



**CONCEPTO 89 DE 2016**

**(agosto 10)**

**INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR**

10400/342500

Bogotá D.C.

Doctora:

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

ASUNTO: Su solicitud de concepto enviada en el oficio radicado bajo el número E-2016-342500 del 19/07/2016.

Atendiendo al asunto de la referencia y de acuerdo con lo previsto en los artículos 26 del Código Civil, Civil, Ley 1755 de 2015, y el artículo 6o numeral 4 del Decreto 987 de 2012, y numeral 4 del artículo 6 del Decreto 987 de 2012, se procede a emitir concepto en los siguientes términos:

**1. PROBLEMA JURIDICO**

Se consulta: ¿Puede un niño de 3, 5, 7 o 10 años de edad entrar solo a una sala de cine?

## **2. ANÁLISIS DEL PROBLEMA JURÍDICO**

Se abordará el tema analizando: 2.1. El interés superior del niño; 2.2. La Protección integral de los niños, niñas y adolescentes; 2.3 - La Patria Potestad; 2.4. La Custodia y Cuidado Personal; 2.5 - Derecho a la recreación de los niños, niñas y adolescentes; 3. Caso concreto.

### **2.1 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" (subrayado fuera de texto).

La Constitución Política en el 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 8 del Código de la Infancia y la Adolescencia 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".

En ese sentido, la Corte Constitucional ha precisado que todas las actuaciones que realicen las autoridades públicas en las que se encuentren involucrados niños, niñas o adolescentes deben estar orientadas por el principio del interés superior.[1]

En efecto, la Corte ha afirmado que "el interés superior del menor no constituye un ente abstracto desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular

reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal".[2]

Así mismo, sostuvo que “El interés superior del menor no constituye una cláusula vacía susceptible de amparar cualquier decisión. Por el contrario, para que una determinada decisión pueda justificarse en nombre del mencionado principio, es necesario que se reúnan, al menos, cuatro condiciones básicas; 1) en primer lugar, el interés del menor en cuya defensa se actúa debe ser real, es decir; debe hacer relación a sus particulares necesidades y a sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; 2) en segundo término debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios públicos, encargados de protegerlo; 3) en tercer lugar se trata de un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de interés en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de este principio; 4) por último debe demostrarse que dicho interés tiende a lograr un beneficio jurídico supremo consistente en el pleno y armónico desarrollo de la personalidad del menor”.[3]

## 2.2 La protección integral de los niños, niñas y adolescentes

Como lo ha manifestado esta Oficina Jurídica,[4] la teoría de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes tiene su fundamento como obligación de los Estados en la Convención de los Derechos del niño, la cual fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 12 de 1991. Dicha doctrina empezó a ser aplicada en Colombia con la finalidad de adecuar nuestra legislación de infancia y adolescencia a los postulados y estándares constitucionales del Estado social y democrático de Derecho y de los convenios internacionales ratificados por Colombia en la materia.

La doctrina de la protección integral reconoce a los niños, niñas y adolescentes como personas autónomas y titulares de derechos y deberes, debiendo ser protegidos de manera integral y amplia, no sólo cuando sus derechos son vulnerados.[5] El ámbito de respeto de dichos derechos y de prevención de cualquier abuso en su contra, es amplio, garantista y propende porque en todo momento y lugar los menores de edad gocen plenamente de dichos derechos.

Como se señaló, en atención al interés superior de los niños, niñas y adolescentes, existe una responsabilidad solidaria, conjunta y simultánea en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado en cumplimiento de sus obligaciones básicas con los menores de edad y así como la responsabilidad de generar políticas públicas que garanticen y promuevan los derechos de la niñez y la adolescencia, así como la prevención de amenazas y vulneraciones.

En tal sentido, la Ley 1098 de 2006 pretendió seguir profundizando en estos objetivos y en el fortalecimiento del cumplimiento, de los estándares internacionales en materia de infancia y adolescencia, por parte del Estado colombiano, es así como en el artículo 7 consagró dicho principio de la protección integral.[6]

En sentencia T-1015 de 2010, la Corte Constitucional hizo énfasis en la calidad de los menores de edad como sujetos de especial protección constitucional, en la que en uno de sus apartes se pronunció así: "La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional, lo que implica que la satisfacción de sus derechos e intereses constituye un objetivo esencial para la sociedad y las autoridades estatales, por lo que la adecuada protección de los niños, niñas y adolescentes debe ser perseguida en toda actuación estatal que involucre a los Menores.[7]

Como ya se dijo, en aras de dar cumplimiento al principio de protección integral de niños, niñas y adolescentes, se hace necesaria su efectiva protección, así como la prevención de cualquier amenaza, inobservancia o vulneración, labor en la que deben participar de manera articulada la familia, la sociedad y el Estado, garantizando el restablecimiento de los derechos que así lo requieran.

### 2.3 - De la Patria Potestad.

Según el artículo 288 del Código Civil, la patria potestad "es el conjunto de derechos y obligaciones que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquellos al 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 proscribire 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-1003/07[8] 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”.

Como características de la patria potestad tenemos las siguientes, según se alude en la referida sentencia:

- 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-145/10 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, estos 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.

Es decir que la patria potestad corresponde de manera privativa y conjunta a los padres, que solo puede ser ejercida por ellos, lo cual significa que la misma no rebasa el ámbito de la familia, ejerciéndose además respecto de todos los hijos, incluyendo los adoptivos. Es por ello que la propia ley prevé que a falta de uno de los padres, la patria potestad será ejercida

por el otro, existiendo también la posibilidad de que, en algunos aspectos, sea delegada entre ellos mismos, del uno al otro (Código Civil artículos 288 y 307).

Respecto a la patria potestad, la Corte ha indicado que es de orden público obligatoria e irrenunciable, personal e intransferible, e indisponible, pues es deber de los padres ejercerla en interés del menor, sin que tal ejercicio pueda ser atribuido, modificado, regulado ni extinguido por la propia voluntad privada, sino en los casos que la propia ley lo permita.

Los padres, de común acuerdo, mediante la conciliación extrajudicial, no pueden terminar o suspender el ejercicio de la misma sobre su menor hijo, es decir, no pueden "suspenderla o perderla" para sustraerse a las obligaciones que constitucional y legalmente le son exigibles para con sus hijos. La pérdida o suspensión de la patria potestad, por ser ésta una institución jurídica constitucional y legalmente irrenunciable, intransferible, imprescriptible y temporal, debe ser decretada mediante sentencia por la autoridad judicial competente

Ahora bien, el artículo 14 de la Ley 1098 de 2006 consagra la responsabilidad parental definiéndola de la siguiente manera “es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además, la obligación inherente a la orientación, cuidado acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”. (La negrilla es fuera del texto)

#### 2.4 - La Custodia y Cuidado Personal

La custodia y cuidado personal se traduce en el oficio o función mediante el cual se tiene poder para criar, educar, orientar, conducir, formar hábitos, dirigir y disciplinar la conducta del niño, niña o adolescente y la cual corresponde de consuno a los padres legítimos extra matrimoniales o adoptivos y se podrá extender a una tercera persona.

La Ley 1098 de 2006, en su artículo 23, establece: "Custodia y Cuidado Personal. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que sus padres en forma permanente y solidaria asuman directa y oportunamente su custodia para su desarrollo integral. La obligación de cuidado personal se extiende además a quienes convivan con ellos en los ámbitos familiar social o institucional, o a sus representantes legales.

El Código Civil Colombiano respecto a las obligaciones de los padres con sus hijos nos dice que corresponde a los padres de manera conjunta, o al padre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos[9] y que los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos, pertenecen a la sociedad conyugal. [10]

La custodia se puede fijar por medio de: i) Conciliación entre las partes ii) Proceso Administrativo de Restablecimiento de Derechos y lii) Proceso Verbal Sumario ante el Juez de Familia.

Según consideraciones de la Corte Constitucional con la custodia,[11] se busca, "...como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad".

Cuando se otorga la custodia del menor de edad a familiares u otras personas, no se trasmite la patria potestad[12] y adicionalmente no sustrae a los padres de las obligaciones contempladas por la ley para con sus hijos.

## 2.5 Derecho a la Recreación de los niños, niñas y adolescentes.

La Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, establece que los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente. La calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano.

Por su parte el artículo 30 de la Ley 1098 de 2006 dispone: "Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes. Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho al descanso, esparcimiento al juego y demás actividades recreativas propias de su ciclo vital y a participar en la vida cultural y las artes.

Igualmente, tienen derecho a que se les reconozca, respete, y fomente el conocimiento y la vivencia de la cultura a la que pertenezcan.

Parágrafo 1o Para armonizar el ejercicio de este derecho con el desarrollo integral de los niños, las autoridades deberán diseñar mecanismos para prohibir el ingreso a establecimientos destinados a juegos de suerte y azar venta de licores, cigarrillos o productos derivados del tabaco y que ofrezcan espectáculos con clasificación para mayores de edad.

Parágrafo 2o. Cuando sea permitido el ingreso a niños menores de 14 años a espectáculos y eventos públicos masivos, las autoridades deberán ordenar a los organizadores, la destinación especial de espacios adecuados para garantizar su seguridad personal”.

En este contexto y en materia de recreación y de cultura, el artículo 24 de la ley 1098 de 2006, al referirse al derecho a los alimentos de los niños niñas y adolescentes incluye la recreación como uno de sus elementos constitutivos; el numeral 13 del artículo 39 de la Ley 1098 de 2006 establece que la familia debe brindar a los niños niñas y adolescentes las condiciones necesarias para la recreación y la participación en actividades deportivas y culturales de su interés; a su vez el artículo 41, en el numeral 24 establece la obligación de corresponsabilidad del Estado de fomentar entre otros la recreación; y el artículo 41 señala que las instituciones educativas tiene entre sus funciones las de estimular las manifestaciones e inclinaciones culturales de los niños, niñas y adolescentes, y promover su producción artística, científica y tecnológica, así como garantizar la utilización de los medios tecnológicos de acceso y difusión de la cultura.

### **3. CASO CONCRETO**

Se preguntó por parte de la Directora de Cinematografía del Ministerio de Cultura, doctora XXX, si: "Puede un niño de 3, 5, 7 o 10 años de edad entrar solo a una sala de cine?".

De conformidad con la normatividad aquí reseñada para esta Oficina es claro que los niños y niñas de 3, 5, 7 o 10 años de edad no pueden entrar solos a una sala de cine, ya que siempre deben estar acompañados de sus padres, cuidadores o tutores quienes en el ejercicio de la responsabilidad parental les brindan la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza para el cabal ejercicio de sus derechos dentro de los cuales se encuentra el de recreación. Además de garantizar la protección que estos requieren toda vez que por su corta edad no se la pueden brindar ellos mismos.

#### **4.-CONCLUSIONES**

4.1- En Colombia el ejercicio de la Patria Potestad conlleva la obligación inherente de los padres para la orientación, cuidado acompañamiento y crianza de los niños y las niñas durante su proceso de formación, lo que incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los menores de edad que se encuentran bajo su cuidado puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos, así como su desarrollo armónico, integral, normal y sano desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, conjuntamente con la plena evolución de su personalidad. Ahora bien, quienes ejerzan la custodia y cuidado personal también deberán cumplir con estas obligaciones a favor de los niños, niñas y adolescentes.

4.3- Uno de los derechos legalmente consagrado para los niños, niñas y adolescentes es el relacionado con la recreación o participación en la vida cultural y en las artes el que, de acuerdo con la normatividad vigente, para su ejercicio ellos deberán estar acompañados por sus progenitores o en su defecto por sus cuidadores o tutores.

El presente concepto[13] 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.

Atentamente,

**LUZ KARIME FERNANDEZ CASTILLO**

**Jefe oficina Asesora Jurídica**

\* \* \*

1. Corte Constitucional, sentencia T-408-95, expediente T-71149, M P: Eduardo Cifuentes Muñoz

2. T-503 de 2003 y T-397 de 2004 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) Cita sacada de la sentencia T-502 de 2011, expediente T- 2622716. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

3. Corte Constitucional, sentencia T-587 de 1997 M.P Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

4. ICBF OAJ Concepto No 71 de 6 de junio de 2014.

5. Ibid

6. Artículo 7 Ley 1098 de 2006: Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la conjunto de políticas, planes, recursos financieros, físicos y humanos.

7. Corte Constitucional Sentencia T - 1015 de 7 de diciembre de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

8. Corte Constitucional, Sentencia C-1003/07. Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 1 (parcial) del artículo 315 del Código Civil M.P. Caira <sic> Inés Vargas Hernández

9. ARTÍCULO 253 CRIANZA Y EDUCACION DE LOS HIJOS. Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos legítimos.

10. ARTÍCULO 257 CRIANZA, EDUCACION Y ESTABLECIMIENTO Los gastos de crianza, educación y establecimiento de los hijos legítimos, pertenecen a la sociedad conyugal, según las reglas que, tratando de ella se dirán.

<Inciso segundo modificado por el artículo 19 del Decreto 2820 de 1974, El nuevo texto es el siguiente:> Si el marido y la mujer vivieren bajo estado de separación de bienes, deben contribuir a dichos gastos en proporción a sus facultades.

## 11. CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA M P MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

12. Sentencia T-510 de junio 19 de 2003. Artículos 288 y 315 del Código Civil Colombiano "La patria potestad es el conjunto de derechos 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. Corresponde a los padres, conjuntamente el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos legítimos. A falta de uno de los padres, la ejercerá el otro; y "La emancipación judicial se efectúa, por decreto del juez, cuando los padres que ejerzan la patria potestad incurran en alguna de las siguientes causales: 1. Por maltrato del hijo 2- Por haber abandonado al hijo. 3. Por depravación que los incapacite de ejercer la patria potestad. 4. Por haber sido condenados a pena privativa de la libertad superior a un año - En los casos anteriores podrá el juez proceder a petición de cualquier consanguíneo del hijo, del abogado defensor de familia y aún de oficio.

13. "Como al realizar las referidas intervenciones la Administración debe aplicar el derecho, no siempre a través de funcionarios con conocimientos jurídicos, o cuando la debida ejecución de la ley requiere precisiones de orden técnico, se hace necesario que aquélla haga uso del poder de instrucción, a través de las llamadas circulares del servicio, o de conceptos u opiniones, y determine el modo o la forma como debe aplicarse la ley en los distintos niveles decisorios. Con ello se busca, la unidad de la acción administrativa, la coordinación de las actividades que desarrollan los funcionarios pertenecientes a un conjunto administrativo la uniformidad de las decisiones administrativas e igualmente, la unidad en el desarrollo de las políticas y directrices generales trazadas por los órganos superiores de la Administración, con lo cual se cumple el mandato del Constituyente contenido en el art. 209 de la Constitución, en el sentido de que la función administrativa se desarrolle con fundamentos en los principios de igualdad, moralidad, eficacia eficiencia e imparcialidad (...) cuando el concepto tiene un carácter autorregulador de la actividad administrativa y se impone su exigencia a terceros, bien puede considerarse como un acto decisorio de la Administración, con las consecuencias jurídicas que ello apareja En tal virtud, deja de ser un concepto y se convierte en un acto administrativo de una naturaleza igual o similar a las llamadas circulares o instrucciones de servicio "Corte Constitucional Sentencia C - 877 de 2000 M P Antonio Barrera Carbonell.

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