relevo del cargo ante el Juez de Familia.

### ***3.11. TIPOS DE REPRESENTACIÓN***

La norma estipula que el guardador no solo administra los bienes del discapacitado, sino que también lo representa en todos los actos judiciales y extrajudiciales que le conciernan, para lo cual es importante que presente prueba de las facultades conferidas por el Juez.

El consejero solo representa al discapacitado relativo, cuando cuenta con poder general o especial para tal efecto, de lo contrario deberá acudir al Juez para solicitar dicha potestad si considera indispensable para asegurar el cumplimiento de sus funciones.

### ***3.12. PROHIBICIONES DEL CURADOR***

En el artículo 92 del régimen de guardas se estipula que se considerará ilícito:

- A. No aceptar actos gratuitos desinteresados en favor del pupilo;
- B. Invertir en papeles al portador los dineros del pupilo.
- C. Celebrar cualquier acto en el que tenga algún interés el mismo curador, su cónyuge, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
- D. Realizar cualquier acto que dé lugar a conflicto de intereses entre guardador y pupilo.

### ***3.13. CASOS EN LOS QUE EL GUARDADOR NECESITA AUTORIZACIÓN JUDICIAL***

No todos los actos de administración están permitidos al guardador, el artículo 93 limita este ejercicio, estableciendo que el curador deberá obtener autorización judicial para realizar los siguientes actos:

- A. Las donaciones de bienes del pupilo,
- B. Actos de renuncia al incremento del patrimonio del pupilo,

con excepción de aquellos regalos moderados, autorizados por la costumbre, en ciertos días y casos.

- C. Negocios jurídicos onerosos de carácter conmutativo que impliquen disposición o de enajenación de bienes o derechos de contenido patrimonial,
- D. Procesos que impliquen divisiones de comunidades,
- E. Transacciones y compromisos distintos de los del giro ordinario de los negocios, cuya cuantía supere los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales;
- F. Operaciones de crédito distintas de las mencionadas en el literal a) del artículo 94 de la ley 1306 de 2009
- G. Otorgamiento de garantías o fianzas y constitución de derechos reales principales o accesorios sobre bienes del pupilo, en favor de terceros, que no corresponda al giro ordinario de los negocios, en cuantía superior a los cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales;
- H. La enajenación de los bienes esenciales de una actividad empresarial cualquiera que sea su valor, salvo que se trate de la reposición de activos.
- I. Operaciones de reposición de activos productivos,
- J. El repudio de los actos gratuitos interesados o modales en favor del pupilo.
- K. La imposición de obligaciones alimentarias y cualquier otra prestación de carácter solidario a favor de familiares o allegados.

### **3.14. RESPONSABILIDAD DE LOS GUARDADORES**

Los guardadores responden por todos los actos que ejecuten en el ejercicio de sus funciones y hasta por culpa leve conforme a lo establecido en el artículo 63 del Código Civil.

Si desconoce la prohibición establecida en la ley o ejecuta cualquier acto en contra de su prohijado podrá incluso ser sancionado penalmente, además de la responsabilidad civil contractual y extracontractual que le asiste.

### **3.15. REMUNERACIÓN AL GUARDADOR**

El Juez o Jueza tiene liberalidad para establecer la remuneración del guardador, siempre y cuando tenga en cuenta los deberes que este deberá asumir. Pero la norma limita en el artículo 99, tal remuneración en el sentido de fijar que no podrá exceder la décima de los frutos netos del patrimonio del pupilo, si es un guardador provisional podrá el Juez o Jueza fijar el valor de la remuneración.

Esto teniendo en cuenta que adicionalmente podrá exigir el reembolso de los gastos en que tenga que incurrir para realizar su gestión.

### **3.12. TERMINACIÓN DE LA GUARDA**

Esta figura puede terminar por remoción del cargo o cesación definitiva. La remoción puede ser solicitada en cualquier tiempo y por cualquier persona que considere que el guardador se ha extralimitado en sus funciones o no las realiza conforme a las directrices impartidas por el Juez o conforme a la ley.

No cesa la responsabilidad del guardador por este hecho y siendo obligado a realizar la entrega del cargo, junto con la rendición de cuentas.

La terminación se puede verificar por los sujetos que intervienen en ella, en primer lugar frente al pupilo, cuando:

- A. Fallece.
- B. Adquiere plena capacidad.

Frente al guardador, cuando:

- A. Fallece.
- B. Por incapacidad.
- C. Por la remoción del cargo.
- D. En el caso del guardador suplente o interino, por la asunción de las funciones por el principal o definitivo.
- E. Por excusa aceptada, con autorización judicial para abandonar el cargo.
- F. Por ser declarado responsable de fraude o culpa grave en el ejercicio del cargo.
- G. Por no rendir oportunamente las cuentas o realizar los inventarios exigidos en esta Ley, o por ineptitud manifiesta.
- H. Por conducta inapropiada que pueda resultar en daño personal al pupilo.



AP

### *Actividades pedagógicas*

*Camilo y Susana han sometido a su hija Martha a numerales tratamientos, debido a que no sabían que tenía síndrome de Asperger, solo se enteraron hasta que una psicóloga atribuyo a su falta de interacción social y poca empatía con los demás a este síndrome.*

*Decidieron educar a su hija en casa, ya que siempre tenía problemas con sus compañeros, pero sus abuelos se oponen a ello ya que sienten que se está aislando a Martha y no es bueno para ella. Además desde hace que nació le donaron un inmueble para que con sus rentas se pagara su educación y como no está estudiando no saben en que se invirtió el dinero.*

*Sus padres alegan que no la han aislado ya que la niña participa en actividades donde no tiene mayor interacción con los demás, como la equitación y clases de música.*

*Los abuelos demandan la custodia de la niña y piden ser sus guardadores el proceso llega a su despacho por reparto.*

De acuerdo con los casos desarrollados identifique:

- ~~C~~ómo se podría verificar en el caso la necesidad de la guarda.
- Como resolver los intereses en conflicto en

	<p>este caso.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Podría dejarse la custodia de la niña en manos de sus abuelos.</li> <li>- Qué garantías establece la norma para el ejercicio de la guarda.</li> <li>- Es viable la vinculación de la niña para ser oída en el proceso judicial.</li> <li>- Que beneficios tiene para el discapacitado la guarda</li> </ul>
--	---

<i>AE</i>	<p><b><i>Autoevaluación</i></b></p> <p>De acuerdo con el desarrollo de los casos y de la temática de la unidad:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Es viable establecer una guarda a personas diferentes a sus padres en este caso.</li> <li>- Como garantizar la inclusión social, en un caso de discapacidad en el cual la interacción genera tensión para la niña.</li> </ul>
-----------	--

<i>J</i>	<p><b><i>Jurisprudencia</i></b></p> <p>En esta unidad se realizó énfasis en la práctica por lo tanto no se trabajaron jurisprudencias específicas.</p>
----------	--

*Unidad*

*4*

***RÉGIMEN PROCESAL DE LAS  
GUARDAS***

<b>OG</b>	<b><i>Objetivo general</i></b>  Desarrollar pautas metodológicas que orienten y apoyen el trabajo de los jueces y las juezas en la garantía de derechos de las personas con discapacidad, de acuerdo a lo señalado la ley 1306 de 2009 y en los Instrumentos Internacionales.
<b>OE</b>	<b><i>Objetivo específico</i></b> <ul style="list-style-type: none"><li>• Identificar los procesos señalados por el nuevo régimen de guardas.</li></ul>

#### 4. RÉGIMEN PROCESAL DE LAS GUARDAS

*“Cuando nació Manuel, hace 11 años, Lourdes y Julián, sus padres, no tardaron en comprobar que algo no iba bien. Incluso antes del alumbramiento, Lourdes tenía sensaciones extrañas. “No había movimiento fetal”, recuerda. Cuando nació, los médicos no advirtieron nada excesivamente extraño, pero sus padres sí. “Estaba bien, pero no se movía. Pronto vimos que le pasaba algo”. Atonía muscular, sin fuerza para llorar o succionar, ayuda para alimentarse... Sus temores tardaron en confirmarse 18 meses, cuando los médicos emitieron el diagnóstico. “Prader-Willi. ¿Y eso qué es? Muchos no lo habían oído nunca, como nosotros”.*

*El síndrome Prader-Willi es un trastorno congénito, se debe a la alteración del cromosoma 15 y afecta al sistema nervioso central, en especial al hipotálamo, con hipotonía muscular y dificultades graves de movilidad. Además, provoca un desarrollo mental bajo, poca estatura, problemas respiratorios, de espalda, osteoporosis, colesterol, diabetes... “No sabíamos si valía la pena que viviera o no. Cuando nos dijeron lo que tenía sufrimos una falta de reacción que hace imposible que le des al niño lo que necesita, al menos durante un tiempo”.*

*Fue a partir de los 2 años cuando Manuel pasó de apenas tener fuerza para comer a poseer un insaciable apetito, que, unido a un bajo consumo de calorías, hace que se incrementen las posibilidades de sufrir una obesidad mórbida, por lo que se impone una dieta con los nutrientes necesarios y que no rebase el total de calorías que consume. Esa necesidad incontrolada de comer, lo que sea y cómo sea, sin tener sensación de saciedad, obliga a un exhaustivo*

*control familiar y médico e impone la práctica de deporte, que se convierte en un aspecto fundamental para un mejor desarrollo corporal, ayuda a fortalecer sus músculos. "Durante dos años fuimos todos los días a la piscina. Cualquier persona normal que hubiera realizado tanto deporte estaría en las Olimpiadas", afirman."*

*Ahora, Manuel está "muy bien". La hormona del crecimiento y un control cada tres meses y una visita anual a un centro de Sabadell se encargan de confirmar que todo va bien. "Aunque es muy duro. No sabíamos si iba a sobrevivir él, pero tampoco nosotros", reconoce Julián, que elogia la ayuda recibida por el colegio de su hijo, el Tomás Alvira. "Cuando les dijimos lo que tenía Manuel estaban muertos de miedo, pero luego vieron que no era para tanto". Todos son conscientes de que el chaval puede soplar las velas de la tarta de su cumpleaños pero no comerla o que una gelatina o un vaso de leche especial son sus opciones en lugar del chocolate.*

*La rigidez de Manuel también se traslada a su forma de actuar. La interpretación literal que llevan a cabo de cada frase obliga a extremar las precauciones en las instrucciones. "Hay que adelantarles el futuro y condicionarlo todo a posibles cambios para que esa conducta que tienen fijada de forma genética sea social", expone Julián, que recuerda un caso al respecto. "Le dije que iríamos de excursión y vino, a primera hora del día siguiente, a recordármelo".*

*Las reivindicaciones de la familia de Manuel alcanzan a "un equipo médico multidisciplinar. Un pediatra, un endocrino, un especialista... un equipo de referencia interconectado" y, sobre todo, "ayuda psicológica para los padres cuando nace un niño así. Al niño le atienden, pero a la familia*

no".<sup>47</sup>

#### **4.1. OTROS ASPECTOS PREVISTOS EN EL RÉGIMEN DE GUARDAS**

La ley 1306 de 2009, trato de comprender todos los aspectos que desde el punto de vista jurídico puedan requerir de acompañamiento de la autoridad administrativa o judicial para la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Por lo tanto en esta última unidad se tocarán los aspectos más relevantes.

##### **4.1.1. INTERNAMIENTO**

Cuando se requiere recluir a la persona con discapacidad en un centro psiquiátrico, se produce el fenómeno de el internamiento, el cual debe ser autorizado por el Juez o excepcionalmente debe informarse inmediatamente después de que se realiza en aras de preservar los derechos del discapacitado.

Es una medida extraordinaria, debido a que en virtud del deber de inclusión social la persona con discapacidad debe tener la libertad de participar en todos los escenarios de la vida social.

##### **4.1.1.1. TIEMPO DEL INTERNAMIENTO**

El internamiento tiene un carácter preventivo y provisional no podrá exceder de un año; pero podrá ser prorrogado por un año más y así sucesivamente. Esta prórroga necesariamente debe estar acompañada del concepto médico tratante o del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. La vigencia de este dictamen no puede ser

---

<sup>47</sup> Tomado de: <http://amspw.blogia.com/2010/031301-manuel-nacio-sin-fuerza.php>  
Consultado el 10 de julio de 2013, por última vez a las 3:00 p.m. ▲

Con formato: Fuente:

Código de campo can

Con formato: Fuente:

Con formato: Español

superior a 30 días antes de la prórroga.

#### ***4.1.2. SUJETOS LEGITIMADOS PARA SOLICITAR EL INTERNAMIENTO.***

El internamiento puede ser solicitado por las siguientes personas:

- A. El cónyuge o compañero o compañera permanente.
- B. Los parientes consanguíneos y civiles hasta el tercer (3) grado de parentesco.
- C. El defensor de familia del lugar de residencia de la persona con discapacidad mental.
- D. El Ministerio Público del domicilio de la persona con discapacidad mental.
- E. Los directores de clínicas y establecimientos de tratamientos psiquiátricos y terapéuticos de los pacientes que se encuentren internados en el establecimiento.

#### ***4.2. LA INHABILITACIÓN***

Se entiende que es una medida que se toma a favor de una persona que padece deficiencia de comportamiento, de prodigalidad o inmadurez negociar, que puede poner en serio riesgo su patrimonio y sobre lo que los parientes, cónyuge o compañero tienen expectativas de adquirir o disfrutar.

Se realiza para que la persona no pueda celebrar negocios jurídicos de transmisión de patrimonio, pero no lo afecta para

celebrar los demás negocios jurídicos familiares o laborales.

#### ***4.2.1. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR LA INHABILITACIÓN***

Esta puede ser solicitada por:

- A. El cónyuge, el compañero o compañera permanente.
- B. Los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y civil.
- C. El mismo afectado, siempre y cuando no busque defraudar a terceros.

#### ***4.2.2. REHABILITACIÓN DEL INHABILITADO***

La Rehabilitación puede ocurrir en cualquier tiempo, y se realiza bien sea a petición del inhabilitado o de su consejero, previa la demostración de que está apto para obligarse por sí mismo y sin la intervención de su consejero.

#### ***4.3. ABC DEL PROCESO DE INTERDICCIÓN***

- A. La competencia sigue en cabeza del juez de familia o promiscuos de familia.
- B. Sujetos Legitimados

Los sujetos legitimados para demandar la interdicción, son:

- El cónyuge o compañero o compañera permanente.
- Los hijos consanguíneos o adoptivos
- Los padres consanguíneos o adoptivos.
- Los hermanos consanguíneos o adoptivos.
- Los abuelos, bisabuelos consanguíneos o adoptivos.
- Los sobrinos consanguíneos o adoptivos.
- Los defensores de familia o el Ministerio público.



- Los directores de clínicas u hospitales de tratamiento psiquiátrico.

C. El trámite a seguir es el de un proceso de Jurisdicción voluntaria.

D. Si el proceso es de inhabilitación se tramitará por un proceso declarativo verbal.

#### **4.4. LINEAMIENTOS PARA EL CABAL DESARROLLO DEL PROCESO**

Es importante que para el inicio del proceso, se verifique lo establecido en el artículo 42 de la ley 1306 de 2009, que al ser norma especial se requerirá de forma adicional a los requisitos establecidos en los códigos de procedimiento:

- A. La demanda debe acompañarse con un certificado de un médico psiquiatra o neurólogo sobre el estado del presunto interdicto, expedido bajo juramento que se entenderá prestado con la sola firma.
- B. No será necesario probar el interés del demandante para promover el proceso e incluso podrá promoverlo el Juez de oficio.
- C. En el auto admisorio se podrá decretar la interdicción provisoria y designarse guardador provisorio, así como también se ordenará citar a quienes se crean con derecho al ejercicio de la guarda
- D. Se ordenará con la admisión el dictamen médico neurológico o psiquiátrico sobre el estado del paciente; la

objeción al dictamen se decidirá por auto apelable

E. En el dictamen médico neurológico o psiquiátrico, el cual se presentará en audiencia y deberá contener:

- Las manifestaciones características del estado actual del paciente.
- La etiología, el diagnóstico y el pronóstico de la enfermedad, con indicación de sus consecuencias en la capacidad del paciente para administrar sus bienes y disponer de ellos y
- El tratamiento conveniente para procurar la mejoría del paciente.

F. Presentado el dictamen en audiencia, las partes podrán presentar las objeciones, complemento o aclaraciones a que a que haya, en caso de no haberlas se dictará sentencia.

G. Con la sentencia se ordena la confección en un plazo que no excederá de sesenta (60) días, del inventario y avalúo de los bienes de la persona con discapacidad mental absoluta por un auxiliar de la justicia.

H. Los honorarios del perito se deducen del patrimonio del discapacitado o correrán a cargo el ICBF cuando la persona no tenga recursos suficientes para ellos.

I. Recibido y aprobado el inventario el Juez fijará la garantía y una vez otorgada esta, se dará posesión al guardador y se hará entrega de los bienes inventariados.

J. Se podrá decretar la interdicción provisoria de la persona con discapacidad mental absoluta, de conformidad con lo dispuesto en la Ley, teniendo en cuenta el certificado médico

acompañado a la demanda. En el auto que decreta esta medida se designará el curador provisorio.

- K. Los decretos de interdicción provisorio y definitiva deberán inscribirse en la Oficina de Registro del estado Civil y notificarse al público por aviso que se insertará una vez por lo menos en un diario de amplia circulación nacional, señalado por el Juez.
- L. El Juez fijará fecha de ser posible luego de la verificación del inventario para la primera diligencia de rendición de cuentas.

#### **4.5. RÉGIMEN PROBATORIO**

Es imprescindible para el proceso contar con un dictamen completo, profesional y técnico sobre la persona con discapacidad mental absoluta realizado por un equipo interdisciplinario; debido a que no solamente se verifica el régimen de administración de los bienes de la persona con discapacidad, sino también se verifican aquellos actos que si podrán ser realizados por el discapacitado a pesar de designarse un guardador, consejero o administrador fiduciario.

No todas las discapacidades obedecen a los mismos factores, ni sintomatología, en muchos casos solo limitan actividades específicas del discapacitado que en nada le impiden realizar negocios jurídicos familiares, trabajar o desarrollar cualesquiera otra actividad incluso la pequeña administración de ciertos bienes.

La valoración entonces debe ser interdisciplinaria, verificando que el discapacitado pueda integrarse de ser posible a todos los campos de la vida social, mediante el ingreso al sistema educativo, participación en actividades de desarrollo personal y/o profesional de ser el caso.

La revisión anual de cuentas, no solo deberá verificar la ejecución contable de la administración, sino también el estado del discapacitado, el cual podría rehabilitarse.

Para el efecto, decretará que se practique a la persona con discapacidad un examen clínico, psicológico y físico, por un equipo interdisciplinario del organismo designado por el Gobierno nacional para el efecto o del Instituto de Medicina legal y Ciencias Forenses.

AP	Actividades pedagógicas
	<p><i>Mariana hija de padres separados cumplió 18 años, su padre le regalo un automóvil para que pudiera ir todos los días a la Universidad, pero su madre le prohíbe que lo utilice ya que si bien el síndrome de Prader-Willi no le impide realizar esta actividad, si limita su capacidad para hablar y comunicarse sin inhibición.</i></p> <p><i>La disputa entre los padres ha hecho que Mariana quiera irse a vivir sola y debido a que está estudiando la demanda para fijación de una cuota alimentaria, la cual le permita proveerse lo nece-</i></p>

	<p><i>sario para irse.</i></p> <p><i>Llega a su despacho la demanda de fijación de cuota alimentaria.</i></p> <p>De acuerdo con los casos desarrollados identifique:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Que otro material probatorio podría allegarse al proceso.</li> <li>- Quienes pueden ser llamados o citados al proceso.</li> <li>- Podría asignarse una cuota alimentaria y permitirse su manejo a Mariana.</li> <li>- Que se propondría para la realización de las audiencias de seguimiento.</li> </ul>
--	--

<i>AE</i>	<p><i>Autoevaluación</i></p> <p>De acuerdo con el desarrollo de los casos y de la temática de la unidad:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Del estudio del módulo, establezca si se encontraron acciones realizadas en la vida diaria del despacho que contradigan lo establecido en la ley.</li> </ul>
-----------	--

<i>J</i>	<p><i>Jurisprudencia</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- C-1111 de 2000</li> <li>- C- 1440 de 2000</li> </ul>
----------	--

	<ul style="list-style-type: none"><li>- C-1492 de 2000</li><li>- C-1495 de 2000</li><li>- C-1264 de 2000</li><li>- C-007 de 2001</li><li>- C- 1298 de 2001</li><li>- C-174 de 2001</li><li>- C-092de 2002</li><li>- C-379 de 2002</li><li>- C-401 de 2003</li><li>- C-478 de 2003</li><li>- T – 650 de 2009</li><li>- T – 974 de 2010</li></ul>
--	---

## BIBLIOGRAFIA

BETANCOURT Fernando, *Derecho Romano Clásico*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla 1995.

COLL CÉSAR, MARTÍN ELENA y otros (2007). *El constructivismo en el aula*, Biblioteca de aula. 18ª ed. Barcelona-España.

HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael, (2002), *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, 2da Edición, Madrid, Marcial Pons.

GUASTINI RICARDO (1999). *Distinguiendo estudios de teoría y metateoría del derecho*. Barcelona-España: Gedisa Editorial, pp. 81-90.

LAFONT PIANETTA P. (2010), *Derecho de familia - Derecho marital - Filial - Funcional*, Adenda reforma de la Ley 1306 de 2009, Guarda familiar, Bogotá, El Profesional Ltda.

MOMMSEN T. (1976), *Derecho Penal Romano*, Bogotá, Temis.

MAZEAUD H. y J. (1959), *Lecciones de Derecho Civil*. Parte Primera. Volumen IV. Buenos Aires.

PALACIOS, A. (2006), en el texto *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, coordinador Jiménez Eduardo, Buenos Aires, Argentina, Sociedad Anónima.

PETIT Eugène (2009), *Derecho Romano*, Editorial Porrúa, Argentina.

PLANIOL Marcel y RIPERT Jorge (1945), *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, tomo I Las Personas, Habana cuba, Cultural S. A. nº 660.

QUIROZ MONSALVO Aroldo (2011), Manual Civil Tomo V, Familia Matrimonio Civil y Unión Marital de Hecho, Nuevo Régimen de Guardas, segunda edición, Ediciones Doctrina Y Ley, Bogotá.

SOLAR L. C. (1992), *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago, Chile, Temis.

Unicef, (2004), *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. New York.

VALENCIA Zea A. y ORTIZ Monsalve A. (2011), *Derecho civil tomo I*, parte general y personas, Editorial Temis, Bogotá.

En la internet:

<http://elcomercio.pe/actualidad/1571001/noticia-vivir-asperger-tres-historias-limenos-que-se-imponen-este-sindrome>

<http://amspw.blogia.com/2010/031301-manuel-nacio-sin-fuerza.php>

[www.autismomadrid.es/autismo/historias-reales-del-autismo/](http://www.autismomadrid.es/autismo/historias-reales-del-autismo/)

<http://alumdiscog.blogspot.com/2009/11/un-caso-real-entrevista.html>