



**CONCEPTO 120 DE 2016**

**(septiembre 28)**

**INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**

10400/407938

Bogotá D.C,

Coronel

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Asunto: respuesta a su consulta No. E-2016-407938-0101

De manera atenta, en atención a la consulta del asunto, relacionada con la procedencia de que niños, niñas y adolescentes sean desplazados en aeronaves militares y pernocten en unidades militares, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

## **I. PROBLEMA JURÍDICO**

¿Es procedente que los niños, niñas y adolescentes se desplacen en aeronaves militares y permanezcan en instituciones militares?

## **II. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO**

Para dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, el presente concepto desarrollará la siguiente estructura: 2.1 Los niños, niñas y adolescentes y su protección en los conflictos armados; 2.2 La representación legal de los niños, niñas y adolescentes; 2.3 Caso concreto.

### 2.1. Los niños, niñas y adolescentes y su protección en los conflictos armados.

Los niños, niñas y adolescentes en su condición de sujetos de derechos de especial protección constitucional, de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución Política, tienen el derecho a ser protegidos de cualquier amenaza o vulneración a sus derechos, dentro de las cuales se encuentra por supuesto la guerra o los conflictos armados y sus efectos devastadores en la sociedad.

Esta protección de los niños, niñas y adolescentes, respecto de la guerra y sus efectos, ha sido ampliamente reconocida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en varias normas convencionales. Así en primer lugar, la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, proclamada por la Asamblea General en su resolución 3318 el 14 de diciembre de 1974, estableció:

"Quedan prohibidos y serán condenados los ataques y bombardeos contra la población civil, que causa sufrimientos indecibles particularmente a las mujeres y los niños, que constituyen el sector más vulnerable de la población (...)"

Posteriormente, la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por la Ley 12 de 1991, en su artículo 38 señaló:

"1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar porque se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado”. Subraya fuera de texto

El Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, ratificado por Colombia mediante la Ley 833 de 2003, estableció en sus considerandos la preocupación por los efectos perniciosos y generales que tienen para los niños los conflictos armados, y por sus consecuencias a largo plazo para la paz, la seguridad y el desarrollo duraderos. Así mismo, condenó el hecho de que “las situaciones de conflicto armado los niños se conviertan en un blanco, así como los ataques directos contra bienes protegidos por el derecho internacional, incluidos los lugares donde suele haber una considerable presencia infantil, como escuelas y hospitales”.

En su artículo 1o, estableció la cláusula general de protección de esta población en los siguientes términos:

"Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades".

De otra parte, y en el marco del Derecho Internacional Humanitario, el artículo 3 común a los cuatro convenios de Ginebra, señaló la cláusula general de protección a la población civil:

"Artículo 3 - Conflictos no internacionales

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones;

1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

a) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;

b) La toma de rehenes;

c) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

d) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las Partes en conflicto".

Así mismo, el artículo 13 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977, estableció la protección a la población civil en los siguientes términos:

“1. La población civil y las personas civiles gozarán de protección general contra los peligros procedentes de operaciones militares. Para hacer efectiva esta protección, se observarán en todas las circunstancias las normas siguientes.

2. No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles. Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil.

3. Las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación".

Esta protección a la población se encuentra fundada en el principio de distinción del DIH, considerado norma de ius cogens:

El principio de distinción, que es una de las piedras angulares del Derecho Internacional Humanitario, se deriva directamente del postulado según el cual se debe proteger a la población civil de los efectos de la guerra, ya que en tiempos de conflicto armado sólo es aceptable el debilitamiento del potencial militar del enemigo.

Para los efectos del principio de distinción en su aplicación a los conflictos armados internos, el término "civil" se refiere a las personas que reúnen las dos condiciones de (i) no ser miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares enfrentadas y (ii) no tomar parte en las hostilidades, sea de manera individual como "personas civiles" o "individuos civiles", o de manera colectiva en tanto "población civil". La definición de "personas civiles" y de "población civil" es similar para los distintos propósitos que tiene en

el Derecho Internacional Humanitario en su aplicación a los conflictos armados internos - por ejemplo, se ha aplicado jurisprudencialmente la misma definición de "civil" para efectos de caracterizar una determinada conducta, en casos concretos, como un crimen de guerra o como un crimen de lesa humanidad".[1]

Estas normas del DIH, tal como lo ha manifestado la Corte Constitucional, tienen un carácter vinculante, dado que son normas de carácter consuetudinario, que son incorporadas en nuestro ordenamiento jurídico de manera automática,[2] sin que requiera ley aprobatoria, ni para su cumplimiento y respeto se exija el cumplimiento recíproco de las partes:

"En efecto, el alto nivel de codificación del Derecho Internacional Humanitario en un gran número de tratados internacionales, no obsta para afirmar que el derecho consuetudinario continúa siendo una parte fundamental de esta rama del derecho, que ha sido identificada y aplicada por distintos organismos y tribunales internacionales, y ha merecido cuidadosos trabajos de identificación y sistematización por parte de cuerpos internacionales especializados. Recientes estudios y esfuerzos de codificación doctrinal, particularmente el proyecto de investigación emprendido y culminado entre 1995 y 2005 por el Comité Internacional de la Cruz Roja, han confirmado que el Derecho Internacional Humanitario cuenta con un amplio e importantísimo componente de naturaleza consuetudinaria, no sólo por tratarse del cuerpo normativo que ha contado con un mayor desarrollo a lo largo del tiempo, sino porque proporciona regulaciones del conflicto mucho más detalladas que aquellas incluidas en los tratados internacionales que le codifican, por lo cual constituye un instrumento de interpretación e integración de cardinal importancia, y porque en virtud de su naturaleza consuetudinaria, resulta vinculante para todas las partes en un conflicto armado internacional o interno, independientemente de que hayan ratificado o no el tratado correspondiente.

(...)

Hoy en día existe consenso en la jurisprudencia y la doctrina internacionales sobre el hecho de que la gran mayoría de las disposiciones de los Convenios de Ginebra de 1949, especialmente el artículo 3 común, han ingresado al derecho internacional consuetudinario. Así mismo, en lo relativo a los conflictos armados no internacionales, un gran número de normas del Protocolo Adicional II han adquirido carácter consuetudinario, dado el impacto que han surtido sobre la práctica de los estados y el desarrollo de los conflictos de las últimas décadas; entre las distintas disposiciones que, según se ha demostrado concienzudamente, han ingresado a la costumbre internacional, se cuentan: "la prohibición de los ataques contra la población civil; la obligación de respetar y proteger al personal

sanitario y religioso, las unidades y los medios de transporte sanitarios; la obligación de proteger a la misión médica; la prohibición de hacer padecer hambre; la prohibición de los ataques contra los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil; la obligación de respetar las garantías fundamentales de las personas civiles y fuera de combate; (...) la obligación de proteger a las personas privadas de libertad; la prohibición de los desplazamientos forzados de la población civil; y las protecciones específicas conferidas a las mujeres y los niños.(...)

(...) La obligación de respetar y de hacer respetar el derecho internacional humanitario no es de carácter sinalagmático o recíproco, es decir, su satisfacción por los Estados no depende del cumplimiento que le otorguen, a su vez, las otras partes enfrentadas en el conflicto. El carácter no recíproco de estas obligaciones se deriva directamente de la naturaleza fundamental de las normas y principios que mediante ellas se busca preservar, así como del hecho de que dichas obligaciones son erga omnes y por ende se adquieren frente a la comunidad internacional en su conjunto -punto que se explicará más adelante-. El carácter no recíproco de la obligación de respetar y hacer respetar el Derecho Internacional Humanitario adquirido a la fecha rango consuetudinario, habiendo sido reconocido en varias oportunidades por organismos internacionales de derechos humanos y tribunales internacionales”.[3]

Como puede verse en el ámbito internacional (tanto en el DIDH como en el DIH), la protección de los niños, niñas y adolescentes frente a las guerras y los conflictos armados, parte de considerarlos en primer lugar, como sujetos de protección, y en consecuencia se prohíbe su participación en el conflicto como miembro de fuerzas armadas regulares o irregulares, así como los ataques a su persona, en la medida que son considerados “población civil”, en virtud del principio de distinción.

En el marco jurídico interno, el Código de la Infancia y la Adolescencia, establece en su artículo 20 los derechos de protección de los niños, niñas y adolescentes, que se refieren a su protección contra situaciones que tienen la virtualidad de generar una amenaza o vulneración de derechos. Así en el numeral 6, se establece dentro de dichas situaciones las guerras y los conflictos armados. Estas situaciones han sido reconocidas por la Corte Constitucional como "riesgos prohibidos": “dadas las características, físicas, emocionales, psicológicas y cognitivas de los menores, existe el deber de resguardarles de cualquier tipo de condición que ponga en peligro su integridad personal, su desarrollo armónico y, en general, sus derechos fundamentales, que como se dijo anteriormente, deben ser vistos de manera amplia. Dentro de estos riesgos prohibidos se encuentran “el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la violencia física o moral, la explotación económica o laboral, y en general, el irrespeto por la dignidad humana en todas sus formas”.[4]

## 2.2 La representación legal de los niños, niñas y adolescentes.

El ordenamiento jurídico colombiano reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos, dotados de autonomía progresiva, en tanto de acuerdo con su desarrollo físico y mental se les otorgan mayores condiciones para tomar decisiones y obligarse, situación que será plena a partir de la mayoría de edad, esto, es los 18 años. En tanto ello ocurre, los menores de edad, se encuentra bajo la patria potestad de sus padres, la cual de acuerdo con el artículo 288 del Código Civil, “es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone”.

A su vez, el artículo 14 del Código de la Infancia y la Adolescencia complementa la institución jurídica de la patria potestad establecida en el Código Civil, consagrando la responsabilidad parental, compartida y solidaria, en la que se condensan las obligaciones de los padres inherentes a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación, y proscribido todo acto de violencia física o psicológica en el ejercicio de esa responsabilidad o los “... actos que impidan el ejercicio de sus derechos”.

Frente al tema de la patria potestad, la Corte Constitucional en sentencia C-1003 de 2007 manifestó:

“En armonía con la citada disposición, esta corporación ha considerado que la patria potestad, mejor denominada potestad parental, tiene la función especialísima de garantizar el cumplimiento de los deberes de los padres mediante el ejercicio de determinados derechos sobre la persona de sus hijos (permiso para salir del país, representación del menor, etc.) y sobre sus bienes (usufructo legal y administración del patrimonio). Igualmente ha considerado, que el ejercicio de la potestad parental tiene como finalidad el bienestar emocional y material de los menores no emancipados, y, en consecuencia, el incumplimiento de los deberes de los padres puede conducir a su pérdida o suspensión.

En efecto, la patria potestad hace referencia a un régimen paterno-filial de protección del hijo menor no emancipado, en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de éstos pues surge por ministerio de la ley independientemente a la existencia de dicho vínculo”.

En efecto, enuncia como características de la patria potestad las siguientes:

“Se aplica excesivamente como un régimen de protección a hijos menores no emancipados.

- Es obligatoria e irrenunciable pues los padres tienen la patria potestad, salvo que la ley los prive de ella o los excluya de su ejercicio.

- Es personal e intransmisible porque son los padres quienes deberán ejercerla a no ser que la misma ley los excluya de su ejercicio.

- Es indisponible, porque el ejercicio de la patria potestad no puede ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada sino en los casos en que la misma ley lo permita.

- Constituye una labor gratuita, porque es un deber de los padres.

- La patria potestad debe ser ejercida personalmente por el padre o por la madre”

Respecto a los derechos que otorga la patria potestad a los padres del menor de edad en sentencia C-145 de 2010, la Corte Constitucional indicó que estos se reducen a: (i) al usufructo de los bienes del hijo, (ii) al de administración de esos bienes, y (iii) al de representación judicial y extrajudicial del hijo. En relación con el derecho de representación, la legislación establece que el mismo es de dos clases: extrajudicial y judicial. El primero, se refiere a la representación que ejercen los titulares de la patria potestad, sobre los actos jurídicos generadores de obligaciones que asume el hijo, y que no involucran procedimientos que requieran decisión de autoridad. El segundo, el de representación judicial comporta las actuaciones o intervenciones en procedimientos llevados a cabo, no sólo ante los jueces, sino también ante cualquier autoridad o particular en que deba participar o intervenir el hijo de familia, ya sea como titular de derechos o como sujeto a quien se le imputan responsabilidades u obligaciones. En cuanto a los derechos de administración y usufructo, éstos se armonizan con el de representación, y se concretan en la facultad reconocida a los padres para ordenar, disponer y organizar, de acuerdo con la ley; el patrimonio económico del hijo de familia y lograr de él los mejores rendimientos posibles, constituyéndose, el usufructo, en uno de los medios con que cuentan para atender sus obligaciones de crianza, descartándose su utilización en beneficio exclusivo de los padres. En relación con los derechos sobre la persona de su hijo, que se

derivan de la patria potestad, se relacionan con el derecho de guarda, dirección y corrección, materializado en acciones dirigidas al cuidado, la crianza, la formación, la educación, la asistencia y la ayuda del menor, aspectos que a su vez constituyen derechos fundamentales de éste.

La patria potestad es una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Desde este punto de vista, la patria potestad descansa sobre la figura de la autoridad paterna y materna, y se constituye en el instrumento adecuado para permitir el cumplimiento de las obligaciones de formación de la personalidad del menor, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres.

La patria potestad sobre un menor de edad podrá ser suspendida y terminada, cuando cualquiera de los padres incurre en alguna de las causales que ha erigido el legislador como motivos para su procedencia, el juzgador puede dejar su ejercicio en el padre que no ha dado lugar a los hechos, o designar un guardador al niño, niña o adolescente cuando ambos progenitores han incurrido en las conductas que ameriten la suspensión o privación de los mencionados derechos, y sus efectos jurídicos se proyectan concretamente sobre las facultades de representación legal, administración y usufructo.

En efecto, el artículo 315[5] del Código Civil, norma que se aplica por remisión expresa del artículo 310[6] ibídem, se ocupa de consagrar las causales que dan lugar a la terminación de la patria potestad.

Como puede verse, en virtud de la figura de la patria potestad, se reconoce a los padres la representación legal de sus hijos, lo cual implica, la capacidad para actuar en nombre de ellos y adoptar decisiones tanto en su aspecto personal como patrimonial, con el límite de que dichas decisiones no atenten contra sus derechos fundamentales, y se garantice en todo caso su interés superior.

### **3.3. Caso concreto**

El Coordinador Grupo Asesor del Comandante FUTCO, solicita respuesta a los siguientes interrogantes, para lo cual y de acuerdo con lo manifestado esta Oficina considera:

¿Cuáles son las medidas que se deberían adoptar en el desplazamiento de los menores en aeronaves militares y en alojamiento dentro de las instalaciones de la Escuela militar de cadetes de la Armada Nacional, o si hay alguna norma que prohíba que los menores viajen en transporte militar y pernocten en unidades militares?

De acuerdo con el marco normativo nacional e internacional sobre la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes frente a la guerra y los conflictos armados, el Estado Colombiano y todas sus autoridades tienen la obligación de protegerlos de situaciones en las cuales puedan participar directa o indirectamente en hostilidades, sea como combatientes o en aquellas en las que puedan confundirse con objetivos militares.

Si bien los niños, niñas y adolescentes son sujetos de protección y considerados por el DIH como población civil y en tal virtud no pueden ser objetivo de operaciones militares en ningún caso, es necesario que se tomen las medidas preventivas necesarias para garantizar que el principio de distinción se mantenga incólume, en tanto que su confusión puede acarrear consecuencias adversas irreparables en sus derechos fundamentales.

En consecuencia, se considera que el transporte de niños, niñas y adolescentes en aeronaves militares, y su permanencia en instalaciones militares, al margen del fin que ello tenga, genera un riesgo respecto al principio de distinción, dado que, si bien son población civil y sujetos de protección, dichos bienes no lo son, por lo cual en el marco de un conflicto pueden resultar víctimas en eventuales ataques a dichos bienes.

En ese sentido, es necesario mencionar que en tiempos de paz o de cese de hostilidades en un conflicto, este riesgo es menor, dado que las instalaciones y medios de transporte militares no se encuentran altamente amenazados, sin embargo, dicho riesgo sí bien menguado, permanece, por lo cual se recomienda evitar el transporte y permanencia de niños, niñas y adolescentes en dichos bienes, autorización que en todo caso corresponde a los padres en su condición de representantes legales.

Finalmente, es preciso indicar que el presente concepto no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en la Ley 1755 de 2015. No obstante, lo anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia del ICBF, en virtud de la función asignada a la Oficina Asesora Jurídica de mantener la unidad doctrinaria e impartir las directrices jurídicas necesarias para el desarrollo de las funciones del Instituto, de conformidad con los numerales 8 y 15 del Decreto 987 de 2012.

Cordialmente,

**MARÍA TERESA SALAMANCA ACOSTA**

**Jefe Oficina Asesora Jurídica (e)**

\* \* \*

1 Sentencia C-291 de 2007

2 Sobre la adopción de las normas del DIH, Alejandro Ramelli Arteaga ha manifestado: “en este orden de ideas, para el juez constitucional este conjunto de normas internacionales que integran el DIH, se encuentren o no consagradas en el texto de un tratado internacional, por el hecho de recoger y desarrollar valores superiores de la comunidad internacional está llamado a ocupar, necesariamente, una posición jerárquicamente superior a cualquier norma de derecho interno, incluso de rango constitucional. La recepción automática de las normas consuetudinarias del DIH, por su parte, representaba para la Corte Constitucional un corolario de la supraconstitucionalidad. En efecto, para los jueces constitucionales "se acogió la fórmula de la incorporación automática del derecho internacional humanitario al ordenamiento interno nacional, lo cual, por lo demás, resulta perfectamente congruente con el carácter imperativo que caracteriza a los principios axiológicos que hacen que este cuerpo normativo integre el ius cogens. Como desarrollo de este postulado la Corte sostuvo que, por expresa voluntad del Constituyente, las normas del DIH son hoy normas obligatorias per se sin ratificación alguna previa y sin expedición de norma reglamentaria". En la Constitución Colombiana y el Derecho Internacional Humanitario, 2a edición. Universidad Externado de Colombia, 2003.

3 Ibídem.

4 Sentencia T-836 de 2014 En el mismo sentido la T-689 de 2012

5 ARTÍCULO 315. La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales:

1a) Por maltrato del hijo,

2a) Por haber abandonado al hijo.

3a) Por depravación que los incapacite de ejercerla patria potestad.

4a) Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año.

5) Cuando el adolescente hubiese sido sancionado por los delitos de homicidio doloso, secuestro, extorsión en todas sus formas y delitos agravados contra la libertad, integridad y formación sexual y se compruebe que los padres favorecieron estas conductas sin perjuicio de la responsabilidad penal que les asiste en aplicación del artículo 25 numeral 2 del Código Penal, que ordena.

6 ARTÍCULO 310. "La patria potestad se suspende, con respecto a cualquiera de los padres, por su demencia, por estar en entredicho de administrar sus propios bienes y por su larga ausencia. Así mismo, termina por las causales contempladas en el artículo 315: pero si éstas se dan respecto de ambos cónyuges, se aplicará lo dispuesto en dicho artículo.

Cuando la patria potestad se suspenda respecto de ambos cónyuges, mientras dure la suspensión se dará guardador al hijo no habilitado de edad."

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