



INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR

CONCEPTO 80 DE 2017

(julio 7)

MEMORANDO

PARA: Directora Regional Encargada ICBF Caldas
Coordinadora Grupo Jurídico ICBF Caldas

ASUNTO: Solicitud de concepto de acuerdo ha radicado en el ICBF No. 247246 del 24 de Junio de 2017.

De manera atenta, en relación con el asunto de la referencia, en los términos previstos en los artículos 26 del Código Civil, 13 y subsiguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 6o, numeral 4, del Decreto 987 de 2012, se responde la solicitud de concepto definitivo sobre el caso en cuestión, en los términos que siguen y de acuerdo con el concepto técnico emitido por la Dirección de Protección del ICBF:

1. PROBLEMA JURÍDICO

¿Qué sucede con los procesos administrativos de los jóvenes mayores de 18 años, declarados en situación de Adoptabilidad y que desean de manera libre y voluntaria prestar el servicio militar? ¿Se cesa el proceso a su favor? ¿Se cierra el proceso mientras cumplen el servicio militar? ¿Es viable que regresen a la medida del ICBF una vez culminado dicho servicio? Si acontece alguna situación en su contra (discapacidad, muerte) ¿Cómo guardar responsabilidades por parte del DF que permitió dicha vinculación?

2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO

El presente problema jurídico se abordará así: 2.1. La función de las Autoridades Administrativas en el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; 2.2. El Proceso de Restablecimiento de Derechos; 2.3 El deber y correlativo derecho de definir la situación militar de un menor de edad o un joven mayor de edad a cargo del ICBF en aras de preservar el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes; 2.4. Conclusiones.

2.1. La función de las Autoridades Administrativas en el restablecimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

El Código de la Infancia y la Adolescencia tiene como finalidad garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes su pleno desarrollo en el seno de la familia y la comunidad con prevalencia de la igualdad y la dignidad humana sin ningún tipo de discriminación.

Esta ley establece tanto las normas sustantivas como procedimentales relacionadas con la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, buscando garantizar el pleno ejercicio de sus derechos y libertades consagrados tanto en instrumentos internacionales como en la Constitución Política y las leyes nacionales.

La normatividad establecida en el Código de la Infancia y la Adolescencia aplica para todos los niños, las niñas y los adolescentes nacionales o extranjeros que se encuentren en el país, a los nacionales que se encuentren fuera del país y a aquellos con doble nacionalidad cuando una de ellas sea colombiana.^[1]

Al respecto, la Corte Constitucional precisó respecto al Código de la Infancia y la Adolescencia que:

"El propio ordenamiento establece que sus normas son de orden público de carácter irrenunciable y preferente, las cuales a su vez deben ser interpretadas y aplicadas de acuerdo con la Constitución Política y los Tratados de Derechos Humanos ratificados por Colombia en especial por la Convención sobre los Derechos del Niño, ordenamientos que se entienden además integrados al citado código (arts. 5o y 6o)".^[2]

En el capítulo III de dicho Código se establece cuáles son las autoridades competentes para el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, cuya función primordial será prevenir, garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Al respecto, la Corte Constitucional indicó:

"(...) los artículos 81, 82 y 85 de la Ley 1098 de 2006 señalan los deberes y las funciones del defensor y del comisario de familia, siendo evidente que la misión

encomendada es garantizar, proteger y restablecer los derechos prevalecientes de los menores de edad.^[3]

En efecto, en el artículo 96 de la Ley 1098 de 2006 dispone:

"Corresponde a los defensores de familia y comisarios de familia procurar y promover la realización y restablecimiento de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, en la Constitución Política y en el presente Código"

Las Defensorías de Familia son dependencias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de naturaleza multidisciplinaria, por excelencia son las autoridades competentes para garantizar y restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en situaciones de violación o amenaza contra los mismos.

Sus funciones van dirigidas entonces a la protección integral de los derechos de los menores de edad, a fin de evitar su amenaza, inobservancia o vulneración y restablecerlos de manera eficaz, oportuna y efectiva.

En ese sentido, la función que le corresponde a los Defensores de Familia en el restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, no se circunscribe solamente a aquellos casos en que se evidencia una vulneración de sus derechos, sino también en prevenir que ello ocurra.

2.2. El Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos

El restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, de acuerdo con el artículo 50 de la Ley 1098 de 2006, es la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que le han sido vulnerados.

La Corte Constitucional ha dicho que:

"Es responsabilidad del Estado, a través de sus autoridades, informar, oficiar o conducir ante la policía, las defensorías de familia, las comisarías de familia o en su defecto, ante los inspectores de policía o las personerías municipales o distritales, a todos los niños, las niñas y adolescentes que se encuentren en condiciones de riesgo o vulnerabilidad.

En ejercicio del restablecimiento, las autoridades deberán surtir una serie de procedimientos tendientes a garantizar el cumplimiento de cada uno de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y se procederá a tomar las medidas pertinentes (arts. 52, 52, 53 del Código de la Infancia y la Adolescencia).^[4]

Por su parte, el Proceso Administrativo de Restablecimiento de los Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes es un instrumento fundamental para la realización de los mandatos constitucionales y para la operatividad del Código de la Infancia y la Adolescencia. Este proceso especial, incluye las acciones, competencias y procedimientos necesarios para que las autoridades administrativas facultadas por la Ley, restablezcan a los niños, las niñas y los adolescentes el ejercicio pleno y efectivo de sus derechos.

2.3. El deber y correlativo derecho de definir la situación militar de un menor de edad o un joven mayor de edad a cargo del ICBF en aras de preservar el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes

La Convención sobre los Derechos del Niño en el numeral primero del artículo tercero establece que (...) todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. (Subraya fuera de texto).

La Constitución Política en su artículo 44 enuncia cuáles son los derechos fundamentales de los niños y estipula que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos, para garantizarles su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Así mismo contempla que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Por su parte, en el artículo 8o del Código de la Infancia y la Adolescencia,^[5] se define el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes como (...) el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.

Ahora bien, dado que el requisito de la expedición de la libreta militar comporta un deber establecido por el artículo 10 de la Ley 48 de 1993, en tanto que (...) todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller (...), también implica el correlativo derecho de que se le defina dicha situación militar, para poder certificarla, mediante la expedición de la libreta militar o tarjeta de reservista, en los términos del artículos 30 y 36 de la citada ley. Por ende, la expedición del documento se convierte en un requisito indispensable para ejercer derechos y acceder a diversos empleos o contratos, en los mismos términos del artículo 36 precedente.

Al ICBF le compete tramitar la obtención de dicho documento para que los menores de edad y jóvenes a su cuidado puedan ejercer plenamente, entre otros, el derecho al trabajo, una vez cumplen con la mayoría de edad y puedan acceder a las oportunidades laborales de que habla el mismo artículo 36 de la Ley 48 de

1993. Incumplir con dicho trámite, pondría a los menores de edad y jóvenes obligados a dar cuenta de su situación militar, a una situación de desprotección e incluso, de vulneración de sus derechos.

En tal sentido y en lo relativo al interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes y su derecho a definir dicha situación militar, el ICBF debe tramitar y llevar a cabo todos los procedimientos exigidos para el cumplimiento del deber correlativo, en términos del artículo 10 de la misma Ley 48 de 1993, en el sentido de hacer prevalecer el eximente de prestación del servicio militar y de pago de los costos de expedición de la cuota de compensación militar y de los demás costos de expedición de la libreta militar, en los términos en que lo definió la Corte Constitucional en su sentencia C-586 de 2014:

Al igual que lo ha hecho en anteriores oportunidades en que ha constatado omisiones legislativas en el tratamiento de beneficios tributarios[52], la Corte Constitucional es competente para subsanar la omisión del legislador a través de una sentencia integradora, por lo que procederá a declarar exequible el artículo 6o de la Ley 1184 de 2008, en el entendido que los jóvenes que se encuentren bajo el cuidado del ICBF y que sean eximidos de prestar el servicio militar, también quedarán exentos del pago de la cuota de compensación militar y de los costos de expedición de la libreta militar. Para tal efecto, los beneficiarios deberán aportar copia de la resolución de declaratoria de adoptabilidad y la certificación en la que se haga constar su inclusión en el Listado Censal”.^[6] (Subraya fuera de texto original).

2.4. Conclusiones

Primera: Para los casos de los jóvenes declarados en adoptabilidad que deciden de forma libre y voluntaria prestar el servicio militar, el PARD a su favor no se cierra, el Defensor de Familia deberá suspender la medida, aclarando cuáles es la ubicación actual del joven y comunicando a la Regional, con el fin que se adelanten las gestiones tendientes a garantizar el cupo en la modalidad de atención en la cual se encontraba el joven al momento de ingresar al servicio militar.

Segunda: En cuanto a la decisión del joven mayor de edad declarado en adoptabilidad que decide- prestar el servicio militar de manera voluntaria, debemos remitirnos a la Ley 27 de 1977 que fijó la mayoría de edad a los 18 años, edad a partir de la cual se entiende que tienen capacidad para ejercer determinados actos jurídicos y para ejercer sus derechos civiles, así las cosas, en estos casos, el ICBF no tendría responsabilidad alguna en caso de discapacidad o muerte.

Por último, es preciso indicar que el presente concepto^[7] no es de obligatorio cumplimiento o ejecución para particulares o agentes externos, de conformidad con lo establecido en el artículo 28 de la ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. No obstante lo

anterior, tiene carácter vinculante para las dependencias internas del Instituto y terceros que colaboren en la prestación del servicio público o en el desarrollo de la función administrativa de competencia de). 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,

LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO

Jefe Oficina Asesora Jurídica

NOTAS AL FINAL:

- 1. Artículo 4o de la Ley 1098 de 2006.**
- 2. Corte Constitucional C-149 del 11 de marzo de 2009 M. P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.**
- 3. Corte Constitucional. Sentencia C-690/08 D. 6939 M. P. Nilson Pinilla Pinilla.**
- 4. T-671-10 M. P. Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB**
- 5. Ley 1098 de 8 de noviembre de 2006.**
- 6. Corte Constitucional. Sentencia C-586 de 13 de agosto de 2014. M.P.: María Victoria Calle Correa.**
- 7. “Como al realizar las referidas intervenciones la Administración debe aplicar el derecho, no siempre a través de funcionarios con conocimientos jurídicos, o cuando la debida ejecución de la ley requiere precisiones de orden técnico, se hace necesario que aquélla haga uso del poder de instrucción, a través de las llamadas circulares del servicio, o de conceptos u opiniones, y determine el modo o de forma cómo debe aplicarse la ley en los distintos niveles decisorios. Con ello se busca, la unidad de la acción administrativa, la coordinación de las actividades que desarrollan los funcionarios pertenecientes a un conjunto administrativo, la uniformidad de las decisiones administrativas e igualmente, la unidad en el desarrollo de las políticas y directrices generales trazadas por los órganos superiores de la Administración, con lo cual se cumple el mandato del Constituyente contenido en el art, 209 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolle con fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, eficiencia e imparcialidad.(...) cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su**

exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo, de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio." Corte Constitucional. Sentencia C-877 de 2000. M.P. Antonio Barrera Carbonel.

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