

CONCEPTO ICBF No 019

Fecha: 2020/06/25

Asunto: Respuesta – Solicitud de Concepto sobre el Programa de Técnico en Mesa y Bar

Cordial saludo,

De manera atenta nos permitimos dar respuesta a la solicitud de concepto relacionada con la oferta del programa de Técnico en Mesa y Bar para el caso de los niños, niñas y adolescentes, como consecuencia del contenido teórico-práctico que este tiene en el manejo, la preparación y la clasificación de bebidas alcohólicas, como cocteles y vinos.

1. Problema jurídico:

De conformidad con la consulta remitida por parte del Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA, se planteó el siguiente problema jurídico: ¿Es conveniente que el SENA suspenda la formación del programa “Técnico en Mesa y Bar”, teniendo en cuenta la normativa vigente en el ordenamiento jurídico que limita y prohíbe el acceso y manejo de bebidas alcohólicas para los menores de edad?

2. Marco normativo:

Para efectos de dar respuesta a la consulta antes reseñada, se analizará el siguiente conjunto de normas:

- Constitución Política de Colombia
- Ley 1098 de 2006 - Código de la Infancia y la Adolescencia
- Ley 115 de 1994 - Ley General de Educación
- Ley 124 de 1994 - Por la cual se prohíbe el Expendio de Bebidas Embriagantes a menores de Edad y se dictan otras disposiciones
- Ley 1616 de 2013 - Ley de Salud Mental
- Decreto 1108 de 1994
- Decreto 4904 de 2009
- Decreto 120 de 2010

- Decreto 1075 de 2015
- Decreto 760 de 2016
- Resolución 1841 de 2013
- Resolución 1796 de 2018
- Resolución 089 de 2019

3. Análisis jurídico

Considerando que se trata de una situación que se fundamenta a partir de la necesidad de proteger los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes en el marco de la prestación de un programa de formación académica en el cual los menores de edad pueden llegar a tener acceso y contacto con bebidas embriagantes, el presente análisis jurídico compartirá en primer término las consideraciones relacionadas con la especial protección constitucional de la que goza este grupo poblacional, para posteriormente realizar un recuento del marco normativo pertinente en materia de niños, niñas y adolescentes y bebidas embriagantes, y finalizar, con un estudio de las normas relevantes en materia del derecho a la educación y la autonomía universitaria y libertad de escoger profesión y oficio.

3.1. Especial protección constitucional de los niños, niñas y adolescentes

El artículo 44 de la Constitución Política establece el mandato de protección integral a los niños, reconoce una serie de derechos de carácter especial, así como la corresponsabilidad de la familia, la sociedad y el Estado en su garantía y dispone que estos prevalecen sobre los derechos de los demás¹.

La mencionada norma constitucional señala dos derroteros fundamentales para tener en cuenta en cualquier caso en el que estén involucrados los derechos de los niños, niñas y adolescentes: el principio de interés superior y el de prevalencia de sus derechos.

Inicialmente, se consideraba que los niños y niñas eran sujetos en proceso de convertirse en ciudadanos, mientras los adultos ejercían potestad sobre ellos. Sin

¹ *ARTICULO 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.(..) La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquiera persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. (...) Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.*

embargo, esta concepción cambió y hoy en día, tienen los mismos derechos que todos los seres humanos, aunado a ciertas prerrogativas especiales por el hecho de no haber alcanzado la mayoría de edad, dentro de las cuales se encuentra su interés superior.

En el plano internacional este principio fue reconocido en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 en los siguientes términos: *“El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

Así mismo, fue consagrado en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo artículo 3.1 prevé que en todas las medidas que tomen las autoridades, concernientes a los niños *“una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*.

El Comité de los Derechos del Niño interpretó el contenido de este último aparte y en la Observación General No. 14 concluyó que el interés superior del niño abarca tres dimensiones:

(i) Es un derecho sustantivo del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que lo afecte.

(ii) Es un principio jurídico interpretativo fundamental, pues si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá aquella que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

(iii) Es una norma de procedimiento, porque siempre que se deba tomar una decisión que afecte al menor, se deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la misma.

En esa observación general, el Comité se pronunció sobre el alcance del concepto e indicó que su contenido debe determinarse caso por caso. Al respecto, sostuvo: *“Por consiguiente, el concepto de interés superior del niño es flexible y adaptable. Debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las*

necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto”.

Bajo la misma línea argumentativa, hizo referencia a que la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular, en la que deben tenerse en cuenta las circunstancias concretas de cada niño, que se refieren a características específicas como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural. Por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores².

En el marco interno, el interés superior del niño fue desarrollado en el Código de la Infancia y la Adolescencia, en los artículos 8° y 9° de la Ley 1098 de 2006. El primero señala lo siguiente: “Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, 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”; mientras que el segundo dispone: “En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona. En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente”.

De lo expuesto se concluye que el principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes tiene un amplio reconocimiento no solo en el ordenamiento jurídico interno, sino en instrumentos internacionales, que lo han catalogado de manera general como una protección especial de la que goza el niño, niña o adolescente dirigida a su adecuado desarrollo físico, psicológico y social. Según ello, esta prerrogativa debe ser analizada desde la realidad concreta del caso y de la situación de cada niño, evaluando las consideraciones fácticas y jurídicas que lo rodean.

Ahora bien, antes de concluir este apartado no se puede dejar de lado que esta noción constitucional de reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y no sólo como objetos de protección, conlleva una necesaria

² Corte Constitucional – Sentencia T-259 de 2018.M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

noción de autonomía, que debe ser reconocida de manera gradual atendiendo al nivel de desarrollo de cada uno de los menores de edad.

En términos de la Corte, los niños son sujetos activos en el ejercicio de sus derechos, que merecen una especial protección por su vulnerabilidad, pero garantizando siempre su autonomía progresiva, dejando de lado concepciones que planteaban relaciones verticales con los adultos y el Estado, donde estaban sometidos a un grado casi total de tutela³.

La Corte Constitucional ha protegido la autodeterminación de menores de edad intersexuales o hermafroditas, quienes aún siendo menores de edad pueden tomar la decisión de construir su identidad sexual y de género, al ser un asunto íntimo de su propio proyecto de vida, siempre y cuando esta decisión sea plenamente informada, teniendo en cuenta que cada individuo va desarrollando su autonomía a medida que crece, toda vez que cuanto más “claras sean las facultades de autodeterminación del niño, mayor será la protección constitucional a su derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP art. 16) y menores las posibilidades de interferencia ajena sobre sus decisiones que no afectan derechos de terceros”.

Dentro de ese hilo argumentativo, conviene resaltar lo dispuesto en la sentencia C - 246 de 2017 la Corte Constitucional que estableció la pautas legítimas que tiene el Estado y el Congreso de la República para limitar la autonomía de los adultos y los menores de edad. Para ello se establecieron los siguientes parámetros generales:

“De este modo, esta Corporación ha sostenido que las medidas de carácter paternalista “pueden justificarse a la luz del orden constitucional, siempre que: (i) procuren el bienestar y protección de las personas, en relación con derechos que la misma Constitución haya privilegiado como objeto de garantía reforzada; y (ii) sean medidas proporcionales en sentido estricto, esto es, **a)** que busquen el cumplimiento de una finalidad afincada en los principios constitucionales, **b)** que el grado de restricción del derecho de autonomía, sea acorde a la importancia del principio constitucional que se pretende garantizar, **c)** que la medida resulte necesaria porque no existe otra para lograr la misma finalidad, y **d)** que su implantación no implique el sacrificio de principios o valores más importantes que aquellos que se pretenden proteger. Esta Corporación ha denominado a la metodología de análisis anterior, “test de proporcionalidad”⁴.

(...)

32. Ahora bien, estas políticas de protección también encuentran sustento en el hecho de que la Constitución no es neutra en relación con determinados intereses jurídicos, que no sólo son derechos fundamentales de los cuales es titular la persona, sino que son además valores del ordenamiento. En otras palabras, el Texto Superior no es indiferente al momento de establecer una serie de obligaciones a las autoridades públicas para que intervengan en decisiones individuales que afecten el interés general y valores

³ Corte Constitucional. Sentencia T-675 de 2017. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁴ Sentencia C-639 de 2010 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

constitucionales. Esto ocurre particularmente en los casos de los derechos a la vida, a la salud, a la integridad física, y a la educación, que la Carta no sólo reconoce como derechos de la persona (C.P. artículos 11, 12, 49, y 67), sino que también incorpora como valores que el ordenamiento busca proteger y maximizar. No obstante, estas medidas restrictivas sólo son posibles si tienen el propósito de proteger los derechos de terceras personas, busquen el mantenimiento del orden constitucional y sean proporcionales en sentido estricto.

(...)

35. Por ende, existen diferentes ámbitos en los cuales la autonomía de los menores de edad se ve limitada o condicionada según la etapa de la vida. Es decir, existen claras diferencias entre los comportamientos y la extensión de las conductas que los niños, niñas y adolescentes pueden llevar a cabo o no respecto de los adultos. Por ejemplo, el Código Civil establece los 18 años como la edad para contraer matrimonio, no obstante, admite el matrimonio de mayores de 14 años de edad, siempre que cuente con el consentimiento de los padres⁵, pero lo prohíbe para los menores de esa edad⁶. A su vez, fija el mismo parámetro, 14 años, para prohibir, hacia abajo, y permitir, hacia arriba, el trabajo infantil con ciertas especificidades. Estas distinciones responden a que aun cuando la Constitución reconoce plenamente a los menores de edad como sujetos de derecho, también entiende que el pleno ejercicio de derechos conlleva deberes y responsabilidades que deben acompañarse con la capacidad de asumirlos. Luego, las limitaciones a esa capacidad legal se fundamentan en la idea de que las restricciones amparan y salvaguardan los derechos de los niños, niñas y adolescentes y su posibilidad de ejercer mayor autonomía en el futuro⁷.”

En suma, la protección especial de los menores de edad en el marco constitucional colombiano parte de reconocer su calidad de sujetos de derecho y, en consecuencia, tutelar y garantizar su autonomía y libre desarrollo de la personalidad, reconociéndose de manera gradual y proporcional con respecto a su nivel de desarrollo. Sin embargo, el ordenamiento constitucional sí permite medidas de restricción de esos derechos en protección de los menores de edad, como una forma de proteger otros valores superiores y de restringir el riesgo que, en razón de su experiencia, podrían afrontar.

3.2. Normativa en materia de niños, niñas y adolescentes y bebidas embriagantes

Habiéndose estudiado el marco constitucional de protección de los menores de edad, haciendo énfasis en el interés superior y la autonomía de los niños como

5 Código Civil. Artículo 117. Sentencia C-344 de 1993 M.P. Jorge Arango Mejía.

6 Código Civil. Artículo 140.

7 Sentencia C-131 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo. “En este orden de ideas, la Corte ha considerado que los menores de edad no cuentan aún con la capacidad para establecer cuáles son sus intereses largo plazo, por lo cual “es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño cuando un padre lo obliga a vacunarse, y a pesar de que éste se oponga de momento, por cuanto es lícito suponer que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la corrección de la intervención de los padres. Se respeta entonces la autonomía con base “en lo que podría denominarse consentimiento orientado hacia el futuro (un consentimiento sobre aquello que los hijos verán con beneplácito, no sobre aquello que ven en la actualidad con beneplácito)””.

sujetos de protección de derechos, es pertinente analizar el marco jurídico relacionado con las bebidas embriagantes. No obstante, previo a ello es pertinente hacer explícitas las consecuencias adversas que el consumo de alcohol genera en la salud pública y, específicamente, en los menores de edad.

Para ello es importante tener en cuenta el documento publicado en 2013 por el Ministerio de Salud, denominado “Estrategia Nacional de Respuesta Integral Frente al Consumo de Alcohol en Colombia”:

“El alcohol es la sustancia psicoactiva más consumida en Colombia y en el resto del mundo. En el país, cerca de siete millones de personas con edades entre 12 y 65 años son consumidores de alcohol, lo que equivale a 35% de la población en ese rango de edades. Alrededor de 2,4 millones de personas presentan un consumo de riesgo o perjudicial de alcohol; esta cifra representa el 35% del total de consumidores y 12,5% de la población total entre 12 y 65 años. La mayor prevalencia de consumo de alcohol se presenta entre los jóvenes de 18 a 24 años (46%), seguidos por los adultos jóvenes con edades entre 25 y 34 años (43%). La mayor proporción de consumidores de riesgo o perjudicial de alcohol se encuentra en estos mismos grupos de edad, con casi 673 mil jóvenes de 18 a 24 años (19% de la población total en esa franja), y 645 mil personas de 25 a 34 años (15% de la población en esa franja). Cerca de 20% de la población entre 12 y 17 años de edad consume alcohol; uno de cada tres consumidores en esta franja presenta un consumo de riesgo o perjudicial, lo que en términos globales equivale a 6,14% de la población total del país en este rango de edad (Ministerio de la Protección Social, Dirección Nacional de Estupeficientes y UNODC, 2009).

El consumo nocivo de alcohol ocupa el tercer lugar entre los principales factores de riesgo de muerte prematura y discapacidad a nivel mundial. Se estima que anualmente mueren en todo el mundo unos 2,5 millones de personas, incluidos más de 300 mil jóvenes de 15 a 29 años, por causas relacionadas con el alcohol. Casi 4% de todas las muertes en el mundo son atribuibles al alcohol, más que las muertes causadas por el VIH/SIDA, la violencia o la tuberculosis. El alcohol es un factor causal en 60 tipos de enfermedades y lesiones, y un componente de causa en otras 200. El alcohol también está asociado a muchos problemas sociales graves, incluyendo la violencia, el abandono o el abuso infantil, y el ausentismo laboral (WHO/ OMS, 2011).

En los países de ingresos medios y bajos el consumo nocivo de alcohol es el mayor factor de riesgo de morbilidad y mortalidad. En América Latina, la mayor parte de la carga de morbilidad afecta a varones (83,3%) y 77,4% de la carga se registra en la población entre 15 y 44 años; esto es, jóvenes y adultos jóvenes en sus años de vida más productivos (OPS, 2007). El consumo de alcohol en las Américas es aproximadamente 40% mayor que el promedio mundial. A pesar de las amplias variaciones subregionales, el valor promedio de consumo anual per cápita en las Américas es de 8,7 litros de alcohol puro, lo cual está muy por encima de la media global de 6,2 litros de consumo per cápita. El continente americano es único, ya que el alcohol supera al tabaquismo como el factor de riesgo más importante para la carga de morbilidad (OPS, 2007).

(...)

Los peligros del alcohol son muchos y variados; algunos se relacionan con la dosis; pueden derivarse directamente del efecto del alcohol o ser producto de la interacción con otros

factores. El alcohol es una sustancia tóxica en términos de sus efectos directos e indirectos sobre una amplia variedad de órganos.

Algunos de los impactos adversos del alcohol pueden ser producto de la intoxicación aguda, aún en una persona que no tiene un problema previo o persistente de consumo de alcohol. El envenenamiento por alcohol, la pancreatitis aguda y las arritmias cardíacas agudas representan peligros de ese tipo. En ocasiones, algunas de estas condiciones pueden tener resultados letales. Otra categoría de daños puede designarse como 'agudo y crónico'. Por ejemplo, un episodio de intoxicación intensa en un consumidor crónico puede convertir el deterioro hepático en insuficiencia hepática o provocar el inicio de daño cerebral. Una tercera categoría de daño es la enfermedad crónica que resulta de una exposición a altas dosis de alcohol a largo plazo. Así, existe una clara evidencia de la función causal del alcohol en diferentes cánceres: boca, faringe, laringe, esófago, estómago y colon, entre otros. La cirrosis hepática también se asocia estrechamente con el consumo excesivo de alcohol, y las investigaciones indican que el efecto tóxico directo del alcohol es la causa principal de esa enfermedad, así como de la hepatitis y del hígado graso (OMS/OPS, 2010).

(...)

Los datos reportados en el mencionado estudio de salud mental, contrastados con las cifras recientes sobre consumo de alcohol entre menores de edad, auguran un panorama aún más sombrío en materia de salud mental en el país en los próximos años. En efecto, una de las principales manifestaciones del consumo nocivo de alcohol en Colombia y quizás la mayor amenaza de esta problemática para el futuro inmediato es el alto consumo de alcohol que se registra actualmente entre la población más joven.”

Con el objetivo de hacer frente a esos problemas, se ha generado un bloque normativo amplio que tiene como objetivo proteger a los menores de edad del acceso y el consumo de ese tipo de sustancias. Para empezar, es necesario citar la Ley 124 de 1994 cuyo texto prohíbe el expendio de bebidas embriagantes a menores de edad, señala sanciones para quien facilite el acceso de estas sustancias a esta población e indica el procedimiento necesario para el caso en el que se encuentre a un niño, niña y adolescente en estado de beodez. Sobre la constitucionalidad de algunos artículos de esa Ley, la Corte Constitucional en la sentencia C-796 de 2004 argumentó lo siguiente:

“4.8. Pues bien, **con el propósito de dar estricto cumplimiento a los mandatos constitucionales y supraconstitucionales que propugnan por la protección especial y prevalente de los niños, el Congreso de la República expidió la Ley 124 de 1994, “por la cual se prohíbe el Expendio de Bebidas Embriagantes a menores de Edad y se dictan otras disposiciones”**. Conforme lo señala su epígrafe, el objetivo perseguido por la citada ley es prohibir el expendio de bebidas embriagantes a los menores de edad, y aun cuando la referida prohibición ya se encontraba contenida en el artículo 323 del Código del Menor, su reiteración se acompañó de medidas adicionales no previstas anteriormente, dirigidas a asegurar su plena observancia y el respeto por los derechos del menor infractor.

Aun cuando es cierto que el propósito de la citada ley no es regular el régimen disciplinario de la Policía Nacional, el hecho de consagrar una sanción para aquellos miembros de esa

institución que cometan abusos contra los menores sorprendidos consumiendo licor o en estado de beodez, sin duda ninguna que no afecta el principio de unidad de materia, ya que se trata de una medida consecuente con el tema central que la inspira y desarrolla, cual es la protección de la población infantil, en particular, frente a la venta y suministro de bebidas embriagantes; protección que, como se explicó en el apartado anterior, es por disposición constitucional especial y prevalente, al tiempo que constituye causa final del Estado y objetivo del sistema jurídico imperante.

Ciertamente, considerando que el fin perseguido por la Ley 124 de 1994 se concreta en la protección del infante mediante la prohibición del consumo de bebidas embriagantes, resulta coherente con ese objetivo que se pretenda garantizar su integridad física y mental cuando éste ha infringido tal prohibición, procediendo a sancionar a las autoridades que, estando habilitadas para controlar el cumplimiento de la medida, puedan optar por desbordar el ámbito de sus competencias y causar algún daño al menor infractor quien, en últimas, es tan solo víctima de la conducta imprudente de quienes ilegalmente le proveen o suministran el licor.

Por su parte, el Código de la Infancia y la Adolescencia en el artículo 20, en el marco de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, establece el derecho a ser protegidos entre otros riesgos, contra:

“(...) 3. El consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización”.

Esta disposición se complementa con el artículo 44, que señala dentro de las obligaciones de las instituciones educativas lo siguiente:

“Los directivos y docentes de los establecimientos académicos y la comunidad educativa en general pondrán en marcha mecanismos para:

(...) 7. Prevenir el tráfico y consumo de todo tipo de sustancias psicoactivas que producen dependencia dentro de las instalaciones educativas y solicitar a las autoridades competentes acciones efectivas contra el tráfico, venta y consumo alrededor de las instalaciones educativas”.

Ahora bien, la Ley 1801 de 2016 por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia, estableció en el capítulo 1 del Título V, normas relativas a la protección de los niños, las niñas y los adolescentes. En particular, el artículo 39 prohíbe a los niños, niñas y adolescentes, comercializar, distribuir, tener, almacenar, portar o consumir sustancias psicoactivas o tóxicas, alcohólicas o demás estimulantes que puedan afectar su salud o que produzcan dependencia, que estén restringidas para menores de edad. Como medida en caso de incumplimiento dispone la amonestación para menores de 16 años y la participación en programa

comunitario o actividad pedagógica de convivencia para los mayores de 16 años, así como las medidas de restablecimiento a que haya lugar.

Finalmente, la Ley 1616 de 2013, el Decreto No. 1075 de 2015, la Resolución 1841 de 2013 y la Resolución 089 de 2019, “*por la cual se adopta la Política Integral para la Prevención y Atención del Consumo de Sustancias Psicoactivas*”, entre otras, han establecido que la prevención al consumo de sustancias psicoactivas por niños, niñas y adolescentes se encuentra a cargo no solo del Estado, sino de diferentes actores y entornos protectores como la familia, los agentes del sistema colombiano de bienestar familiar, los medios de comunicación y el sistema educativo, entre otros.

Este Plan Nacional para la promoción de la salud, la prevención, y la atención del consumo de sustancias psicoactivas indica que las instituciones educativas deben incluir en su proyecto educativo institucional procesos de prevención integral, desarrollando planes de formación a través de seminarios, talleres, encuentros, eventos especiales, foros y pasantías, que posibiliten la reflexión, movilización, participación y organización en torno al fenómeno cultural de las drogas y el desarrollo de propuestas y proyectos escolares y comunitarios como alternativas de prevención integral⁸.

Así mismo, contiene como estrategia y línea de acción del componente de Reducción de Daños y Riesgos para el entorno educativo, la implementación del Plan Nacional de respuesta integral al consumo de alcohol⁹.

Resulta de gran importancia que las instituciones educativas, en el marco de los diferentes programas, generen espacios, modelos y actividades de conformidad con la normatividad vigente, así como de las políticas públicas, lineamientos y programas, tanto gubernamentales como de iniciativa privada, que les permitan ser actores activos en todos los planes de prevención al consumo de sustancias psicoactivas.

Siguiendo la línea sobre la protección de los menores de edad contra el uso de sustancias psicoactivas, el artículo 33 de la Convención sobre los Derechos del

⁸ Plan Nacional para la Promoción de la Salud, la Prevención, y la Atención del consumo de sustancias psicoactivas 2014 – 2021 con referencia al Decreto 1108 de 1994. Art. 12.

⁹ Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/VS/PP/ENT/prevencion-consumo-nocivo-alcohol.pdf>

Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1991, establece:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilice a niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias”.

A su turno, la Corte Constitucional ha señalado como criterio para determinar el contenido del interés superior del niño, la protección contra riesgos prohibidos, dentro de los cuales se encuentra la del consumo de sustancias psicoactivas, en los siguientes términos:

“La aplicación del interés superior del niño, como principio, depende de cada situación en concreto, por lo que se ha determinado que su significado “únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular”, Su naturaleza real y relacional implica, de acuerdo a esta Corporación que “sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad”.

Por su parte, algunos criterios jurídicos son:

(...) (iii) Protección ante riesgos prohibidos; implica la protección frente a condiciones extremas que amenacen [el] desarrollo armónico, tales como 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. Esta premisa debe estudiarse en concordancia con la segunda parte del inciso primero del artículo 44 mencionado, el cual ordena la protección a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral”, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos”¹⁰.

En suma, existe un marco legal y jurisprudencial que busca prevenir el consumo de bebidas embriagantes y sustancias estupefacientes por parte de niños, niñas y adolescentes, siendo responsabilidad del Estado, la familia y la sociedad propender por este fin, incluido el papel de los agentes educativos en esta materia.

¹⁰ Sentencia T-292 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

3.3. Derechos a la educación, autonomía universitaria y libertad de escoger profesión u oficio

Con el marco jurídico traído a colación precedentemente y para efectos de acercarse al caso concreto planteado, es indispensable referirse a los derechos a la educación, la autonomía escolar y la libertad de escoger profesión u oficio.

En lo que tiene que ver con la primera garantía mencionada, el artículo 67 de la Constitución Política establece que la educación tiene una doble condición: es un derecho y un servicio público que tiene una función social; siendo de naturaleza fundamental para el caso de los menores de edad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 44 Superior.

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia¹¹ ha establecido que este derecho tiene diferentes componentes a saber:

i) La asequibilidad o disponibilidad del servicio, como la obligación del Estado de crear y financiar suficientes instituciones educativas a disposición de todos aquellos que demandan su ingreso al sistema educativo, abstenerse de impedir a los particulares fundar instituciones educativas e invertir en infraestructura para la prestación del servicio, entre otras.

ii) La accesibilidad, que implica la obligación del Estado de garantizar el acceso de todos en condiciones de igualdad al sistema aludido, la eliminación de todo tipo de discriminación en el mismo, y facilidades para acceder al servicio desde el punto de vista geográfico y económico.

iii) La adaptabilidad, que se refiere a la necesidad de que la educación se adapte a las necesidades y demandas de los educandos y que se garantice continuidad en la prestación del servicio.

iv) La aceptabilidad, la cual hace alusión a la calidad de la educación que debe impartirse.

Ahora bien, respecto al derecho fundamental a la educación de niños, niñas y adolescentes, la Corte ha establecido que este cobra especial relevancia en atención al principio del interés superior del niño, el cual debe responder a sus necesidades. Al respecto ha manifestado:

¹¹ Corte Constitucional Sentencia C-376 de 2010, T-458 de 2013, T-008 de 2016 entre otras.

“El Estado tiene la obligación de determinar las medidas pertinentes para la prestación del servicio, las cuales, deben atender al interés de niños, niñas y adolescentes sobre otras consideraciones y derechos, para así apuntar a que reciban un trato preferente, de forma que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad, no sólo como sujetos de protección especial sino como plenos sujetos de derecho”¹².

Entendiendo el contenido de esta garantía, resulta ineludible señalar que la Ley 115 de 1994, -Ley General de Educación-, establece que las instituciones de educación formal gozan de autonomía para organizar las áreas fundamentales de conocimientos definidas para cada nivel, introducir asignaturas optativas dentro de las áreas establecidas en la ley, adaptar algunas áreas a las necesidades y características regionales, adoptar métodos de enseñanza y organizar actividades formativas, culturales y deportivas, dentro de los lineamientos que establezca el Ministerio de Educación Nacional¹³.

Bajo esa misma perspectiva, la Corte Constitucional ha sostenido que en concordancia con lo dispuesto en el artículo 69 de la Constitución Política¹⁴, los establecimientos de educación superior gozan de una autonomía universitaria la cual consiste en el derecho que le asiste a las instituciones de educación superior de auto determinar su ideología, forma de administración y sus estatutos, entre otros aspectos. En desarrollo del mandato superior, la jurisprudencia constitucional ha explicado que la autonomía universitaria se concreta, principalmente, en dos (2) grandes facultades: (i) la dirección ideológica del centro educativo, “[que] determina su particularidad y su especial condición filosófica en la sociedad pluralista y participativa. Para [lo cual] cuenta con la potestad de señalar los planes de estudio y los métodos y sistemas de investigación, y (ii) la potestad de establecer su propia organización interna, lo que significa que las universidades pueden adoptar “las normas de funcionamiento y de gestión administrativa, el sistema de elaboración y aprobación de su presupuesto, la administración de sus bienes, la selección y formación de sus docentes”¹⁵.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la consulta está basada alrededor de un programa de formación técnica para los adolescentes que se encuentran en grado 10 y 11, quienes están cerca de graduarse de su institución escolar, debe abordarse

¹² Corte Constitucional Sentencia T-008 de 2016.M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹³ Ley 115 de 1994, Ley General de Educación, Artículo 77.

¹⁴ “[s]e garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley”

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-152 de 2015. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-106 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera.

el derecho de escoger profesión u oficio. Concretamente, el artículo 26 de la Constitución Política establece:

“que toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley podrá exigir títulos de idoneidad. Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones. Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social. Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios. La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos. La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles.

Al respecto, la Corte Constitucional¹⁶ ha manifestado que este derecho opera en dos direcciones:

i) La primera, proyectada hacia la sociedad, es decir, que delimita las fronteras del derecho, adscribe de manera exclusiva al legislador, de un lado, la competencia para regular los requisitos que deben cumplir los aspirantes a ejercer actividades que requieran capacitación técnica o científica si es su deseo obtener el título correspondiente, así como las condiciones en que el ejercicio de la misma puede ser sometido a inspección y vigilancia por las autoridades competentes.

ii) La segunda, de orden interno, se dirige expresamente a proteger el núcleo esencial del derecho a la escogencia, de tal manera que no puede el legislador, sin lesionarlo, restringir, limitar o cancelar ese ámbito de inmunidad en el que no es posible injerencia alguna.

A su turno, la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia¹⁷ establece que la edad mínima de admisión al trabajo es de 15 años. Para trabajar, los adolescentes entre los 15 y 17 años requieren la respectiva autorización expedida por el Inspector de Trabajo o, en su defecto, por el ente territorial local, y gozarán de las protecciones laborales consagradas en el régimen laboral, los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia y la Constitución Política.

Así, la precitada norma indica que los adolescentes autorizados para trabajar tienen derecho a la formación y especialización que los habilite para ejercer libremente una ocupación, arte, oficio o profesión y a recibirla durante el ejercicio de su actividad laboral.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-568 de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁷ Ley 1098 de 2006, artículo 35.

El Código de la Infancia y la Adolescencia también establece la prohibición para menores de 18 años de ser empleados o realizar trabajos que impliquen peligro o que sean nocivos para su salud e integridad física o psicológica, o los considerados como peores formas de trabajo infantil.

En desarrollo de lo anterior, la Resolución 1796 de 2018 contentiva de las actividades peligrosas para menores de 18 años, establece las siguientes prohibiciones que, en virtud del presente asunto, deben ser tenidas en cuenta: actividades que expongan a los menores de 18 años a ruido continuo (más de 8 horas diarias) o intermitentemente que exceda los setenta y cinco (75) decibelios; actividades en establecimientos o áreas en los que se permita el consumo de tabaco y trabajos que, por su actividad, ya sea en la fabricación o distribución, incentiven o promuevan el hábito del consumo de alcohol en menores de 18 años (clubes, bares, casinos y casas de juego bien sea en el día o en la noche); actividades o trabajos en los que se deba estar de pie durante toda la jornada, que exijan posturas forzadas, como flexiones de columna, brazos por encima del nivel de los hombros, posición de cuclillas, rotaciones e inclinaciones de tronco, entre otras, movimientos repetitivos de brazos y piernas, como límite máximo de repetitividad diez (10) ciclos por minuto¹⁸.

Respecto de las prohibiciones, debe tenerse en cuenta también el Decreto 760 de 2016, Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, en el que se indica que en ningún caso podrán trabajar personas menores de edad durante la jornada nocturna en establecimientos donde se produzcan, envasen, distribuyan, expendan o consuman bebidas alcohólicas¹⁹.

No obstante lo anterior, la Resolución 1796 de 2018 establece: “Los adolescentes entre 15 y menos de 18 años que hayan obtenido título de formación técnica o tecnológica expedido por el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) o por instituciones debidamente acreditadas para brindar formación técnica y tecnológica, podrán ser autorizados para trabajar en la actividad en la que fueron capacitados y podrán ejercer libremente la respectiva ocupación, arte, oficio o profesión, siempre que el contratante cumpla con lo establecido en el Decreto número 1295 de 1994, el Capítulo 3 del Título 6 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto número 1072 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo, en las Resoluciones 2346 de 2007 y 1111 de 2017, y en la Decisión 584 del 2004 Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo y la normativa vigente en seguridad y salud en el Trabajo”²⁰.

¹⁸ Resolución 1796 de 2018, Artículo 3.

¹⁹ Artículo 2.8.6.2.8. Compilado del artículo 13 del Decreto 120 de 2010.

²⁰ Resolución 1796 de 2018, Artículo 4.

De lo anteriormente descrito, se concluye: primero, los adolescentes y jóvenes tienen derecho a la educación en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad, siendo viable que se presenten contenidos diferenciados de conformidad con el nivel de desarrollo cognitivo; segundo, los establecimientos educativos tienen autonomía en el desarrollo de su proyecto pedagógico dentro del cual se definen los recursos docentes y didácticos disponibles y necesarios y la estrategia pedagógica y, tercero, los menores de edad tienen el derecho a escoger su profesión u oficio y, en caso de querer trabajar aun siendo menores de edad, deberán cumplir con todos los requisitos señalados en el marco legal y reglamentario vigente, lo que les implica contar con autorización de la autoridad administrativa del trabajo y los excluye de algunas labores, como en el caso de los establecimientos en donde se expendan bebidas embriagantes.

3.4. Análisis del programa Técnico en “Mesa y Bar”

La presente solicitud de concepto estuvo acompañada por la información general del programa de formación técnica titulada en Mesa y Bar, el cual, según el anexo adjunto remitido, se creó “para brindar al sector productivo de turismo y gastronomía, **la posibilidad de incorporar personal con altas calidades laborales y profesionales que contribuyan al desarrollo económico, social y tecnológico de su entorno y del país**, así mismo ofrecer a los aprendices formación en las tecnologías de la información y la comunicación”.

Entre las principales competencias que deben desarrollar los estudiantes en el marco de este programa se encuentran: (i) preparar bebidas de acuerdo con la solicitud del cliente; (ii) proveer alimentos y bebidas para lograr la satisfacción del usuario y las metas de ventas; (iii) servir a los clientes de acuerdo a los estándares establecidos; (iv) preparar bebidas basadas en café expreso de acuerdo con los criterios internacionales y normativos establecidos.

En el primer contenido curricular del programa, se resalta, como resultado del aprendizaje, que el estudiante sea capaz de organizar la materia prima y el material profesional para la preparación de bebidas, sugerir el vino o bebida según propuesta gastronómica, servir bebidas de acuerdo con pedidos recibidos, elaborar cocteles y bebidas mezcladas conforme con la solicitud del cliente, ejercer controles de equipos y materia prima en bar de acuerdo con el manual de procedimientos, clasificar los vinos según características mediante la identificación de marcas y tipos.

Los restantes contenidos curriculares del programa (ii), (iii) y (iv) se centran en la atención, orientación e información de los clientes, manejo de equipos, servicio de

alimentos y bebidas, preparación de bebidas basadas en café expreso; actividades estas, que no tienen relación alguna con la utilización o preparación de bebidas alcohólicas.

Como resultado de esta formación, el técnico profesional se capacita para identificar las necesidades del cliente, prestar el servicio y la atención, preparar bebidas, organizar áreas y proveer alimentos y bebidas, de acuerdo con los procedimientos técnicos y las políticas de servicio pertinentes. Es importante resaltar que el programa se enfoca en la necesidad de que el país cuente con personal especializado, capaz de atender la demanda creciente de una cultura gastronómica en el consumo de vino y café.

De lo anterior se desprende que, en efecto, el primer contenido curricular se vincula directamente con la preparación y servicio de bebidas alcohólicas, los demás contenidos curriculares se centran en la atención del cliente y la preparación de bebidas basadas en café, lo cual de forma integral compone el programa técnico antes referido.

4. Caso concreto

Para efectos de atender el cuestionamiento planteado por la Subdirección de Restablecimiento de Derechos, en primer lugar, es necesario aclarar que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF no tiene la competencia legal ni reglamentaria para responder o establecer la viabilidad o no de suspender un programa educativo del SENA, ya que es ese establecimiento público, el que en ejercicio de su autonomía como institución educativa, debe decidir acerca del desarrollo de sus propios proyectos pedagógicos y programas educativos.

No obstante lo anterior, se procederá a resolver el problema jurídico teniendo en cuenta el marco legal y las prerrogativas constitucionales que protegen los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes descritas a lo largo de este documento, las cuales se analizan a continuación.

Vale precisar que, de acuerdo con la solicitud, el programa en consideración se realiza en el marco de la integración con la Educación Media, *“para que los estudiantes de los grados 10 y 11 de los colegios, se formen a la par en su educación media y en una formación de nivel Técnico para que adquieran y desarrollen competencias laborales, que facilite su continuidad en la cadena de formación o su vinculación al sector productivo”*.

Con ese criterio, se vislumbra que el programa Técnico en Mesa y Bar tiene como finalidad dar herramientas para que los menores de edad desarrollen competencias en el ámbito profesional y así, puedan ejercer de manera libre la profesión u oficio de su interés. No obstante lo anterior, teniendo consideración que se trata de un programa en el cual los menores de edad pueden llegar a tener acceso y contacto con bebidas embriagantes se debe tener en consideración que la normatividad vigente el ordenamiento jurídico colombiano se encuentra orientada a la prevención y el acceso consumo de estas sustancias alcohólicas para esta población.

Así, como se señaló previamente, se ha generado un amplio bloque normativo cuyo objetivo es dar estricto cumplimiento a los mandatos constitucionales y supraconstitucionales que propugnan por la protección especial y prevalente de los niños. En consecuencia, cualquier medida que involucre el posible acceso, promoción y consumo de sustancias embriagantes a menores de edad, aún cuando se dé en el marco del ámbito académico y en aras de incentivar a los adolescentes para su desarrollo profesional, debe estar dentro de los límites que el legislador impone y los mandatos constitucionales que el ordenamiento jurídico busca proteger y maximizar en protección de la salud y la vida de los menores de edad.

Resulta de gran importancia traer a colación la “Estrategia Nacional de Respuesta Frente al Consumo de Alcohol en Colombia” proferida por el Ministerio de Salud en la que se mencionó alguno de los impactos adversos del alcohol en menores de edad y se resaltó que una de las principales manifestaciones del consumo de alcohol en Colombia se centraba en el alto consumo de alcohol que se registra actualmente entre la población más joven. Como se concluyó de dicho estudio, el acceso y consumo de alcohol puede tener consecuencias nefastas para la salud física y mental de los menores de edad. En ese sentido, las entidades del Estado deben propender por disminuir el riesgo de los menores de edad a sufrir daños garantizar su integridad física y mental.

En igual sentido, si bien nuestra Carta Política reconoce la autonomía que tienen las universidades o entidades de formación de establecer los programas educativos y los métodos de educación, esta no es absoluta pues debe ir acorde a los principios y valores constitucionales que el ordenamiento jurídico busca proteger y maximizar, como lo es el deber de proteger el interés superior del menor y su bienestar.

Bajo esa perspectiva, los instrumentos internacionales han impuesto un deber de protección especial por parte del Estado cuando se trate de asuntos relacionados con la prevención del consumo de sustancias psicoactivas y sicotrópicas de menores de edad. En efecto, se le impone al Estado la obligación de adoptar todas

las medidas necesarias para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas, como lo es el alcohol.

En consecuencia, las entidades del orden nacional están en la obligación de adoptar medidas apropiadas de protección y prevención para evitar el manejo de bebidas embriagantes a menores de edad. Esto supone que en lugar de establecer programas en los que se incluya el manejo y servicio de bebidas embriagantes, se procedan a generar alternativas que, por un lado, informen sobre los efectos nocivos del alcohol y promuevan otras áreas de conocimiento y de enfoque laboral.

En ese sentido, considera esta Oficina que la existencia de programas educativos en los que haya acceso y manejo de las bebidas embriagantes para los niños, niñas y adolescentes lleva a incentivar o promover el hábito de alcohol en menores de edad, lo cual se encuentra expresamente prohibido por la ley, los mandatos constitucionales y los instrumentos internacionales de los cuales el Estado colombiano es parte.

Conforme a esos antecedentes, se considera necesario que el proceso formativo planteado para cualquier programa educativo con bebidas embriagantes: (i) esté vedado para estudiantes que no hayan cumplido su mayoría de edad y, además, (ii) privilegie alternativas de estudio y práctica que eviten el acceso, promoción, utilización o uso de bebidas alcohólicas por parte de los estudiantes menores de edad.

El presente documento tiene naturaleza de concepto jurídico y constituye un criterio auxiliar de interpretación de conformidad con lo establecido en los artículos 26 del Código Civil y 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el artículo 1º de 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 de bienestar, 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 Artículo 6º del Decreto 987 de 2012.

Cordial saludo,

ÉDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica