

El Consejo Superior de la Judicatura, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, centro de formación inicial y continua de administración de justicia, en los términos del artículo 177 de la Ley 270 de 1996, desarrolla anualmente el Plan de Formación de la Rama Judicial para el fortalecimiento permanente de las competencias cognitivas y humanas de los servidores judiciales.

La formación judicial, como parte de los procesos de apropiación social del conocimiento, es una construcción conjunta entre formadores, discentes y autores de los materiales académicos para fortalecer las capacidades y habilidades de los funcionarios y empleados judiciales, enfocada a la práctica judicial para brindar una administración de justicia adecuada, pronta y efectiva para los ciudadanos, de cara a la realidad social colombiana.

Los módulos de formación autodirigida son materiales académicos que están a disposición de la comunidad judicial para permitir la actualización permanente de los servidores judiciales y facilitar el cumplimiento misional en las diferentes áreas básicas y especializadas de las distintas jurisdicciones, con el apoyo invaluable de la Red de Formadores, bastión fundamental de la formación judicial.

Mary Lucero Novoa Moreno
Directora
Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”



DERECHOS PREVALENTES DE LOS NIÑOS Y PROTECCIÓN JUDICIAL

Programa de Formación Básica



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

MÓDULO DE APRENDIZAJE AUTODIRIGIDO
PLAN DE FORMACIÓN DE LA RAMA JUDICIAL

DERECHOS PREVALENTES DE LOS NIÑOS Y PROTECCIÓN JUDICIAL

Programa de
Formación Básica

DERECHOS PREVALENTES DE LOS NIÑOS Y PROTECCIÓN JUDICIAL

PLAN DE FORMACIÓN
DE LA RAMA JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ
Presidente

DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA
Vicepresidenta

GLORIA STELLA LÓPEZ JARAMILLO
MARTHA LUCÍA OLANO DE NOGUERA
ÉDGAR CARLOS SANABRIA MELO
JORGE LUIS TRUJILLO ALFARO
Magistrados

ESCUELA JUDICIAL
"RODRIGO LARA BONILLA"

MARY LUCERO NOVOA MORENO
Directora



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

BEATRIZ HELENA GUZMÁN MOSQUERA

DERECHOS PREVALENTES DE LOS
NIÑOS Y PROTECCIÓN JUDICIAL

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA
ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”

ISBN: 978-958-52139-8-2

© **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, 2019**

Derechos exclusivos de publicación y distribución de la obra

Calle 11 No. 9A-24 piso 4

www.ramajudicial.gov.co

Impresión: Imprenta Nacional de Colombia

Carrera 66 No. 24-09. Tel. 457 8000

www.imprenta.gov.co

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

TABLA DE CONTENIDO

Convenciones	13
Presentación	15
Sinopsis del autor	17
Justificación	18
Resumen del módulo	19
Mapa conceptual.....	21
Módulo. Derechos prevalentes de los niños y protección judicial	23
Metodología del módulo	24
Unidad 1	
PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	25
Mapa conceptual	26
Introducción.....	27
Los derechos humanos y los derechos del niño.....	28
De la situación irregular a la protección integral	30
Origen de la teoría de la situación irregular	31
Las justificaciones para aplicar la situación irregular	33
Aplicación de la Teoría de la Situación Irregular	33
La intervención del Estado en las situaciones irregulares en que se encuentra el niño, niña o adolescente	34
El niño, niña o adolescente como objeto de protección en la situación irregular	35
La evolución de la Teoría de la Situación Irregular.....	35
NACIMIENTO DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL.....	37
El concepto de protección.....	37
La aceptación de los derechos para el niño	38
Desaparición de la propiedad privada.....	38
Reconocimiento público y político del niño.....	39
AVANCE DE LAS REFORMAS LEGISLATIVAS EN LATINOAMÉRICA	40

Responsabilidades de las entidades para el cumplimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.....	45
De la Protección integral en la vida de los niños, niñas y adolescentes.....	49
¿Qué significa prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes?	53
Antecedentes del carácter prevalente de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes	57
Unidad 2	
PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS PREVALENTES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CONTENIDOS EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN).....	67
Mapa conceptual.....	68
Introducción. Principios en la Convención sobre los Derechos del Niño.....	69
1. Principio de “No discriminación”	69
2. Principio del interés superior del niño (Artículo 3 CDN)	71
3. Principio del derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo (Artículo 6)	77
4. Principio de participación	82
Los derechos en la Convención sobre los Derechos de los Niños (CDN) ...	85
1. Derechos de provisión	85
2. Derechos de protección	86
3. Derechos de participación	87
La legislación colombiana y los principios fundamentales referentes a los niños	89
1 El principio de prevalencia de los derechos de los niños sobre los derechos de los demás	90
2. El principio de protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado	92
3. El principio del interés superior del niño	97
4. El principio de la dignidad humana	98
La dignidad humana en los instrumentos internacionales	103
1. En la Organización de las Naciones Unidas (ONU).....	104
2. En la Unesco.....	106
3. En la Organización Internacional del Trabajo (OIT)	106
4. En el Consejo de Europa.....	107
5. En la Unión Europea	108
6. En la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación de Helsinki	108
7. En el Sistema Interamericano	109
8. En la Organización de Unidad Africana (OUA)	109

Unidad 3

LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. SUJETOS ACTIVOS.....	115
Mapa conceptual.....	116
Introducción. Los derechos de los niños, las niñas y adolescentes “sujetos activos”	117
La legislación colombiana y los derechos de los niños	118
1. El derecho a la vida de los niños	118
2. El derecho fundamental de los niños a su integridad física o moral	122
3. El derecho a la tutela de la salud	125
4. El derecho a la seguridad social.....	126
5. El derecho al mínimo vital. Alimentos.....	128
6. El derecho del niño a tener una familia y a no ser separado de ella	130
7. El derecho del niño a la participación.....	135
8. El derecho del niño a ser escuchado.....	135
9. El derecho a la educación	137
10. El derecho a la recreación	138
11. El derecho del niño al cuidado y al amor	140
12. El derecho del niño a un nombre.....	144
13. El interés superior del niño	147
Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de protección constitucional reforzada.....	152
Del bloque de constitucionalidad	155

Unidad 4

PROTECCIÓN JUDICIAL	163
Mapa conceptual	164
Introducción. Protección judicial.....	165
Procesos especiales	167
1. Adopción	167
Definición.	168
Finalidad	169
Efectos jurídicos	171
Características de la Adopción.....	171
Modificación de la Ley 1098 de 2006/ Ley 1878 de 9 de enero de 2018 ..	173
Prelación de adoptantes colombianos.....	175
Acciones de reclamación.....	176
Adopción internacional.....	177

Etapas de la adopción	178
2. Permiso para salir del país	179
3. Alimentos.....	181
Características de la obligación alimentaria	182
Clasificación de los alimentos	184
Alimentos debidos.....	185
Duración de la obligación alimentaria	185
Proceso de alimentos se siguen las siguientes reglas	185
Alimentos en el Código de Infancia y Adolescencia. Trámite	186
4. Filiación.....	188
Desde el marco constitucional	188
Procesos de investigación e impugnación de la paternidad y la maternidad	190
Las pruebas científicas ADN en los procesos de filiación.....	194
APUNTES SOBRE LA LEGISLACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN AMÉRICA LATINA	198

TABLA DE ILUSTRACIONES

Tabla 1. Teoría de la Situación Irregular.....	36
Tabla 2. Normatividad en Latinoamérica.....	40
Tabla 3. Protección integral en Colombia.....	42
Tabla 4. Normas internacionales	58
Tabla 5. Protección integral.....	93
Tabla 6. Obligación familia, sociedad y Estado	94
Tabla 7. Principio de protección	95
Tabla 8. Línea jurisprudencial sobre dignidad humana y la autonomía individual.....	100
Tabla 9. Línea jurisprudencial sobre la dignidad humana y la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral	101
Tabla 10. Sentencias sobre el derecho del niño a tener una familia.....	133
Tabla 11. Derecho a tener una familia y no ser separado de ella	134
Tabla 12. Derecho del niño a ser escuchado	137
Tabla 13. Línea jurisprudencial sobre la filiación, enunciada en la Sentencia C-258/15 sobre impugnación de paternidad.....	145

CONVENCIONES

<i>Og</i>	<i>Objetivo general</i>
<i>Oe</i>	<i>Objetivo específico</i>
<i>Co</i>	<i>Contenidos</i>
<i>Ap</i>	<i>Actividades pedagógicas</i>
<i>Ae</i>	<i>Autoevaluación</i>
<i>J</i>	<i>Jurisprudencia</i>
<i>B</i>	<i>Bibliografía</i>

PRESENTACIÓN

El objetivo del Módulo Derechos Prevalentes de los Niños y Protección Judicial es recabar en la importancia de los fundamentos jurídicos utilizados por parte de los Jueces y Magistrados encargados de impartir justicia en asuntos en que se encuentren involucrados niños, niñas y adolescentes. Los derechos de los niños se han desarrollado en el Módulo desde el ámbito internacional con la Convención sobre los Derechos del Niño, siguiendo la legislación nacional con la Constitución Política y las normas específicas en el Código de Infancia y Adolescencia.

Por ello, se requiere exponer sobre los derechos prevalentes sustentados en el principio de la dignidad humana y en la que se fundamentan los derechos humanos iniciando desde el ámbito internacional hasta concluir en la legislación nacional. Los temas relacionados con los niños, las niñas y adolescentes, ha encontrado su fuerza en la Convención sobre los Derechos del Niño por lo menos, para los países que la suscribieron. Sin embargo, no ha sido fácil entender, aún hoy, el significado de la igualdad para la infancia. Cada versión se adecua según su punto de vista como en el sistema escolar, el cultural y medios de comunicación. Antes de la Convención, el sistema tutelar, imponía la voz del adulto y silenciaba la voz del niño.

El surgimiento del niño como sujeto de derechos tiene una connotación básicamente jurídica y según el país, una connotación jurídica administrativa, con lo cual se confía en generar una nueva perspectiva cultural entre los niños y adultos. En la normatividad vigente se encuentra como avance significativo el Bloque de Constitucionalidad, que ha permitido que innumerables situaciones de vulneración de derechos a los niños, las niñas y adolescentes se solucionaran.

La Convención sobre los Derechos del Niño, requiere que los países firmantes posibiliten a los niños, las niñas, adolescentes y a sus representantes el conocimiento de los procedimientos para acceder a la justicia civil, penal y administrativa.

Colombia ha suscrito y entrado en vigor hace aproximadamente 27 años la Convención sobre los Derechos del Niño, y con ello ha dado un paso al frente para actualizar y modernizar la legislación que a través de la protección integral permite que los niños, niñas y adolescentes sean tratados como sujetos de derechos. Sin embargo, muchas veces la realidad, refleja que la

dignidad humana y el respeto de los derechos a los niños, es vulnerado por el primer sistema protector: la familia, sin la intervención de la sociedad y con un Estado un tanto limitado para cumplir con los mandatos de la Convención.

A pesar de lo anterior podemos también concluir que la Convención y otros Tratados internacionales, establecen para todos los pueblos un instrumento de validez universal, que señala y permite exigir el respeto y observancia de los derechos de los niños y busca que ese cumplimiento se constituya en un mandato para los padres, para la sociedad y para el Estado, de la misma manera que los derechos humanos se garantizan para todas las personas independientes de su sexo, credo, raza o condición.

Ampliar las destrezas en el conocimiento de los Derechos Prevalentes de los Niños y la Protección Judicial de los jueces, magistrados y funcionarios de la Rama Judicial, será una manera de contribuir en la garantía y el ejercicio completo del goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

SINOPSIS DEL AUTOR

Beatriz Elena Guzmán Mosquera, Abogada de la Universidad Autónoma de Colombia, Especializada en Derecho de Familia, Universidad Externado de Colombia con Diplomado en Conciliación de la Universidad Javeriana.

El ejercicio de la profesión de Abogada en el Sector Público, lo realizó en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), inicialmente como Defensora de Familia, Responsable de Adopciones nacionales e internacionales, Coordinadora del programa de Responsabilidad Penal para Adolescentes (CESPA), Directora de Protección, Subdirectora General –e-. En el sector privado en docencia Universitaria en pregrado y posgrado, consultora externa en Centroamérica sobre Sistemas de Protección Nacional y Local de Protección en Honduras, participante en el dictamen de la Ley de Adopciones, Consultora para la Defensoría del Pueblo, actualmente asesora para el Programa de Adopciones en Colombia y países de la región en la Ong Adopsjonsforum Noruega. El módulo versa sobre los Derechos Prevalentes de los Niños y Protección Judicial, reiterando la importancia del ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

JUSTIFICACIÓN

El módulo de Derechos Prevalentes de los Niños y Protección Judicial atiende las mismas motivaciones que de modo general se sustenta en la formulación del macro currículo para el área que se trabaja en familia. Las dificultades que se evidenciaron en el taller de diagnóstico celebrado en Bogotá y que indicaron, los intereses y necesidades de los jueces de familia y funcionarios, siguen siendo el soporte principal al momento de desarrollar el presente módulo dentro del programa de capacitación y formación judicial que el Consejo Superior de la Judicatura pretende ejecutar a través de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

RESUMEN DEL MÓDULO

El documento está desarrollado en cuatro unidades, en una visión integral del Módulo, titulado Derechos Prevalentes de los Niños y Protección Judicial, señalando la premisa internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño y la normatividad interna, así como las sentencias más relevantes de las altas Cortes.

La Primera Unidad: Denominada Prevalencia de los derechos de los niños, presenta la evolución de los derechos humanos y la consecuente obtención y visibilización de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Muestra el recorrido de la teoría de la situación irregular hasta alcanzar la protección integral con sus conceptos novedosos de reconocimiento de como sujetos de derechos a la niñez y adolescencia, así como la prevalencia de sus derechos fundamentados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Salir del periodo del oscurantismo para los niños, niñas y adolescentes, permite que la propiedad privada que se había establecido sobre ellos, no solo del padre de familia sino de la sociedad y el Estado permite que se cambie su proyección y se vislumbre una nueva perspectiva para el ejercicio de los derechos de la infancia.

Colombia no fue ajena a la aplicación de la teoría de la situación irregular por más de 15 años, para luego dar un salto cualitativo, por demás demorado, frente a otros países de la región, que aprobaron los postulados de la Convención y los llevaron a sus legislaciones internas mucho antes para el reconocimiento pleno de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Para el cumplimiento de los mandatos de la Convención se requieren de estrategias y programas para hacer efectivo el ejercicio y goce de los derechos, así es pertinente, determinar qué entidades estatales y privadas hacen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF) que no tiene otro fin, más que movilizar el estamento oficial y privado para que se cumplan las responsabilidades asignadas con respecto a los derechos de la niñez y adolescencia.

En la Constitución Política, se encuentra el arraigo de la protección integral derivada de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Corte Constitucional, se ha encargado de dar un énfasis importante en al desarrollo de los principios, derechos y normas legales que protegen al presente y futuro de un país: los niños, niñas y adolescentes.

La Segunda Unidad: Establece el reconocimiento y promoción de los principios y derechos de los niños, las niñas y adolescentes en las disposiciones que se elevan como normas especiales y de orden público, en la Convención sobre los Derechos del Niño y el Código de la Infancia y la Adolescencia y de aquellas que se han expedido con un enfoque de integralidad para la gestión del Estado a través de sus diferentes instancias.

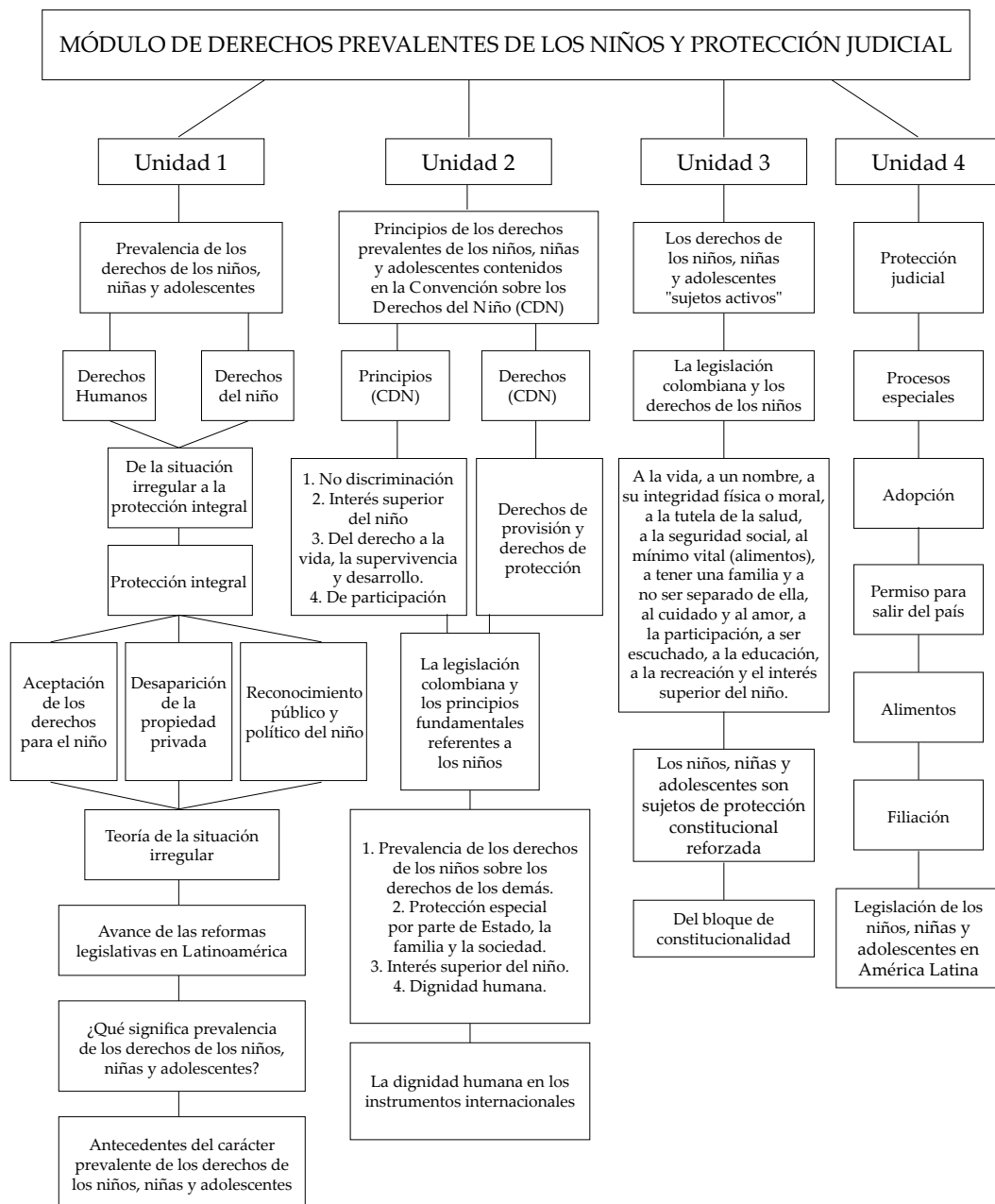
La relevancia del principio de la dignidad humana está sustentada en todos los Convenios y Tratados internacionales de los cuales hacen parte los derechos humanos independientes de sus diversos componentes. Así, los principios fundamentales y los derechos contenidos en la Convención son los parámetros para que las normas internas del país concluyan con la garantía de derechos.

La Ley 1098 de 2006 Código de Infancia y Adolescencia, consolida desde el marco legislativo la intención de la Convención sobre los derechos del Niño, que reafirma el marco de la Protección Integral como eje del desarrollo de acciones para el bienestar de la población infantil y adolescente en el país. En esta unidad se hace énfasis en los contenidos de la legislación colombiana desde el punto de vista de los principios fundamentales que orientan el quehacer jurídico.

La Tercera Unidad: Busca desarrollar una aproximación a los derechos de los niños, las niñas y adolescentes como sujetos activos, de acuerdo al enfoque constitucional colombiano y la relevancia del principio de la dignidad humana que aparece en cada uno de los contenidos de aquellos. En consecuencia, han sido y continúan siendo varios los retos que propone la ley a los ciudadanos colombianos, a los responsables institucionales, a los mismos niños, niñas y adolescentes. De otra parte, el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos exige de la autoridad competente la agilidad y la oportunidad para promover una verdadera protección integral.

La Cuarta Unidad: Presenta el tema de la protección judicial y se relaciona con las acciones inmediatas constitucionales y los aspectos más sobresalientes de los procesos de adopciones, alimentos, permiso para salir de país y la filiación y concluye con unos comentarios sobre la legislación sobre los niños, niñas y adolescentes en América Latina.

MAPA CONCEPTUAL



MÓDULO. DERECHOS PREVALENTES DE LOS NIÑOS Y PROTECCIÓN JUDICIAL

<i>Og</i>	Establecer los avances legislativos de orden Constitucional, Convencional, legal y jurisprudenciales más significativos con los cuales el juzgador va a resolver los casos de los niños y niñas.
-----------	--

<i>Oe</i>	Distinguir las diferentes etapas que han dado a lugar a la protección integral desde la Constitución, los Tratados y Convenios Internacionales que tienen fuerza vinculante para el ordenamiento jurídico colombiano y la legislación en infancia y adolescencia vigente.
-----------	---

METODOLOGÍA DEL MÓDULO

El cumplimiento de los objetivos trazados en la importancia de esta proposición obedece a la utilización constructivista, a través de la cual se utilizan los casos prácticos y la reflexión sobre la propia experiencia, permitiendo avanzar en su formación. Se utiliza la siguiente estructura metodológica:

1. Estudios de caso.
2. Se realizan análisis de las normas.
3. Plantea discusiones, problemas y preguntas acerca del tema.
4. Propone espacios de reflexión individual o colectiva.
5. Describe una bibliografía básica sobre los temas.

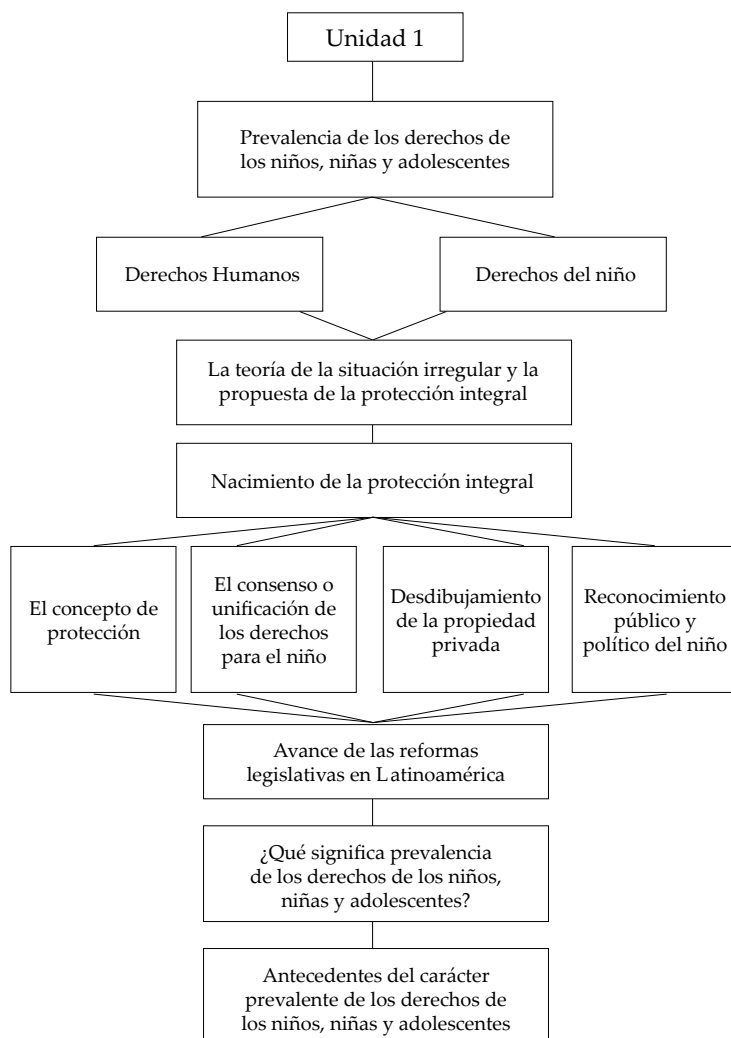
Las unidades inician con una presentación sobre los objetivos y se avanza dentro del contenido del texto, incluyendo reflexiones y preguntas que permiten avanzar hasta culminar con una recapitulación, encontrando al final las actividades pedagógicas y la autoevaluación. Finalmente se encuentra la enunciación de jurisprudencia y la bibliografía.

Unidad 1

PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

<i>Og</i>	Identificar los aspectos jurídicos en cuanto a la prevalencia de los derechos de los niños establecidos en Colombia para garantizar la protección integral.
<i>Oe</i>	Establecer los principios que la ley consagra para la aplicación de las normas sobre la prevalencia de derechos y protección integral para los niños, niñas y adolescentes.

MAPA CONCEPTUAL



INTRODUCCIÓN

La historia de los niños, niñas y adolescentes, tiene otra historia desde que la Convención sobre los Derechos del Niño, irrumpe en el campo social y jurídico. Esta nueva perspectiva para tratar a quienes se les conocía de manera peyorativa como menores con poco valor, o casi nulo, propone un cambio específico en la valoración de la infancia, de tal manera que el método de corrección utilizados por los padres a sus hijos se viene flexibilizando y en lo social aparecen elementos de progreso en el ámbito de la supervivencia y desarrollo. Así, los derechos de los niños, niñas y adolescentes se enuncian y se repiten diariamente en un discurso pedagógico y humanitario, ante todo para socializar los abusos y maltratos que aún persisten, pero no necesariamente, se conoce o se ha interiorizado que significa que el niño sea sujeto de derechos.

Es significativo que el concepto de derechos humanos se encuentre arraigado en las Convenciones y Tratados internacionales, siendo este concepto el soporte del principio de la dignidad humana, por lo tanto, se destaca la Convención sobre los derechos del Niño, que contiene los estándares mínimos de reconocimiento y garantía de cumplimiento y respeto de los derechos humanos de la infancia.

Se registra una evolución pausada frente al reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, la teoría de la situación irregular alcanza su cumbre criminalizando la pobreza y logra intervenir a las familias e hijos negativamente generando más disfuncionalidad al interior de aquella. La legislación en América Latina fue cruzada por esa teoría absolutamente tutelar. Una vez superada la etapa anterior, surge el reconocimiento de los niños como sujetos de derechos con todas las consecuencias que ello implica en la protección integral.

LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS DERECHOS DEL NIÑO

Los derechos del niño son en realidad tanto derechos humanos como derechos específicos. La conceptualización de los derechos específicos o definidos está determinada por las dificultades que han existido para los grupos vulnerables o marginados para disfrutar el ejercicio de sus derechos. De manera específica, la protección de los niños determina la conservación de la especie en el presente y en el futuro. Para la mayoría de los países el surgimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño, resulta en una construcción colectiva y se plasman también los derechos civiles, políticos, económicos y culturales. Si se desconoce el contenido de los principios y preceptos de la Convención, fácilmente puede pensarse que los derechos de los niños, las niñas y adolescentes no son útiles.

Luego de un largo y difícil camino, surge la Declaración Universal de 1948, que resulta de la fallida Sociedad de Naciones en 1919, que buscaba evitar conflictos internacionales y de tener presentes a los casi 50 millones de muertos en las dos Guerras Mundiales. Es en 1942, cuando en cumplimiento de la Declaración de las Naciones Unidas, un número importante de países aseguraron permanecer unidos para fundar una organización internacional que promoviera la paz en el mundo. Así nace la Organización de las Naciones Unidas (ONU), surgen formalmente y de manera internacional los derechos humanos. De tal manera, que se elabora una Declaración que contenía en su momento, los principios o normas generales de los derechos humanos y también la Convención que contienen en sí los derechos y limitaciones con respecto a estos derechos.

Así el contenido de la Declaración de los Derechos Humanos en su artículo 2, muestra:

“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”

Lo anterior permite afirmar que se está en presencia del principio de la universalidad, válida para todas las personas sin condición alguna.

La indivisibilidad y la interdependencia surgen a raíz de la promulgación en occidente sobre que los derechos civiles y políticos eran de observancia obligatoria, un tanto superiores a los derechos progresivos. Sin embargo, la Asamblea General ONU, se pronunció y estableció que las libertades cívicas y políticas y el de los derechos económicos, sociales y culturales son vinculantes entre sí y se condicionan recíprocamente. Hasta este momento histórico, los niños continúan siendo invisibles, pues la sociedad está marcada por una tutela patriarcal.

De acuerdo a lo anterior, y como lo manifiesta Manfred Liebel (2006), la respuesta a esa invisibilidad de los niños, las niñas y adolescentes se encuentra en el surgimiento de la revolución industrial, la cual excede la utilización de mano de obra laboral infantil, lo que condujo a las críticas de la opinión pública en su tiempo. Así se encuentra que el origen de los derechos humanos, surge por la reclamación de libertades ciudadanas y, por otra parte, la Declaración de los Derechos del Niño nace de la reclamación de los derechos de protección para los niños, no de la aspiración de obtener libertades.

El castigo en todas sus formas, hoy es visto como una manera inadecuada de corregir y orientar a los niños, las niñas y adolescentes. Una mirada desde la perspectiva del adulto hacia los niños hace que la relación sea distinta, una correspondencia en el respeto de derechos. Avanzar en la forma de ejercer el derecho de la corrección en los niños, se debe a los adelantos en la noción de los derechos de estos, y se da a través de los siguientes instrumentos internacionales de la doctrina de los derechos humanos en el siglo XX: Declaración de Ginebra 1924, la Declaración de los Derechos del Niño 1959 y la Convención sobre los Derechos del Niño 1989.

Sin embargo, los derechos del niño, no siempre ocuparon un lugar de importancia, para ello, tuvieron que atravesar periodos de oscurantismo jurídico que los llevaron a ser considerados menos que un objeto, y posteriormente tuvo que causarse sucesos que hicieron que el niño ocupase el sitio privilegiado que hoy las normas consagran a su favor como sujeto pleno de derechos.

DE LA SITUACIÓN IRREGULAR A LA PROTECCIÓN INTEGRAL

Comprender como fue el paso de la transición de la teoría de la situación irregular, como nació, cómo se fundamentó por tanto tiempo, sus desventajas para la niñez con la forma de intervención del Estado, implica repasar históricamente su evolución hasta culminar en la teoría de la protección integral.

ORIGEN DE LA TEORÍA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR

Por lo general y como lo expresa Bacares (2012), se ha establecido que su creación fue generada por iniciativa estatal, pero los hechos registran un suceso originado en la ruptura en el modelo penal retribucionista impulsado por un sector de la sociedad civil en Estados Unidos, durante el último tercio del siglo XIX.

Para el momento histórico, existe un sistema punitivo que no discrimina en la sanción y su cumplimiento, cuando era impuesta a un adulto o a un niño. Los apremios internos de movimientos sociales específicamente del Movimiento de Salvación de los Niños, presionaron una reforma judicial, debido a que los menores de edad, al ser privados de la libertad, eran confinados junto con los adultos, lo anterior tenía como resultado el hacinamiento, los abusos y la promiscuidad. Por lo tanto, la petición a las autoridades, era el establecimiento de sitios de reclusión propios para la población menor de edad y que se diferenciara de la legislación de los adultos. Surge en Norteamérica en 1889, la normatividad del Código del Menor y para instrumentalizarla se crea el Tribunal de Menores. Así nace la operatividad de la Teoría de la Situación Irregular.

Con esta instrumentalización se está presente ante la intervención del Estado de manera indiscriminada en la vida de los menores de edad y de manera particular en los protagonistas de infracciones penales; por tanto, las gestiones estatales se establecen en que tales acciones eran elaboradas solamente por la voluntad del infractor. Para nada se tenía en cuenta la condición económica o afectiva del menor de edad y que tales condiciones no se podían atribuir a su voluntad.

El resultado fue una reforma judicial y el establecimiento de una atención diferenciada de los menores de edad infractora en Norteamérica y se concluía sobre la inconveniencia que el adolescente residiera con adultos preparados en la criminalidad, de nada valdría que luego de encontrar la libertad, se concibiera una patologización de la vida delincuencial debido a las mínimas oportunidades que el Estado ofrecía en ámbitos como la educación y la formación laboral. Por lo tanto, surgen los postulados de la teoría de la situación irregular centrados en el control y la vigilancia del menor de edad, en todos los ámbitos en los cuáles se desenvolvía: la familia, la escuela, en

lo público, así, esta normatividad, no solo abarca a quienes institucionaliza, ahora sí, en centros individualizados de reclusión para infractores, también se extiende a los demás, que se encuentren en situaciones en las que no cuentan con la satisfacción de las necesidades básicas, con ello, la intervención estatal criminaliza la pobreza.

LAS JUSTIFICACIONES PARA APLICAR LA SITUACIÓN IRREGULAR

Los intelectuales penales en su época, no tuvieron mayor reparo en argumentar las motivaciones que pretendían reproducir todas las teorías tutelares hacia los menores de edad y establecían las siguientes premisas: (i) el control y vigilancia social; con lo cual se buscaba exponer que la reclusión en centros especiales favorecía a la comunidad de aquel niño peligroso o sea, los que ya habían infringido la ley penal y se requería llevar a los centros a aquel con conducta difícil o por carecer de una familia económicamente responsable, que evitara que este contraviniera a futuro la ley penal, por lo tanto, el hijo de la pobreza, representa un riesgo para la sociedad, esta es una importante motivación para el surgimiento de la situación irregular, (ii) el etnocentrismo y la biología del pobre, resumido el primero de ellos, como la cultura de lo distinto, se encuentra desde la conquista el imaginario de lo primitivo e inferior. Por lo tanto, crecer en condiciones de pobreza era una de las características del estado biológico. Así la corriente del positivismo visto como una responsabilidad individual (bioantropológica) concluye en el siglo XIX y en parte del siglo XX en el perfil del delincuente de Lombroso. En conclusión, se establecen las bases para promover la institucionalización de la infancia y adolescencia en condiciones de pobreza, con lo cual se pretende prevenir el surgimiento del delincuente del futuro tomando como referente de castigo, su físico y las condiciones de su familia¹.

APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR

Se facilita la aplicación de la normatividad para el menor de edad, acogiendo los contenidos de la legislación civil, donde reposaba la división de tratamiento jurídico: uno para las personas adultas o sea capaces de actuar y el menor de edad a los cuales se les atribuía una incapacidad propia para decidir, por lo tanto, dependían jurídicamente de otro para representarse y que sus actos o negocios, obtuvieran fuerza legal.

De tal manera que del derecho civil se toma el conocimiento que todo menor de edad, para que sus actos tengan un efecto, es necesario un acompañamiento tutelar debido a su incapacidad, en principio son los padres y en subsidiariedad le corresponde intervenir la Estado con las tutelas y curatelas².

1 Levy-Bruhl, Lucien (1974). *El alma primitiva*. Editorial Península. Barcelona.

2 Tejeiro López, Carlos Enrique (2005). *Teoría General de la Niñez y la Adolescencia*. Universidad de los Andes. Bogotá, p. 17.

Por lo tanto, la legitimización por parte del Estado para intervenir el ámbito familiar, se sustenta en las figuras jurídicas antiguos como la del “Parents patrie” o el principio de Subsidiariedad, (cuando los padres o responsables se encuentran ausentes, por tanto, al encontrarse sin esa representación, el niño, niña o adolescente, se encuentra en una situación irregular), que trata del cuidado de los incapaces para cuidar de sus bienes y sus intereses, así lo expresa Tejeiro López (2005). Por eso, el Estado se subroga el derecho de proteger al niño cuando considera que este se encuentra en peligro, por la falta de responsable para su cuidado, así se termina por corregir las posibles conductas que lesionan al niño.

LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LAS SITUACIONES IRREGULARES EN QUE SE ENCUENTRA EL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE

La generalidad de la legislación de los niños, niñas y adolescentes, en América Latina, esta cruzada casi que por las mismas situaciones definidas como irregulares, entre ellas se mencionan las siguientes, también contempladas para Colombia en el derogado Código del Menor –Decreto 2737 de 1989–:

1. Que se encuentre en situación de abandono o peligro material o moral
2. Carezca de la atención suficiente para la satisfacción de las necesidades básicas
3. Su patrimonio se encuentra amenazado por quienes lo administran
4. Haya sido el autor o partícipe de una infracción penal
5. Presente deficiencia física, sensorial o mental
6. Ser adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en la adicción
7. Ser trabajador en condiciones no autorizadas por la ley
8. Se encuentre en situación especial que atente contra todos sus derechos o integridad

Le asiste la razón a García Méndez (1998), al afirmar que los contenidos de la situación irregular, criminalizaba la pobreza cuando señala como sujetos pasivos al niño, niña y adolescente que se encontraba en abandono o soportando la carencia económica. Con lo anterior, la legislación opta

por soluciones individuales y sustrae de la responsabilidad al Estado de la formulación de políticas públicas al crear un modelo de contención o barrera para las familias y niños que se encontraran por fuera del contexto social por excelencia. Son las situaciones ya enumeradas sobre las que tienen un interés específico el Estado, las demás que se sucedan no son de relevancia, pues suceden al interior de la familia.

Pilotti (2006) deja dentro de todas las críticas, un voto positivo de la situación irregular, afirma que esta logra por primera vez, que se intervenga desde el Estado al ámbito privado: la familia, para revisar qué sucedía allí con el niño, la niña y el adolescente, por lo menos en las circunstancias ya enunciadas.

Con la amplia discrecionalidad del Juez y los conceptos de incapacidad sobre el niño, niña o adolescente, las alternativas que quedan por establecer son la institucionalización o privación de libertad, la amonestación a los padres, la custodia a un tercero (pariente) o la iniciación de los tramites de la adopción.

EL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE COMO OBJETO DE PROTECCIÓN EN LA SITUACIÓN IRREGULAR

La situación del menor de edad en situación irregular, se encontraba bajo la tutela del funcionario judicial o administrativo, quienes establecían decisiones sin participación alguna de aquellos, esto es posible, porque la legislación de menores de edad, en su momento, daba por entendido que los mandatos vigentes constitucionales se encontraban implícitos en el texto, en su lugar las categorías o situaciones, ya enunciadas, eran vagas e imprecisas, por tal, en el ámbito penal, el adolescente infractor se encontraba sin acceso a su expediente ni vigilancia a sus derechos.

LA EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR

Con todo, la Teoría de la Situación Irregular se propago por Europa y América Latina no fue su excepción. Se citan algunos países y sus fechas de aparición de la Legislación, con ello se homogeniza el tratamiento a la infancia.

Europa. Inglaterra, 1905; Alemania, 1908, Portugal, 1011; Hungría, 1911; Francia, 1912; España, 1924.

América del Sur. Argentina, 1919; Brasil, 1927; Uruguay, 1934, Venezuela 1939, Perú 1962, **Colombia 1989.**

En Colombia la Teoría de la Situación Irregular llegó de la mano de los siguientes contenidos:

TABLA 1. TEORÍA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR

NIÑOS Y NIÑAS Y ADOLESCENTES OBJETOS DE PROTECCIÓN
Se aplica únicamente a los menores de edad que se encuentran en desventaja económica, social afectiva, física o moral.
La respuesta desde esta doctrina a las situaciones en las que se pueden encontrar los niños, es mayoritariamente <u>asistencialista y judicial</u> , especialmente la de los infractores a la ley penal.
La intervención se realiza (Juez o Defensor de Familia) cuando se considera que hay <u>“peligro material o moral”</u> (concepto impreciso), lo cual permite <u>“disponer del niño, tomando la medida más conveniente y por tiempo indeterminado”</u> . Discrecionalidad prácticamente absoluta de las autoridades administrativas (Defensores de Familia) y judiciales.
Marcada <u>tendencia a judicializar</u> los problemas de índole social, asistencial y cultural. (Adicción, prostitución, trabajo infantil, criminalización de la pobreza).
Considera como <u>abandono</u> no sólo la falta de padres, sino también situaciones generadas por la pobreza del grupo familiar, dando lugar a la separación del niño de su entorno.
No contempla autoridades competentes de <u>inspección, vigilancia y control</u> .

NACIMIENTO DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

La protección integral se inicia con la Convención sobre los Derechos de los Niños 1989, tiene su construcción casi que en tiempos paralelos con las “Reglas Mínimas en las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil, Reglas de Beijing. Las reglas Mínimas de las Naciones unidas para los jóvenes privados de libertad. Las directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia – Directrices de Riad-. Estos tres últimos instrumentos están direccionados en alcanzar el respeto de los derechos de los infractores a la ley penal y propenden porque la privación de la libertad sea el último recurso. Son instrumentos que se ocupan de los menores de edad infractores.

Así como lo manifiesta Bacares (2012) sobre la diferencia entre estos instrumentos y la Convención sobre los Derechos del Niño, está marcada por que en las enunciadas el tema es explícito. En la Convención nace la Protección Integral, aunque no hay un artículo que se les defina sino a través de la hermenéutica, en que se encuentra esa categoría. Esta es una guía que se adentra en la incorporación de: a) principios generales básicos del derecho y b) promueven nuevas leyes nacionales en relación a aquellos principios. Se genera así un sistema único para toda la infancia.

Para recordar: **¿Cuáles son los elementos significativos de la protección Integral?**

EL CONCEPTO DE PROTECCIÓN

Si en la Situación Irregular lo que se pretendía en últimas era un control social de la infancia, buscando proteger el futuro de la sociedad (de pandillas y delitos) en la Protección Integral, además de intervenir en la vulneración, en el daño, en la infracción, se da una atención manifiesta en las causas, los factores de riesgo y precipitantes que lesionan a la infancia.

En la Convención, se encuentran dos niveles de acción oficial: Bacares (2012):

- a) El diagnóstico de las causas estructurales que conllevan a la negación de los derechos: requiriendo la prevención antes de que sucedan los hechos por parte de las entidades encargadas de monitorear los derechos.

- b) La disposición para actuar ante las situaciones que pueden ser impredecibles o para aquellas ante las cuales no se actuó para reparar la situación de vulneración.

El motivo para que surjan estos dos niveles que sustentan la Protección Integral, es dejar atrás la acción tutelar y el señalamiento de contados derechos aparentemente protegidos - alimentación, educación y salud- y entra en el significado de garantía y defensa de todos los niños, las niñas y adolescentes en su derechos inscritos, pactados y reconocidos en la Declaración Universal de 1948 que toman de manera particular una identidad para la infancia en la Convención.

La definición de la Protección Integral como las “actividades continuas y permanentes encaminadas a proporcionar el desarrollo integral”³ puede establecerse así: a) el niño es protegido de manera sistemática, no momentánea, b) que el desarrollo humano supera la esfera de lo sicomotor o fisiológico. Se asume el desarrollo como el potencial ciudadano, con derechos civiles, sociales, económicos y culturales.

LA ACEPTACIÓN DE LOS DERECHOS PARA EL NIÑO

Lo importante es que la Convención se ocupa de establecer que los derechos de los niños, niñas y adolescentes son de larga duración, eso es, que gozan de la categoría de ciudadanía. Si el estado cumple con la protección a los Derechos Humanos en consecuencia cumple con la protección de todos los niños, niñas y adolescentes. Atrás queda la parcialización asistencial y represiva en que sobrevivían los hijos de la pobreza. Así es que se explica la frase sobre el niño “como sujeto de derechos al ser reconocidos como portador de ellos por la sociedad y el Estado”⁴.

DESAPARICIÓN DE LA PROPIEDAD PRIVADA

La concepción que el niño es única responsabilidad de la familia y como garante dominador el padre de familia tiene una mirada bastante autocrática. Este espacio se fractura por: a) las relaciones de dominación pueden ser intervenidas o mediadas por el Estado, el niño tiene ahora derechos y b) se

3 Tejeiro-López, C. E. (2005). *Teoría general de niñez y adolescencia*. Universidad de los Andes. Bogotá. p. 17.

4 *Ibíd.* Tejeiro-López, p. 17. Desde la internacionalización de los DD. HH. en 1948 queda establecido... para que la libertad, justicia y paz, tengan sustento y puedan realizarse es deber indispensable el reconocimiento de la dignidad y de los derechos inalienables para todos.

imponen las relaciones de cooperación y, por lo tanto, todos los miembros de la familia son iguales.

RECONOCIMIENTO PÚBLICO Y POLÍTICO DEL NIÑO

La responsabilidad no es solo de la familia, lo es también de la sociedad y el Estado. El niño está inmerso en el mundo, no aislado. Es un sujeto social. No se admite culpabilizar individualmente al niño.

AVANCE DE LAS REFORMAS LEGISLATIVAS EN LATINOAMÉRICA

TABLA 2. NORMATIVIDAD EN LATINOAMÉRICA

PAÍS	NORMA
Argentina	Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes 2005.
Bolivia	Código del Menor 1992 Reformado con el Código del Niño, Niñas y Adolescente 1999.
Brasil	Estatuto del Niño y del Adolescente 1990.
Chile	Se perfecciona el Código del Menor 1979. Sin mayor avance.
Colombia	Código de la Infancia y la Adolescencia 2006.
Ecuador	Código del Menor 1992- Reformado con el Código de la Niñez y Adolescencia 2002.
Paraguay	Código de la Niñez y la Adolescencia 2001.
Perú	Código del Niño y Adolescente 1992.
Uruguay	Código de la Niñez y la Adolescencia 2004.
Venezuela	Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente 2000.

Se destaca algunos preceptos en el Código del Menor colombiano que rigió en su momento y se compara con la protección integral:

No se desarrolla el concepto de constitucionalidad
No precisa las obligaciones que tienen con la infancia y la adolescencia, la familia, la sociedad y el Estado.
Se aplica únicamente a los niños que se encuentran en desventaja económica, social afectiva, física o moral. (Forma Singular). La percepción sobre los niños es que son objetos de protección.

La respuesta desde esta doctrina a las situaciones en las que se pueden encontrar los niños, es mayoritariamente asistencialista y judicial, especialmente la de los infractores a la ley penal.

La intervención se realiza (Juez o Defensor de familia) cuando se considera que hay “peligro material o moral” (concepto impreciso), lo cual permite “disponer del niño, tomando la medida más conveniente y por tiempo indeterminado”. Discrecionalidad prácticamente absoluta de las autoridades administrativas (Defensores de familia) y judiciales.

La tendencia era a judicializar los problemas de índole social, asistencial y cultural, se considera como abandono no sólo la falta de padres, sino también situaciones generadas por la pobreza del grupo familiar, dando lugar a la separación del niño de su entorno familiar y social.

La responsabilidad de lo que sucediera con el niño era señalada en cabeza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Traza la protección para niños en situación irregular, como política distributiva y desconoce la prevención como mecanismo fundamental para intervenir la dinámica de los fenómenos sociales. no se desarrolla el tema de políticas públicas, ni responsables ni sanciones ante su incumplimiento

Deja una concentración de funciones de investigación y juzgamiento en el juez de menores, se presenta una ausencia de principios y garantías procesales.

Las facultades otorgadas por el Código el Menor, eran de orden discrecional y las responsabilidades en cuanto a las decisiones sobre la vida de la niñez y adolescencia se evaporaban en la difusa y poco concreta protección que ofrecía el Estado.

TABLA 3. PROTECCIÓN INTEGRAL EN COLOMBIA

EN EL SISTEMA COLOMBIANO, SE CONTEMPLA ENTRE OTROS, LOS SIGUIENTES PARÁMETROS DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL
Doctrina de la protección integral.
Convención sobre los Derechos del Niño. Ley 12 de 1991.
Consagra explícitamente principios como la prevalencia de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes, cuando se encuentren en conflicto con otras personas, la irrenunciabilidad y preferencia de las normas contenidas en la Ley; la protección integral; el concepto de Interés Superior del Niño; la corresponsabilidad de los actores de la protección y garantía; la perspectiva de género; la responsabilidad parental; la especificidad reconocida a los niños, niñas y adolescentes de los grupos étnicos y el deber de vigilancia del Estado.
La Constitución Política. Precisa las obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado; tal como lo señalan los artículos 42 y 44 niños, niñas y adolescentes, son sujetos plenos de derechos, considerados personas autónomas, titulares de derechos y deberes.
Se aplica a la totalidad de los niños, niñas y adolescentes, sin importar la situación en la que se encuentren.
La respuesta desde la garantía y restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes, se manifiesta a través de políticas públicas con enfoque de derechos, poblacional y territorial, así se encuentra contemplado en la Ley 1098 de 2006.
El Defensor de Familia no podrá decretar la adoptabilidad de niños o niñas por causas atribuibles a la pobreza. El juez solo interviene cuando se trata de problemas jurídicos o conflictos con la ley penal, no puede tomar cualquier medida y si lo hace, debe determinar su tiempo de duración. Se establecen límites claros para las actuaciones de las autoridades y garantías para los niños beneficiarios. El Estado interviene a nivel nacional, departamental y municipal, como promotor de bienestar a través de políticas públicas sociales, básicas (educación, salud) y de protección.
La situación económico— social nunca puede dar lugar a la separación del niño de su familia. Constituye por el contrario, un llamado para apoyar a la familia en programas de salud, vivienda, educación...etc.

EN EL SISTEMA COLOMBIANO, SE CONTEMPLA ENTRE OTROS, LOS SIGUIENTES PARÁMETROS DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL

Consagra todas las garantías sustanciales y procesales, especialmente la defensa técnica y la segunda instancia por vía legal, para preservar el principio del Debido Proceso. Establece claramente cuáles son las funciones del Defensor de Familia y del apoderado, con lo cual se garantiza la defensa técnica de los infractores responsables penalmente; conservando el Defensor de Familia su función de protección y garantía de derechos. Se crea el sistema especializado de responsabilidad penal para adolescentes (Fiscalía especializada – Jueces penales para adolescentes y se crea la segunda instancia especializada, que incluye la separación de funciones y la posibilidad de recurrir en casación ante la Sala Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia.

Establece los principios rectores que orientan la protección integral, la responsabilidad, la competencia y los procedimientos para garantizar los derechos y el desarrollo integral de los niños y niñas y adolescentes e introduce la necesidad de una política de prevención como línea de base de la protección integral y con respecto a los problemas de asistencia social son intervenidos desde la política pública, pero descentralizadamente, multisectorialmente con participación del Estado, la familia, la comunidad, las ONG, entre otros. Desarrolla el principio del interés superior del niño como el estricto respeto y máxima satisfacción de sus derechos frente a cualquier circunstancia o decisión.

Las medidas de protección se aplican ante la amenaza o vulneración de los derechos del niño, niña o adolescente, en ausencia, abuso u omisión por parte de su familia, representantes legales o personas responsables de su cuidado, por acción u omisión por parte del Estado o la sociedad, de las responsabilidades señaladas en la Constitución Política o en la ley, o por razón de la conducta del mismo niño, cuando ella amenace o vulnere sus derechos, los derechos de los demás o el orden jurídico (Infractor). Precisa las autoridades competentes para hacer la inspección, vigilancia y control (Procuraduría, Contraloría, Defensoría, Personerías y entidades administrativas y la sociedad civil organizada) artículos 40 y 103 de la C. P.

Las medidas tienen como fin garantizar el pleno desarrollo físico y psicosocial del niño, niña o adolescente, y su integración familiar y social, de otra parte y de manera novedosa, establece y desarrolla el principio de corresponsabilidad o de responsabilidad concurrente, no excluyente ni subsidiaria, entre el Estado, la sociedad y la familia, frente a la efectividad de los derechos del niño, niña o adolescente.

La política de inversión en pro de la infancia se instituye claramente como prioridad en las agendas del sector público, el mandato establece responsabilidades tanto a los entes territoriales, como a las organizaciones de la sociedad.

Todo lo anterior, se encuentra entrelazado con la definición de las Políticas Públicas en infancia y adolescencia, consagrado en el artículo 201 de la Ley 1098 de 2006:

“como el conjunto de acciones que adelanta el Estado, con la participación de la sociedad y de la familia, para garantizar la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

Las políticas Públicas se ejecutan a través de la formulación, implementación, evaluación y seguimiento de planes, programas, proyectos y estrategias”.

Así mismo, el artículo 205, establece que el ICBF es el ente rector del SNBF y tiene a su cargo la *“articulación de las entidades responsables de la garantía de los derechos, la prevención de su vulneración, la protección y el restablecimiento de los mismos, en los ámbitos nacional, departamental, distrital, municipal y resguardos o territorios indígenas.*

El Consejo Nacional de Política Social atendiendo los lineamientos y recomendaciones del Departamento Nacional de Planeación es el ente responsable de diseñar la Política pública, movilizar y apropiar los recursos presupuestales destinados a garantizar los derechos de los niños, niñas y los adolescentes y asegurar su protección y restablecimiento en todo el territorio nacional”.

El ICBF, como ente rector y coordinador del sistema, promueve el direccionamiento y articulación de las acciones que las entidades responsables lleven a cabo para garantizar el restablecimiento de derechos cuando estos se encuentren amenazados, inobservados o vulnerados, por lo tanto, es responsabilidad del ICBF en el marco del SNBF: (i) dar línea de política, estándares de monitoreo y seguimiento, (ii) direcciona a todos los agentes responsables de la protección integral (iii) le corresponde ejercer la secretaría técnica del Consejo Nacional de Política Social y del Comité Ejecutivo del SNBF, (iv) coordina la realización de las Mesas de Infancia, Adolescencia y Familia en los territorios y presta asistencia técnica para desarrollo de la política pública de infancia y adolescencia⁵.

5 ICBF (2014). ABC del Sistema Nacional de Bienestar Familiar.

RESPONSABILIDADES DE LAS ENTIDADES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

En este contexto se indican las entidades (agentes) que son responsables de garantizar el cumplimiento de los derechos a los niños, niñas y adolescentes, conformando de manera general el Sistema Nacional de Bienestar Familiar (seguido del Manual Operativo del SNBF):

La Rama Ejecutiva conformada por las entidades del orden nacional, entre ellas se encuentran: el Departamento Nacional de Planeación (DNP), Departamento para la Prosperidad Social (DPS), Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), Departamento Administrativo del Deporte la Recreación, la Actividad Física y el Aprovechamiento del Tiempo Libre (Coldeportes), el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Investigación (Colciencias), las Altas Consejerías, los Ministerios políticos, entre los cuales se destacan : *el Ministerio de Educación Nacional (MEN)*, encargado de garantizar a los niños, las niñas y los adolescentes el derecho a educarse con calidad y que todos los niños y niñas en etapa escolar ingresen al sistema educativo, *el Ministerio de Salud y Protección Social*, tendrá la responsabilidad de encajar las políticas de infancia y adolescencia con la línea de política en salud para que los niños, niñas y adolescentes tengan la atención. De valor es *el Ministerio de Trabajo*, que se desempeña como el principal guía de la política pública de prevención y erradicación del trabajo infantil, responde por liderar y coordinar la “estrategia nacional para prevenir y erradicar las peores formas de trabajo infantil y protección del joven trabajador” en el ámbito nacional y apoya su implementación en el ámbito territorial.”

La Rama Legislativa en ella recae modificar la Constitución, crear las leyes, y además ejercer el control político sobre el gobierno y la administración. Por lo tanto, la importancia que las Asambleas departamentales y los Concejos Municipales y Distritales realicen un control político de los gobiernos locales para reclamar de ellos la rendición de cuentas públicas sobre el grado de avance en la realización de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La Rama Judicial es responsable de administrar la justicia para hacer ciertos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en la Constitución y la Ley. Con respecto de los niños, niñas y adolescentes, la

Rama Judicial debe dar prioridad a los procesos en los cuales se encuentren vinculados y establecer los juzgados de Familia necesarios para una pronta y expedita resolución de los casos.

Esta rama tiene como responsabilidad asegurar el derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violaciones a sus derechos y de delitos⁶.

De manera particular la **Fiscalía General de la Nación** recibe denuncias e investiga los delitos cometidos contra niñas, niños y adolescentes; garantiza el debido proceso de los adolescentes vinculados al Sistema de Responsabilidad Penal (Constitución Política Art. 250, Ley 1098/2006 Art. 215).

Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Ofrece servicios forenses a la comunidad como apoyo técnico y científico a la administración de justicia, funge como organismo de acreditación y certificación de laboratorios, pruebas periciales y peritos en medicina legal y ciencias forenses, realizadas por entidades públicas y privadas; adicional desarrolla funciones asistenciales, científicas, extra-periciales y sociales en el área de la medicina legal y las ciencias forenses, todo ello en lo relacionado con los derechos de niños, niñas y adolescentes; y suministrar información al respecto para el seguimiento al estado de realización de los mismos⁷.

El Ministerio Público (conformado por Procuraduría, Defensoría del Pueblo y Personerías) tiene importantes funciones de un lado le corresponde cumplir con el mandato constitucional de proteger los derechos, promoverlos y divulgarlos en todo el territorio nacional y de otra parte debe vigilar para que las autoridades responsables de garantizar y restablecer los derechos efectivamente les cumplan a niñas, niños y adolescentes cumplan sus mandatos.

Policía Nacional en general dispone de un cuerpo especializado denominado Policía de Infancia y Adolescencia, quienes apoyaran las acciones judiciales y entidades del sistema. Sus competencias y funciones se encuentran dirigidas a delinear las formas para minimizar o neutralizar las situaciones de vulneración de los derechos de niñas, niños y adolescentes; diseñar y ejecutar campañas de prevención y promoción de los derechos; y adelantar labores de vigilancia y control para impedir el ingreso de niñas, niños y adolescentes a lugares públicos donde puedan ser vulnerados sus derechos; Desde la línea de responsabilidad penal, la Policía Nacional

6 ICBF (2014). *Manual Operativo del Sistema Nacional de Bienestar Familiar*.

7 ICBF (2014). *Manual Operativo del Sistema Nacional de Bienestar Familiar*.

cumplirá lo establecido en el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098/2006. Art. 18, 20, 37, 41, 88, 89, 90, 92, 93, 139 a 191, 192 a 200).

La organización electoral es autónoma de las tres ramas del poder público y ejerce funciones relacionadas con el proceso electoral. La Registraduría Nacional del Estado Civil hace parte de la organización electoral con funciones inherentes a los procesos electorales y de identificación. Por su función de identificación de los nacionales colombianos, esta entidad cumple un papel fundamental en el marco del SNBF⁸.

Defensoría del Pueblo le concierne la divulgación, protección, promoción de derechos y el seguimiento y alcance de las políticas públicas que comprometan derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes, de acuerdo a la Constitución Política y la ley. Con la Defensoría Pública garantiza el debido proceso de los adolescentes vinculados al Sistema de Responsabilidad Penal (Constitución Política Art. 282. Ley 1098/2006. Art. 9, 211, Ley 24 de 1992).

Contraloría General de la República “ejerce funciones de vigilancia y control, mediante el control posterior y selectivo, al manejo de las finanzas, la gestión y los resultados de las políticas, programas y proyectos relacionados con la infancia, la adolescencia y la familia, de conformidad con los objetivos y principios de la Ley; en el marco del control fiscal participativo, promover el ejercicio del control ciudadano para la vigilancia de los recursos públicos invertidos en los programas y proyectos que desarrollen las entidades que integran el SNBF” (Ley 1098/2006. Art. 212)⁹.

Los órganos autónomos, aunque no pertenecen a ninguna rama del poder público, sin embargo, la funciones a su cargo, tienen relación en la garantía de los derechos de niñas, niños y adolescentes es importante de manera particular para el Sistema Nacional de Bienestar Familiar- SNBF- la Autoridad Nacional de Televisión por el rol que cumple con respecto a los niños, niñas y adolescentes.

La sociedad civil y la cooperación internacional tiene relevancia para las acciones relacionadas con la protección integral de niñas, niños y adolescentes en todo el territorio nacional. Aportan conocimiento y experiencias en el desarrollo de las políticas públicas de infancia y adolescencia.

8 ICBF (2014). *Manual Operativo del Sistema Nacional de Bienestar Familiar*.

9 ICBF (2014). *Manual Operativo del Sistema Nacional de Bienestar Familiar*.

En el ámbito territorial, los municipios, los departamentos y los distritos “se constituyen en agentes claves para lograr la protección integral de la infancia y la adolescencia y el fortalecimiento familiar, ya que son éstos los encargados de liderar la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas de infancia, adolescencia y familia en sus jurisdicciones”¹⁰.

Pueblos indígenas desde el 2005 con el DANE existen 85 pueblos indígenas. La ONIC (2013) reporta 102 pueblos indígenas existiendo una diferencia en el dato entregado. En 2013, el Departamento Nacional de Planeación enumera 770 resguardos existentes en 226 municipios y en 12 corregimientos departamentales en los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés (DNP, 2013). Se reportó una población indígena de 1.378.884 personas que representaban el 3.33% del total nacional. De estos, 1.081.399 (78.4%) se encontraban en áreas rurales y 297.485 (21.6%) en sectores urbanos.

Dentro de la cosmovisión indígena con relación con la mujer en los pueblos indígenas, está considerada como una complementariedad del hombre, aporta y provee alimentos. Transmite las costumbres, cultura y es formadora de los niños, los hombres... (mujeres wayuu).

Las entidades territoriales deben garantizar y concertar la participación de los distintos pueblos indígenas en las diferentes instancias del Sistema Nacional de Bienestar Familiar SNBF, a saber: Consejos Departamentales y Municipales de Política Social, Mesas Departamentales y Municipales de Infancia, Adolescencia y Familia, y Mesas Departamentales y Municipales de Participación de Niños, Niñas y Adolescentes. En el ámbito nacional, por Ley está establecida la participación de un representante de las autoridades indígenas en el Consejo Nacional de Política Social y se cuenta con una Mesa de Seguimiento a la Situación de la Niñez Indígena liderada por el ICBF y se realiza de acuerdo a lo establecido en las directrices del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (ICBF. Manual Operativo SNBF 2012).

“Si bien la Ley 1098 de 2006 considera la creación de Consejos de Política Social en los resguardos o territorios indígenas, en la actualidad los resguardos hacen parte de los municipios y, por tanto, la competencia formal es de los alcaldes y la instancia pertinente de participación de la autoridad indígena es el Consejo Municipal de Política Social. Si el resguardo pertenece a dos o más municipios, la competencia es de los alcaldes y el gobernador; por tanto, se debe negociar con la autoridad o consejo de los pueblos indígenas su participación el Consejo Departamental de Política Social. La escogencia de los representantes de autoridades y organizaciones indígenas se

10 ICBF (2014). *Manual Operativo del Sistema Nacional de Bienestar Familiar*.

debe realizar con base en sus propias formas organizativas considerando que todos los pueblos indígenas tengan voz en estos espacios”¹¹.

Las comunidades negras, afrocolombianas, palanqueras y raizales establecidas formalmente en la Constitución Política de 1991, artículo 7 y señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-1105 de 2008 reconociéndose como una población diferenciada debido a su condición étnica y cultural.

DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL EN LA VIDA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Parte del origen de la Protección Integral, esta signada por los grandes errores de la teoría de la Situación Irregular, por eso en la protección integral se ve al niño, niña y adolescente con una identidad diferente como la que tiene la psicología, la sociología, el derecho, la antropología, las ciencias de la salud etc. A la protección integral a pesar de su recorrido, aún le falta una lectura profunda de parte de los asociados y un compromiso político efectivo.

Lo escrito en la Convención y luego acogido en la legislación interna —Ley 1098 de 2006— requiere el cambio del derecho positivo, las reformas o creación de un sistema de administración pública efectivo en materia de niñez y que termine en un diseño, implementación y evaluación de políticas, planes y programas para con ello validar los derechos del niño y, aunque en Colombia se tienen Políticas de Estado, sobre niñez y adolescencia, por ej. la Política de Cero a Siempre (0 a 5 años) el camino de una verdadera aplicación de sus postulados y una buena infraestructura para la prestación de los servicios aún tiene deficiencias en el territorio.

Las estadísticas demuestran que la ejecución de la protección integral, aún se encuentra lejos de garantizar en el país a los niños, niñas y adolescentes los derechos y la garantía para su ejercicio, basta revisar lo que se conoce con la situación estadística de las vulneraciones que padecen física, emocional y psicológicamente con los ingresos permanentes al sistema de protección del ICBF por la inobservancia, vulneración o amenaza a sus derechos:

El número de ingresos de niños, niñas y adolescentes al Proceso Administrativo de Restablecimiento de derechos (PARD) desde el año 2008 al 2017 a nivel nacional ha sido 316.374¹².

11 ICBF (2014). *Manual Operativo del Sistema Nacional de Bienestar Familiar*.

12 ICBF Sistema de Información misional. www.icbf.gov.co

De manera acumulada durante el año 2017 en el PARD se atendieron 127.623 niños, niñas y adolescentes, correspondiendo a 24 % niños y niñas en un 56% y 38 % no registra información. El resultado es que en la estadística acumulada a la fecha se encuentran más de 12.000 niños, niñas y adolescentes declarados en situación de adoptabilidad, 14.867 en instituciones de protección, en Hogares Sustitutos 13.446 y en servicios externos 15.538 a corte del 31 de agosto de 2019¹³.

La fuente consultada en el ICBF, muestra que la violencia sexual contra los niños, niñas y adolescentes durante el 2017 fueron de 12.187 casos, esto puede tener dos o más motivaciones, pero entre ellas, puede destacarse: (i) la familia y la sociedad, denuncian más el delito sexual como una manera de hacer visible la problemática o (ii) realmente el delito está desbordado. Aunque existen programas específicos para la prevención del delito en este aspecto por parte del ICBF, ONG, estos parecieran no cumplir su propósito, pues una gran parte de esta vulneración se sucede al interior de la familia y en el entorno cercano al niño, niña o adolescente. Las políticas de prevención para la protección de los niños, niñas y adolescentes para que se desarrollen en entornos libres de riesgos, requieren de una verdadera participación de la familia y la sociedad en donde los niños, niñas y adolescentes se miren como lo que realmente son: sujetos de derechos, ello implica una legislación rigurosa y precisa que envíe un mensaje de seguridad a la sociedad que el delito de violencia sexual cometido contra la niñez y adolescencia sea penalizado de manera ejemplar.

De la misma forma, en asuntos extraprocesales (conciliación, orientación, presentación de demandas judiciales entre otros) se han atendido 400.992 en los cuales el primer lugar en solicitud ha sido alimentos, luego orientación a la familia, custodia, reconocimiento, regulación de visitas, e investigación de paternidad¹⁴.

Lo anterior indica que las condiciones para el ejercicio de los derechos de los niños y la garantía de una protección integral, no son garantizados tanto en la familia, el entorno social, la escuela, en salud entre otros motivos y se constituyen en la muestra relevante de la incapacidad de los sistemas protectores familiares, sociales y del Estado para proteger a la infancia y adolescencia. Unas políticas de apoyo a la familia desde lo social dirigidas a alcanzar condiciones laborales, capacitación y sensibilización a los padres y

13 ICBF Sistema de Información misional. www.icbf.gov.co

14 ICBF Sistema de Información misional. www.icbf.gov.co

cuidadores, pueden generar una armonía al interior de la familia reforzando entornos seguros y preventivos para los niños, niñas y adolescentes.

La situación no es diferente en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes (SRPA), el DANE tiene establecido que la tasa poblacional en el rango de 14 a 18 años es de 3'444.640, durante el año 2017 ingresaron 19.052, fueron sancionados 6.359 y se impusieron otras medidas a 12.693 adolescentes infractores.

De los adolescentes que se han sancionados en el país desde que inició el SRPA, las medidas aplicadas o sanciones por parte de los Jueces de Responsabilidad Penal para Adolescentes del 15 de marzo de 2007 a 30 diciembre de 2017¹⁵ fueron 56.796 discriminadas así:¹⁶

Libertad vigilada 30.8 %	Centro Semicerrado 7.2%
Privación de Libertad 30.9%	Amonestación 5.3%
Reglas de conducta 22.9%	Prestación de Servicios a la Comunidad 2.9%

Diferentes circunstancias se han generado con la atención de los adolescentes infractores a ley penal para adolescentes, entre ellas, se destacan las falencias en la planeación, presupuesto y atención especializada que se requiere, la falta de una verdadera coordinación del Sistema Nacional de Bienestar Familiar y del Sistema Nacional de Coordinación del SRPA (Decreto 1885 de 2015) a este último le corresponde la coordinación, articulación interinstitucional en todos los niveles, junto con el seguimiento y evaluación, la falta de cumplimiento estricto de la Ley 906 de 2004 (CPP), Ley 1098 de 2006, Ley 1453 de 2001, Ley 1622 de 2015 (Estatuto de Ciudadanía Juvenil) y la Ley 1450 de 2011 (PND), la escasa voluntad política institucional de los obligados por ley a responder según el precepto de la corresponsabilidad y demás condiciones.

Estas acciones han sumido al SRPA, en una situación que no les permite cumplir con los postulados que para el efecto consagra la Ley 1098 de 2006. Una verdadera política criminal dirigida hacia los adolescentes en la cual uno de los soportes de obligatorio cumplimiento sea el acceso y la permanencia del sancionado en el sistema educativo, así como unos efectivos programas de rehabilitación y formación para la vida laboral, atendiendo el entorno y la

15 ICBF Sistema de Información misional. www.icbf.gov.co

16 ICBF Sistema de Información misional. www.icbf.gov.co

demanda en la oferta pueden eventualmente contribuir para que la comisión y reiteración del delito sea cada vez menor.

En conclusión, la protección integral, contenida en la Ley 1098 de 2006, contribuye al bienestar del niño, niña o adolescente, por lo menos en los postulados que acoge. De tal manera, en que se confía que realmente los fundamentos de la Convención pasen del deber ser al ser.

Aunque parezca letra muerta, en lo que respecta a las normas, la situación irregular aún persiste con algunos rezagos legales, pero en lo social sigue viva en las prácticas cotidianas de negación de los derechos los niños, las niñas y adolescentes de parte de la familia, la sociedad y el Estado.

¿QUÉ SIGNIFICA PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES?

Los niños, las niñas y adolescentes son sujetos de especial protección constitucional, así se revela del principio de la dignidad humana y se establecen dos formas para acceder a la justicia: la primera, es el respeto a la persona sin tomar en cuenta sus diferencias, la segunda, el respeto a las personas teniendo en cuenta sus particularidades. De ahí que el acatamiento a los derechos fundamentales afirma exigencias indeclinables de respeto a la condición humana. Son sujetos dignos de especial protección, así lo confirma la Constitución Política para los niños, las niñas y adolescentes, las mujeres, los adultos mayores, los indígenas y las personas en condición de discapacidad.

La Constitución Política y el desarrollo a través de la jurisprudencia ha establecido que los grupos sociales más vulnerables requieren de protección para que se hagan efectivos sus derechos fundamentales.

El artículo 44 de la Constitución Política, *“establece la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre los derechos de los demás y el reconocimiento a favor de aquellos de los derechos fundamentales diferentes a los reconocidos para las personas en general”*. Por lo anterior cuando se involucra un niño, niña y/o adolescente, debe darse prevalencia a sus derechos y actuarse con la mayor diligencia posible.

La Sentencia T-557/11, se ocupa de la Prevalencia de los Derechos del Niño, desarrollando el principio del interés superior del niño en los siguientes términos:

De conformidad con nuestra Carta Política los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás. Este contenido normativo denota la intención del constituyente de colocar a los niños en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad. Son la familia, la sociedad y el Estado quienes están obligados a asistir y proteger al niño para garantizar

su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, siempre orientados por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior del menor.

La presente sentencia en sus consideraciones y fundamentos en el numeral 3 expone *“la prevalencia de los derechos de los niños en el ordenamiento constitucional colombiano derivada del principio del interés superior del menor”*:

De conformidad con nuestra Carta Política, los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás (C.P., art. 44, par. 3°). Este contenido normativo denota la intención del constituyente de colocar a los niños en un lugar primordial en el que deben ser especialmente protegidos, dada su particular vulnerabilidad al ser sujetos que empiezan la vida y que se encuentran en situación de indefensión, que requieren de especial atención por parte de la familia, la sociedad y el Estado y sin cuya asistencia no podrían alcanzar el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad.

Esta disposición armoniza, asimismo, con diversos instrumentos internacionales que se ocupan específicamente de garantizar el trato especial del que son merecedores los niños, como quiera que *“por su falta de madurez física y mental, necesita[n] protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”*. Así, la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, en la Declaración de los Derechos del Niño y en la Convención sobre los Derechos del Niño. Reconocida, de igual manera, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en diversos estatutos e instrumentos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 3, pone énfasis en la necesidad de tener en cuenta el interés superior del niño, al establecer que *[e]n “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”*.

El artículo 44 de la Constitución de 1991, consagra una lista de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes siendo derechos fundamentales la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada,

su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Se desprende que los niños deben estar protegidos contra toda forma de abandono, violencias físicas. Lo cual conduce a reconocer a favor de la infancia todos los derechos en la Constitución, las normas y Convenciones internacionales.

La Sentencia T-557/11, manifiesta que la familia, la sociedad y el Estado son quienes están obligados a asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos, siempre orientados por el criterio primordial de la prevalencia del interés superior del niño.

Otros autores especialistas en temas de niñez, también hacen mención del principio de prevalencia de los niños, niñas y adolescentes de la siguiente manera: “Cuando a los niños, las niñas y adolescentes, se les vulnera un derecho, por particulares es el Estado quien debe otorgar la protección, para lo cual la entidad llamada a establecer dicha protección es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”¹⁷.

Aguirre y Pabón (2008) manifiestan que “Los Derechos de los niños han tenido una especial atención en los últimos años, lo que ha traído como consecuencia un buen desarrollo en su consagración a nivel positivo. De este desarrollo surgió el principio del interés superior del niño como principio rector del orden normativo aplicable a estos con relación a los demás sujetos de derechos”¹⁸.

Desde la promulgación de la Constitución Política de Colombia de 1991, se establece que los derechos de los niños son prevalentes:

Los derechos del niño y los correlativos deberes de la familia, la sociedad y el Estado, reciben en la Constitución un notorio reforzamiento institucional [...] *El compromiso que la constitución establece con el bienestar físico y espiritual del menor y con el pleno y armoniosos desarrollo de su personalidad, no se ha limitado a configurar derechos fundamentales a partir de sus pretensiones básicas de protección, sino que su persona como tal ha sido elevada a la categoría de sujeto*

17 Rincón-Cárdenas, J.H. (s. f.) Derechos Prevalentes y Juez Constitucional. p. 1.

18 Aguirre-Román, J. & Pabón- Mantilla, A. (2008). Prevalencia de los derechos del niño en la prelación civil de créditos. un análisis constitucional y legal de la aplicación de este derecho. Prolegómenos. Derechos y Valores, XI (21). p. 125.

*fundamental merecedor de un tratamiento especial y prioritario por parte de la familia, la sociedad y el Estado*¹⁹.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) establece el alcance de la Corte Americana de Derechos Humanos en el artículo 19, con la obligación especial de generar respeto de los derechos de los niños y niñas sin discriminación alguna, donde son titulares de estos derechos los menores de 18 años.

A partir de este análisis general la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tratado, además, el tema de los sujetos de protección (definición del sujeto protegido, desarrollo progresivo y situación de vulnerabilidad); el corpus iuris internacional sobre la protección de los derechos de los niños/as; y, los alcances del interés superior del niño/ha aplicado al sistema de derechos convencional interamericano.

19 Corte Constitucional Sentencia C 041- de 1994. M. P. Cifuentes- Muñoz, Eduardo.

ANTECEDENTES DEL CARÁCTER PREVALENTE DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y ADOLESCENTES

Cely (2015) refleja como antecedente de la prevalencia de los derechos de los niños la Convención sobre los Derechos del Niño que fue proclamada el 20 de noviembre de 1989, la cual obliga a los Estados a cumplir con lo acordado, es un instrumento que establece medidas necesarias para la protección y garantía de los derechos, como también previene situaciones de riesgo y vulneración de los mismos:

Las particularidades de los derechos potencian cada uno de ellos desde el fortalecimiento de cada uno pues su fundamento está en la dignidad y el desarrollo humano y social. Los requerimientos a través del tiempo por los grupos vulnerables han incluido a un gran número de sectores sociales como mujeres, indígenas, campesinos, niños y niñas; grupos poblacionales que, en momentos específicos, han sido excluidos, silenciados, omitidos y oprimidos.

Las condiciones extremas de necesidades en que vivían las familias y los niños, fue uno de los motivos para gestar y elaborar la Convención sobre los Derechos del Niño. De igual manera la Cumbre Mundial en favor de la Infancia celebrada en el mes de septiembre entre el 29 y 30 de septiembre de 1990, se plantea la supervivencia y el desarrollo del niño y el plan de acción ante la situación de los niños, niñas y adolescentes y se acuerdan compromisos para protegerlos.

Con respecto a la Convención sobre los derechos del niño, Cussiánovich considera que, con esta, la humanidad se ha hecho protagonista de uno de los acontecimientos éticos de mayor transcendencia en un eje epistemológico y hermenéutico de los proyectos sociales, políticos, culturales, económicos que hoy dominan el escenario global de los pueblos, dicha convención es un incentivo y un instrumento para combatir la pobreza, la marginación y la exclusión de la infancia²⁰.

Existen antecedentes históricos internacionales, para la protección de los derechos prevalentes como son:

20 Cely, D. Análisis de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. Salud Soc. Upte. 2015;2(1): p. 44.

TABLA 4. NORMAS INTERNACIONALES

NORMATIVIDAD INTERNACIONAL	
La Declaración de los Derechos Humanos, proclamada en la ONU en 1948.	Marca una división en la historia de la humanidad, después de sufrir los horrores de la Segunda Guerra Mundial, y consagra los derechos que deben ser protegidos.
La Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por Naciones Unidas en 1959.	Esta es la primera Declaración internacional sobre los derechos de los niños, niñas y adolescentes con carácter obligatorio para los Estados firmantes.
El Pacto de Derechos Civiles y Políticos de diciembre de 1966, en vigencia en el año de 1976.	Este Pacto tiene su origen para reforzar la Declaración de los Derechos Humanos y además lo complementa el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
La Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en Estados de Emergencia, Resolución 3318, de la Asamblea General de Naciones Unidas, del 14 de diciembre de 1974.	Busca evitar el sufrimiento a las mujeres y niños, que se encuentren en emergencia a causa de conflictos armados y prohíbe el uso de armas biológicas, bombardeos a poblaciones civiles, etc.
La Convención Americana sobre Derechos Humanos entrará en vigor en el año de 1978; o Pacto San José de Costa Rica	Con ella surge un mecanismo judicial para hacer efectivos los derechos humanos
La Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos y Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.	
Marco Jurídico sobre Adopción y Hogares de Guarda Resolución 41/85 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, diciembre 3 de 1983.	

La Convención sobre los Derechos del Niño aprobada en la Asamblea General Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1989, es un Tratado internacional de 54 artículos que profundiza los derechos del niño, reafirmando la necesidad de proporcionarles cuidado y asistencia especiales en razón de su vulnerabilidad, subraya de manera especial la responsabilidad

primordial de la familia, en lo que respecta a la protección y asistencia; la necesidad de protección jurídica y no jurídica del niño, antes y después de su nacimiento; la importancia del respeto por los valores culturales de la comunidad del niño y el papel crucial de la cooperación internacional para que los derechos del niño se hagan realidad.

La Declaración sobre los derechos del niño de 1959, contiene referentes a cerca de que el niño tendrá protección especial y *“...la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.”* El inciso segundo, del artículo séptimo, reseña lo siguiente: *“El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación, dicha responsabilidad incumbe en primer término a sus padres.”* Es desde aquí donde se encuentra la mención de los derechos fundamentales, superiores y prevalentes.

Retrotrayendo los antecedentes históricos, se evidencia que la Declaración Universal de los derechos del niño, fue ratificada por Colombia, mediante la Ley 12 del 28 de enero de 1991. Importante es que, el tema fue estatuido en nuestra Constitución Política de 1991, reseñándolos como derechos fundamentales prevalentes.

La Convención precisa como definición de niño que *“es toda persona que sea menor de dieciocho años”*, sin hacer distinción entre la definición de niño y adolescente, sin embargo, las nuevas leyes derivadas de ésta, realizan esta distinción sobre todo en función del trabajo, en el aspecto de responsabilidad penal para niños, niñas y adolescentes y, con respecto al derecho de la participación. La Corte Constitucional utiliza el termino de adolescente para *“referirse a aquellos jóvenes que no han alcanzado la mayoría de edad, pero que tienen capacidad y madurez para participar en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud, sin definir cuándo comienza y a qué edad termina la adolescencia”*²¹.

Existen otros instrumentos jurídicos internacionales, que se refieren a la Delincuencia Juvenil, Reglas para la Protección de Menores Privados de la Libertad, Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño y su Plan de Acción; Protocolos Relativos a la Participación del Niño en los Conflictos Armados; en la Venta de Niños y la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía y en lo que respecta a la OEA, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, que versan sobre la particularidad de la infracción penal

21 Corte Constitucional. Sentencia C-092 de 2002. M. P. Rentería, Jaime.

cometida por los menores de 18 años, y con un límite mínimo según cada legislación, en Colombia se encuentra en 14 años de edad.

Ahora bien, el artículo 44 de la Constitución Política que reseña los derechos superiores de los niños y la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia, y la Adolescencia en Colombia, consagra los Derechos Prevalentes y Superiores de los Niños, relacionados formalmente con el artículo 42 de la Constitución Política, al tratar la familia como núcleo de la sociedad. Por su especial condición de sujetos en situación de debilidad manifiesta, en diversos tratados e instrumentos internacionales que obligan a Colombia y normas en el orden jurídico interno, han sido plasmados los principios de protección especial de la niñez y preservación del interés superior de los niños, cuyo propósito principal es garantizarles un proceso de formación integral.

Así, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos, estipulan claramente la necesidad de asegurar al niño, especiales medidas de protección y cuidado como sujeto de trato preferente, cuyos derechos prevalecen sobre los de los demás.

La jurisprudencia constitucional, ha reconocido que una de las principales manifestaciones de este mandato, es el principio de preservación del interés superior del niño, cuya satisfacción corresponde a todas y cada una de las autoridades públicas y a los particulares que tengan competencia para brindarla.

El Código de la Infancia y Adolescencia, contempla varias disposiciones que recogen como criterio la interpretación prevalente de los derechos de los niños; los artículos 5 y 6, definen la naturaleza de las normas que contiene el estatuto del niño, niña y adolescente y las reglas de interpretación y aplicación respectivamente, así mismo, el artículo 8 define el interés superior de los niños, las niñas y adolescentes como *“el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”*, de tal manera que el artículo 9 consagra el principio de prevalencia en los siguientes términos:

Artículo 9. Prevalencia de los Derechos. 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.

El derecho de Prevalencia de los niños, las niñas y adolescentes se ve reflejado en múltiples ejemplos entre otros; en situaciones en las cuales la vida y la salud de los niños, niñas y adolescentes se encuentra por encima del derecho a la expresión de la libertad religiosa de los padres.

La Corte Constitucional ha sido enfática en precisar que las creencias religiosas de las personas no pueden llevar a disponer de la vida de las personas o a contribuir en la generación de circunstancia que agrave su estado de salud. Con mayor firmeza dice la Corte cuando se trata de un niño, niña o adolescente, quien por su condición de indefensión requiere de la protección especial para sus derechos prevalentes²².

Por tal razón precisa la Corte: *“La protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos consagradas ambas en la Constitución de 1991- encarnan valores y principios que deben presidir tanto la interpretación y aplicación de todas las normas de justicia aplicables a los menores, como la promoción d políticas y la realización de acciones concretas que aseguren su bienestar”*²³.

Por lo tanto, los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes, se encuentran debidamente protegidos en la legislación tanto nacional como internacional. Es la familia, la sociedad y el Estado los obligados en hacer realidad tales derechos para el goce efectivo del ejercicio de aquellos por los niños.

22 Corte Constitucional Sentencia No. T-411 del 19 de septiembre de 1994. M. P. Naranjo Mesa, Vladimiro.

23 Corte Constitucional, Sala Plena: Sentencia C-019 del 25 de enero de 1993. M. P. Angarita Barón Ciro.

<p><i>Ap</i></p>	<p>Reflexión. Genere un debate con otros compañeros-colegas sobre los resultados de la supresión de la Teoría de la Situación Irregular y la implementación de la Teoría de la Protección Integral en Colombia.</p> <p>Reflexión. ¿Considera que la amplia jurisprudencia que se tiene sobre los derechos de los niños y su prevalencia, han desarrollado los espacios efectivos para el ejercicio de la titularidad activa de los niños, las niñas y adolescentes?</p> <p>Investigación. Revise los elementos constitutivos de la protección integral y el contenido de los artículos 42 y 44 de la Constitución Política y procure establecer si aquellos postulados se encuentran inmersos en el cuerpo constitucional.</p> <p>Investigación. Revise el contenido de los artículos 42 y 44 de la Constitución Política, la finalidad del Código de la Infancia y Adolescencia y establezca si el Sistema de Protección Integral para los niños, las niñas y adolescentes, realmente se encuentra validado desde el ente rector y las entidades o agentes que hacen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF) en Colombia.</p>
------------------	--

*Ae***CASO ENUNCIADO**

En una familia de origen afrodescendiente, compuesta por la madre, el padre y 6 hijos menores de 15 años de edad, los padres se encuentran desempleados. La madre labora un día a la semana en un restaurante en el área de cocina. Lo que queda de sobrante en algunas preparaciones, puede llevarlo a casa. Uno de sus hijos, de 3 años ha tenido complicación con su salud y no ha recibido asistencia médica y la situación se ha complejizado debido a las condiciones inhumanas en las que viven; el sitio donde residen es una habitación poco iluminada y ventilada, solo tienen acceso al servicio básico de agua y alcantarillado, la salud del niño se ha deteriorado. La familia cuenta con el servicio de salud subsidiado. La madre ha proporcionado bebidas naturales para paliar la situación de salud del niño. El dueño del sitio donde labora, le regaló un dinero al conocer la situación y denunció la situación de la familia a la Personería de la Localidad y al ICBF, sin obtener respuesta inmediata. Finalmente, los padres trasladan al niño al centro asistencial de salud y es tarde para el niño.

1. A la luz de la Sentencia T-557/11, indique desde la prevalencia de los derechos ¿Qué derechos han sido vulnerados y quiénes están llamados a brindar la protección a los niños, las niñas y adolescentes para garantizar un armonioso desarrollo desde el principio de corresponsabilidad a través del SNBF?
2. ¿Según su criterio qué falta para que se garantice el ejercicio de los derechos del niño del caso?
3. Establezca a la luz de los derechos prevalentes, ¿cómo se hubiera prevenido desde las políticas públicas la situación problemática del niño, desde el accionar de los padres y de las autoridades que conocieron el caso?

<i>J</i>	<ul style="list-style-type: none">• Sentencia C-019 del 25 de enero de 1993. Sobre Protección especial y derechos prevalentes.• Sentencia T-411 de 1994. Derechos Fundamentales. Vulneración, Derecho a la Vida.• Sentencia T-557 de 2011. Prevalencia de los Derechos del Niño. Desarrollo del principio del interés superior del niño.
----------	--

B	<p>Aguirre- Román, J. & Pabón-Mantilla, A. (2008). Prevalencia de los derechos del niño en la prelación civil de créditos. Un análisis constitucional y legal de la aplicación de este derecho. <i>Prolegómenos. Derechos y Valores</i>, XI (21): 123-142.</p> <p>Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). Convención de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Proclamada el 10 de diciembre de 1948.</p> <p>Asamblea General de las Naciones Unidas (1989). La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25.</p> <p>Cely, D. (2015). Análisis de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. <i>Salud Soc. Uptc.</i> 2015; 2(1).</p> <p>López-Contreras, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido. <i>Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud</i>, 13 (1): 51-70.</p> <p>Liebel, M. (2006). Entre Protección y Emancipación. Derechos de la Infancia y Políticas Sociales. Facultad Ciencias Políticas y Sociología. Universidad Complutense de Madrid. <i>Serie Teoría</i> noviembre 2006 No. 1.</p> <p>O'Donell, D. (2012). <i>Una aproximación hermenéutica a la Convención sobre los derechos del niño</i>.</p> <p>Rincón-Cárdenas, J.H. (s. f.). Derechos prevalentes y juez constitucional. Disponible en: www.unilibrecucuta.edu.co/ojs/index.php/hipotesis/article/download/143/135</p> <p>Tejeiro-López, C. E. (2005). <i>Teoría general de niñez y adolescencia</i>. Universidad de los Andes. Bogotá.</p> <p>Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-557 de 12 de julio de 2011. M. P. Calle Correa, María Victoria. Expediente T-2983421 Acción de tutela instaurada por Pedro contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Centro Zonal N° 4 de Ocaña (Norte de Santander).</p>
---	---

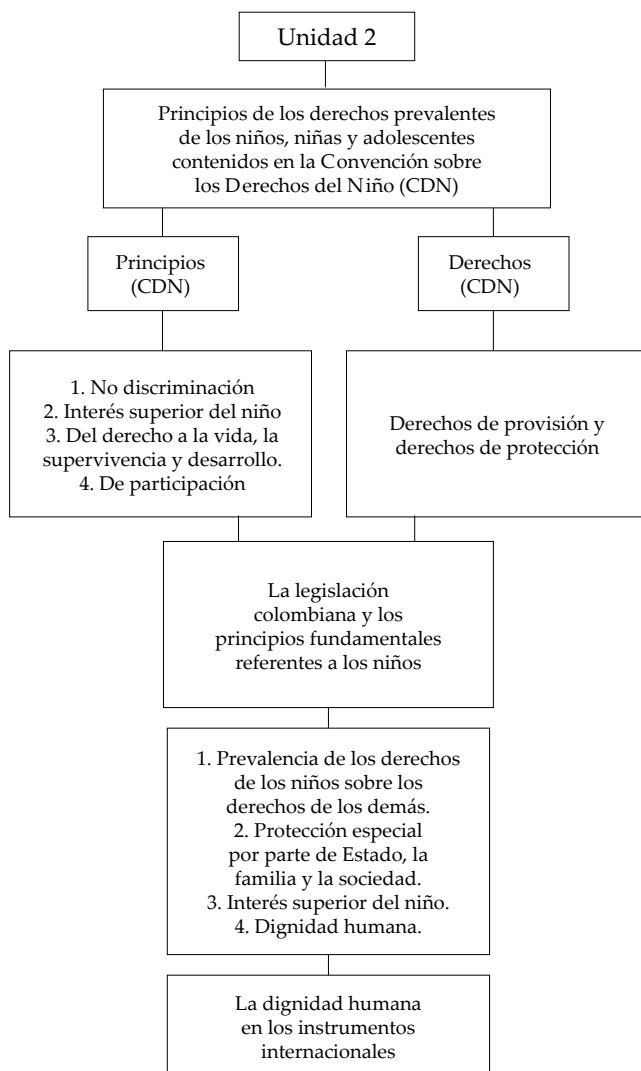
Unidad 2

PRINCIPIOS DE LOS DERECHOS PREVALENTES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CONTENIDOS EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CDN)

<i>Og</i>	Apoyar las destrezas de magistrados (as), y empleados (as) en el área de derecho de familia y niñez, en los abordajes a las situaciones de vulneración de los niños, niñas y adolescentes y contribuir con elementos a la decisión para resolver los conflictos.
-----------	--

<i>Oe</i>	Recurrir a criterios que se encuentran enmarcados dentro de la garantía de derechos y que en consecuencia se logre dar prioridad a lo sustantivo, con el fin de responder a los derechos de los niños.
-----------	--

MAPA CONCEPTUAL



INTRODUCCIÓN. PRINCIPIOS EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

En el ámbito internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, contempla sus propios principios que son complementarios de los derechos humanos. Un principio es un criterio en la que todos confían, ausente de discusiones sobre su validez e importancia. Se reconoce para ese criterio o regla una fuerza imperiosa de obligatorio cumplimiento. No cumplir ese criterio o regla cargado de ética, puede acarrear, la negación de los derechos.

Por lo anterior, es una obligación para todas las autoridades, dar estricto cumplimiento a estos principios jurídicos, y su no aplicación, genera que las decisiones administrativas o judiciales, cuando procede, puedan ser recurridas para cambiar el fallo. Estos principios deben ser incluidos por los Estados en sus legislaciones, además deben establecerse en sus políticas públicas, con ello, la garantía de los derechos de los niños, las niñas y adolescentes tienen un espacio creado en la sociedad, la familia con el auspicio del Estado.

Bacares (2012) precisa que, la Convención contiene de manera propia *cuatro (4) principios en su articulado*, que tienen la fuerza de aglutinar a su alrededor el respeto por los sujetos de derechos principales los niños, las niñas y adolescentes.

1. PRINCIPIO DE “NO DISCRIMINACIÓN”

El artículo 2 de la Convención es aplicable a todos los niños cualquiera que sea la raza, religión o condición; sin importar lo que se diga o piense; cualquiera que sea el tipo de familia de la que venga, dónde viva, qué idioma hable, qué hacen los padres, si son niños o niñas, la cultura de la que provienen, si se tiene alguna discapacidad o si son adinerados o pobres. No hay causa que justifique el trato desigual a los niños, niñas o adolescentes.

El principio citado, está apoyado en el de la universalidad de los derechos humanos, así, el contenido de la Convención está dirigido sin excepción a todos los niños, las niñas y adolescentes. Sin embargo, un tanto tarde fue incluido el principio de la no discriminación, pues téngase presente, que hasta hace pocas décadas, persistía la teoría de la situación irregular, teoría con la cual el Estado, se permitía dar tratamiento jurídico diferente los niños que se encontraban en situación de “peligro”, tantas veces sustentado en la pobreza a diferencia de los que gozaban de satisfacción económica.

En 1959 en la Declaración de los derechos del niño, en su primer documento posterior, no se incluía este principio. Es en 1989 con la Convención sobre los Derechos del Niño, que se consigue un acuerdo superior *“se suprime la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos en lo relacionado con los derechos sucesorales y de filiación”*²⁴. El surgimiento del principio de la no discriminación, arrasa los imaginarios de las agrupaciones sociales para eliminar los hechos que habitualmente se presentan y con los que se violan sus derechos.

Es preciso señalar que antes de la Convención sobre los Derechos del Niño, se redactaron la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial (1965) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979). En el escenario en que el principio de la No discriminación no estuviese presente en la Convención sobre los derechos del niño, el artículo 4 no estaría apoyado y la protección integral como concepto que carecería de base. (Bácares 2012).

Las diferentes situaciones y circunstancias que viven los niños y las niñas, por la raza, religión, condiciones físicas, origen entre otros, es lo que determina que sean discriminados en su medio. Por eso, no todos los niños, niñas y adolescentes requieren los mismos servicios de protección, pero todos tienen los mismos derechos, aunque no todos son iguales en la demanda de protección. Es así que la diferenciación para prestar servicios de protección por cuenta del Estado, se encuentra establecida por las condiciones en las cuales determinados niños, niñas y adolescentes demandan la necesidad de estructurar programas específicos para su atención y protección, un ejemplo claro son los niños, niñas y adolescentes en condición de discapacidad o con necesidades especiales. El Estado, tiene como deber asegurar que se aplique a todos los niños, niñas y adolescentes sus derechos, de tal manera, que este principio, sea una realidad sin excusas oficiales.

Bácares (2012) precisa que la Convención a través de este principio establece que al exterior e interior de la familia, también debe evitarse la discriminación hacia los niños en razón a diversas condiciones por ej. pertenecer a un grupo determinado por la forma como viven sus padres por ser una familia de gitanos, por la actividad económica que realizan; la no discriminación también opera cuando el niño se encuentra dentro de una familia, donde sus padres, tienen actividades lícitas o ilícitas, como el narcotráfico, o por desarrollar actividades domésticas, etc. cuando se trata de la opinión o en el caso en que el niño pertenezca a una familia, donde

24 Naciones Unidas. 1989. Convención sobre los Derechos del Niño.

sus padres, son voceros de grupos opositoristas al gobierno y finalmente por sus creencias, cuando el niño pertenece a una familia y sus padres profesan religión o religiones diferentes al medio en el que se desarrolla la vida cotidiana.

El Comité de los derechos del niño en su observación general No. 5 presenta que todo Estado debe crear un plan o ruta para evitar la No discriminación y debe basarse en unas estadísticas, con diagnósticos, que permitan establecer los segmentos de la discriminación y así mismo, organizar los servicios de protección para los niños. Lo anterior, debe llevar a conocer donde se genera esa discriminación y quienes son los causantes y en consecuencia sancionarlos y por último el Estado, debe utilizar el mecanismo de las Políticas Públicas para contrarrestar la discriminación a los niños y debe contar también como elemento importante con la opinión del niño.

La Sentencia T-804/14 se pronuncia sobre la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

“...La orientación sexual se refiere a la atracción física o emocional de una persona por otra (ya sea heterosexual, lesbiana, homosexual, bisexual o asexual), la identidad de género se refiere a la “experiencia personal de ser hombre, mujer o de ser diferente que tiene cada persona” (ya sea transgenerista [transexual, travesti, transformista, drag queen o king] o intersexual) y la forma en que aquella lo manifiesta a la sociedad (la expresión de género ha sido entendida como la manifestación externa de los rasgos culturales que permiten identificar a una persona como masculina o femenina conforme a los patrones considerados propios de cada género por una determinada sociedad en un momento histórico determinado. En efecto, una persona trans puede ser heterosexual, lesbiana, homosexual o bisexual, tal y como pueden serlo quienes no son transgénero...”

La familia, la sociedad y el Estado, avanzan lentamente en la inclusión de las personas que han escogido una opción sexual diferente a la de las mayorías, es una inclusión que se gesta en la familia, en la sociedad y por último el Estado debe generar las condiciones para que las manifestaciones culturales, sociales estén dirigidas a la inclusión de esta población.

2. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO (ARTÍCULO 3 CDN)

Sobre las consideraciones del “*interés superior del niño*” (ISN) se busca que se entienda que los intereses jurídicos de los niños, niñas y adolescentes, son diferentes a los de los padres, por lo tanto, puede establecerse que cualquier

acto de un adulto tiene consecuencias en la vida de los niños, así mismo, el resultado de esas acciones; ya sean positivas o negativas en los niños, las niñas y adolescentes, y sus consecuencias recaen en el Estado como también en los padres quienes tienen responsabilidades y por último, los niños, niñas y adolescentes, dejan de ser propiedades de los padres, dado que no existía antecedente alguno de derecho especializado en la protección de la infancia y adolescencia.

Hoy día, la evolución del principio del interés superior del niño, ha traspasado las fronteras de la legislación familiar y ha invadido todas las esferas de la sociedad, por ello, el principio mencionado, no solo hace presencia en las figuras jurídicas más importantes relacionadas con los niños y las niñas como la custodia, patria potestad, adopción, sino que se da en todas las acciones donde se encuentren los niños, las niñas y adolescentes.

De acuerdo a “Una interpretación hermenéutica de la Convención sobre los Derechos el Niño” por Bácares (2012) retomando a EK, Simone (1998) quien manifiesta que” en 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”.

Es de resaltar que tanto para el funcionario como para los progenitores, tienen la obligación de garantizar los derechos por medio de mecanismos para constituir en la realidad el estado de sujeto de derechos, y su posibilidad de garantía depende de cada Estado, según las necesidades que presenten los niños, las niñas y adolescentes, por ej., en aquellos Estados donde no tienen conflicto armado o refugiados, las políticas de protección para los niños en esas circunstancias, serían inexistentes o inasibles.

López (2015) expone que para que se logre el principio de interés superior de los niños, las niñas y adolescentes es fundamental llevar a cabo cada uno de los procesos que se han diseñado donde ellos tengan espacios de participación, ya que este es un principio que forma parte de todo un sistema internacional creado para la protección de los derechos a la niñez. Es de esta manera que el interés superior es el bienestar general de los derechos del niño o niña, donde se persigue la evolución y desarrollo de la personalidad en un ambiente sano y agradable, que prevalece pese a cualquier circunstancia. Todo niño, niña o adolescente tiene el derecho de establecer un proyecto de vida que debe ser garantizado por el Estado, la sociedad y la familia para lograr su desarrollo y beneficio social.

Este autor manifiesta que “En principio se puede establecer, sin lugar a dudas, que los padres y madres son los principales garantes del interés de sus hijos e hijas, de donde se desprende que estos se encuentran bajo la patria potestad de aquellos, en beneficio de los niños y niñas, con respeto a su integridad física y psicológica y a todo aquello que les beneficie”²⁵.

Tomando la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en su principio 2 resalta que:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando 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 que se atenderá será el interés superior del niño.

Siguiendo el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que “... en 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, el interés superior del niño, será una consideración primordial” es así que debe recordarse que este principio ya se mencionaba con anterioridad en la declaración de 1959, es su inclusión en el texto de la Convención lo que permite que sea elevado como principio rector. Por lo anterior, se observa que el Comité de los Derechos del Niño ha reiterado en el Manual de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño que los “Estados deben planear incluir en sus programas y políticas relacionadas con los niños, el principio del interés superior del niño, haciendo énfasis en las asignaciones del presupuesto”.

Lo anterior, conduce a que la Convención realice un seguimiento de cumplimiento de las obligaciones del Estado parte, a través del Comité, y en algunos casos la aplicación de este principio (s), requiere que el Estado reformule instituciones jurídicas para que se incorporen sus postulados y sus Protocolos facultativos referidos a: la venta de niños, la prostitución Infantil y la Utilización de niños en la Pornografía Infantil, A la Participación de los Niños en los Conflictos Armados. En Colombia también se incorporan disposiciones del Convenio de la OIT, el 138 sobre la edad mínima para trabajar y el 182 sobre las peores formas del trabajo infantil.

25 López- Contreras, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13 (1): 55.

Es innegable que, en el espacio jurídico, el principio del interés superior se concibe como la consideración especial que debe tener el orden jurídico en concordancia con los derechos de los niños, las niñas y adolescentes; y también tiene que ver con el ejercicio propio de los derechos. Se entiende que es un mecanismo mediador en la tracción que se pueda mostrar entre los derechos de la infancia y la adolescencia y los derechos de otros, la cual se soluciona a favor de los niños, las niñas y los adolescentes. Para las autoridades encargadas de aplicar las leyes y normas este principio representa una guía para su correcta ejecución.

Cualesquiera que sean las decisiones que se tomen deben consultar y ratificar la prelación que constituye el interés superior del niño. Todas las actuaciones corresponden a asegurar que sus derechos se restablezcan. Es un imperativo para las autoridades hacer que se cumplan por lo menos las obligaciones mínimas que tienen los integrantes de la familia, la sociedad y las instituciones del Estado para que se cumpla el restablecimiento de derechos.

Finalmente se cita a Galvis (2006), quien considera que lo importante es que no se debate el reconocimiento jurídico, que lo verdaderamente problemático es que quienes atienden a los niños, niñas y adolescentes en todos los ámbitos, entiendan que aquellos tienen la titularidad de los derechos.

De los artículos de la Convención sobre los derechos del niño, que se utilizan en las decisiones administrativas y judiciales frente al interés superior del niño

En una aproximación hermenéutica a la Convención sobre los Derechos del Niño por Bácares (2012) se resaltan los siguientes artículos sobre el interés superior del niño:

Artículo 9. Derecho a no ser separado de sus padres: 1. *Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.* 2. *En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.* 3. *Los Estados Partes*

*respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño.*²⁶

El Estado debe intervenir para garantizar y proteger a los niños de las situaciones de maltrato, abuso, abandono entre otras, en las cuales sus propios padres son los causantes de tales conductas. Pero esta intervención solo puede darse a través de las autoridades para evidenciar la vulneración de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente. En el mismo sentido, es un derecho de aquellos estar con sus padres, en esos casos como el divorcio, o a la ruptura de las relaciones paternas, le da el derecho al niño de permanecer en un solo lugar con uno de sus progenitores, o establecer según el caso la permanencia del niño con uno o los dos padres de manera alternada o cuando los padres son adictos a las sustancias psicoactivas, cuando deambulan en la calle, o continúan vulnerando físicamente al niño, no se puede obligar al niño a permanecer con ellos.

Artículo 18. Derecho a la crianza y la educación por los padres: 1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Quienes conforman una pareja y deciden procrear y tener un hijo o hijos, tienen el derecho y la obligación de criarlos y educar ambos a su hijo o hijos, por tal razón no se convierte en la tarea u obligación de uno solo de ellos, cuando se produce un divorcio o ruptura. El derecho de crianza o el cuidado del niño, por parte de sus padres, no es absoluto. Pues se impone un límite a esa discrecionalidad, el niño no es una pertenencia de ellos.

El principio del interés superior del niño, guía a los padres en el ejercicio de la crianza. Para el caso de los padres que carecen de suficientes fondos económicos para criar adecuadamente a sus hijos, el principio del interés superior, reenvía en corresponsabilidad al Estado, sobre todo en aspectos básicos como la educación, la salud etc. Este principio en su aplicación, hace posible la protección integral, enlazando el artículo 9 del Código de Infancia y Adolescencia con el artículo 18 de la Convención. Solo deben retirarse el niño de su medio familiar, si en este se encuentra en riesgo o vulnerado en sus

26 Bácares-Jara, C. (2012). *Una lectura hermenéutica a la Convención de los derechos del Niño*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. p. 118.

derechos. La obligación de los Estados es apoyar a la familia y la Convención a través del Comité de Seguimiento, vigila su desempeño como garante.

Artículo 20. Derecho a ser protegido por el estado en ausencia de la familia: *“1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.”* En la realidad del niño vulnerado en el ejercicio de sus derechos por sus padres, el retirarlo del medio maltratador, deja establecido que unos padres violentos generan daño al niño, pero ingresarlo en una institución de protección integral, por largo tiempo, también tiene un efecto dañino en la psiquis del niño. Por lo tanto, el funcionario administrativo o judicial, tiene ante sí, una difícil situación que resolver. El apoyo de otras disciplinas como las sociales, permitirán tratar de buscar un reintegro al hogar o a la familia y de no ser posible, debe dar celeridad a resolver en un proceso de adopción, para que, con ello, se pueda tener el pleno ejercicio de este derecho en que el niño debe crecer en un ámbito familiar.

Artículo 21. Derecho a la adopción: *“1. Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial...”* Desprender de manera definitiva al niño de sus padres, requiere que la autoridad administrativa y judicial, obtengan la certeza que efectivamente el niño va a ser ubicado en una esfera familiar donde pueda garantizarse el ejercicio de sus derechos. Por ello, Colombia, cuenta en el Sistema de adopciones con un instrumento legal -Ley 1098 de 2006-, en su parte administrativa con los Lineamientos técnico administrativos expedidos por el ente rector en materia de infancia, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que contienen un demarcado protocolo de selección y aprobación de familias aspirantes a ser considerados como idóneos para adoptar.

Artículo 37. Derecho a no ser torturado ni encarcelado ilegalmente: *c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.*

De manera general no está permitido que se interconecten generaciones de adultos con adolescentes privados de libertad. Sin embargo, lo que

contiene la Convención puede generar un cambio en las reglas, dependiendo de la situación específica, por ej., como cuando los victimarios son muy jóvenes, caso particular en Inglaterra. En Colombia, la Ley 1098 de 2006, establece la separación de los adolescentes, incluso de acuerdo a la edad y delitos cometidos. Pero en la práctica, tal separación no es posible en los Centros de Privación de libertad, dada la escasa coordinación, inversión e infraestructura que tiene el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. Los territorios deben invertir en prevención y en servicios de atención a la población sujeta al Sistema señalado, con ello el nivel nacional puede dedicar su esfuerzo a la asesoría técnica requerida.

Artículo 40. Derecho a la justicia ante violaciones de la ley penal:
... b) *Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales.*

El interés superior del niño, puede verse comprometido cuando el niño es presentado a las autoridades judiciales, el Juez debe tener en cuenta el principio ya citado, y es preciso que ordene o se le allegue el informe psicológico y social incluido el informe nutricional, para determinar qué tan afectado puede verse el niño al comparecer a la audiencia, ya sea por la edad, o los hechos sucedidos.

3. PRINCIPIO DEL DERECHO A LA VIDA, LA SUPERVIVENCIA Y DESARROLLO (ARTÍCULO 6)

Se contempla su contenido en el artículo 6: "1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño". El Estado debe accionar todos los mecanismos para que no se produzca la muerte de un niño. Desplegar todas actividades necesarias para conocer cuál es la situación real del niño y con ello, establecer unas políticas públicas capaces de atajar

las situaciones de vulneración. El niño se vuelve visible para la sociedad y el Estado. Sin embargo, la redacción del artículo permite esquivar de cierta manera ese deber de garantizar la supervivencia y desarrollo, la frase: *en la máxima medida posible*, debe demostrarse y comprobarse por parte del Estado la situación del porque no se tiene la disponibilidad técnica y financiera para adelantar los programas protectores para garantizar el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo.

La Organización de las Naciones Unidas en su plataforma digital pública establece que:

“Con la llegada de los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en septiembre de 2015, los líderes mundiales se comprometieron a acabar con la pobreza para 2030. Pero, si no se intensifican los esfuerzos, para el año 2030:

- Casi 70 millones de niños morirán antes de cumplir los cinco años; 3,6 millones sólo en 2030, la fecha límite de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.
- Los niños en África subsahariana tendrán 10 veces más posibilidades de morir antes de los cinco años que aquellos que vivan en países de ingresos altos.
- Nueve de cada diez niños en situación de pobreza extrema vivirán en África subsahariana.
- Más de 60 millones de niños en edad escolar estarán sin escolarizar, aproximadamente el mismo número que en la actualidad. Más de la mitad de ellos serán de África subsahariana.
- Se habrá obligado a contraer matrimonio a unos 750 millones de niñas”.

Aunque se tenga el convencimiento que este principio ha sido tomado a la ligera por los Estados, muchos de ellos, conocen la situación de la infancia, las diferentes condiciones de miseria en las que viven los niños, la supervivencia y desarrollo y las rectificaciones a estos flagelos han sido impulsadas políticamente por el corpus de la Convención.

Se encuentran hechos políticos en el mundo, como que, durante la década de 1990, se realizó la Cumbre Mundial en Favor de la Infancia, en donde los temas de interés fueron:

“...la mortalidad infantil, la desnutrición y la protección al desarrollo físico y mental de los niños...”. Como resultado del análisis se produjo un documento que hoy conserva su vigencia: “Declaración sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño”, y seguidamente surgió el “Plan de acción para la aplicación de la Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño en el decenio de 1990”. Como consecuencia de la Cumbre, se ocasionó movimientos favorables al interior de los diferentes Estados que hacen parte de la Convención y se elaboraron planes de acción rápidamente en 117 países. En esta Cumbre se plantearon 36 metas, de las cuales 7 se tienen aún hoy se encuentran vigentes:

1. La reducción de la tasa de mortalidad en niños menores de 5 años,
2. Reducción de la tasa de mortalidad materna en un 50% con respecto a 1990,
3. Reducción de la tasa de desnutrición grave y moderada en los niños menores de 5. años, con respecto a 1990,
4. Acceso universal a la educación básica y terminación de la enseñanza primaria de al menos el 80% de los niños en edad escolar,
- 5 Acceso universal de agua potable y a los servicios sanitarios,
6. Reducción de la tasa de analfabetismo de los adultos al menos a la mitad del nivel registrado en 1990, concediendo particular importancia a la alfabetización de las mujeres,
7. Protección a los niños en circunstancias especialmente difíciles, sobre todo en situaciones de conflictos armados²⁷.

Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas se reúne nuevamente en la “Sesión Especial en favor de la Infancia de las Naciones Unidas” en el 2007 y al realizar el seguimiento del cumplimiento de las metas dejadas en la Cumbre Mundial en Favor de la infancia, encuentra que es poco lo que se había adelantado en los Países parte del Convenio, por lo tanto, vuelve y reitera lo establecido en la “Declaración del Milenio de las Naciones Unidas de 2000” en donde nuevamente se comprometen a trabajar por determinados compromisos y lo complementa con un plan de acción global cuyo nombre es “ Un Mundo Apropiado para los Niños” y la aplicación de 10 principios para cumplir las metas propuestas en el decenio de 2000 a 2010 a saber:

- 1) Poner a los niños siempre primero.
- 2) Erradicar la pobreza: invertir en la infancia,
- 3) No permitir que ningún derecho del niño quede postergado.
- 4) Cuidar los niños de la guerra.
- 5) Educar a todos los niños.
- 6) Proteger a todos los niños de la violencia y explotación.
- 7) Proteger a la tierra para los niños.
- 8) Lucha contra el VIH/Sida.

27 UNICEF (1991). Estado Mundial de la Infancia, pp. 5, 6.

9) Escuchar a los niños y asegurar su participación. 10) Cuidar de todos los niños²⁸.

Las Naciones Unidas, en reunión política internacional para dar preferencia a la supervivencia, protección y desarrollo de todos los niños, niñas y adolescentes, en la “Sesión Especial en Favor de la Infancia de las Naciones Unidas de 2007” y se llamó el encuentro “Un Mundo apropiado para los niños +5”. Lo anterior fue acordado por 189 países. Se concluyó que en el 2015 se debía tener los resultados sin excusas. La realidad demuestra un avance, pero no el cumplimiento de lo acordado. Millones de niños, niñas y adolescentes siguen viviendo en la pobreza y la miseria.

Con respecto a la situación de los niños, las niñas en el derecho a la supervivencia y desarrollo a lo largo del tiempo, se encuentra que, en el texto de la Convención sobre los derechos del niño, se dio un mandato en su preámbulo en el que se protegerá primero a los niños. Por ello, el inicio del cumplimiento de este mandato, fue incipiente en sus primeros años, aún hoy, se encuentran países, que no dan prioridad a la atención de la infancia.

Históricamente en Colombia, con el Código del Menor -Decreto 2737 de 1989- su principio era el proteccionismo privado y caritativo o misericordioso, para los menores en su época, que se encontraban en estado de abandono y carecían de la satisfacción de las necesidades básicas. Este proteccionismo del Estado y de la Sociedad Civil, se origina en EE. UU., donde surge la teoría de la situación irregular, en este país, el criterio salvacionista y la beneficencia ligada a las comunidades religiosas católicas y protestantes para cuidar de” los niños dependientes,”²⁹ que no eran otros más que los pobres, los que vendían en la calle o habían sido abandonados. Así mismo, América Latina, concibió la misma línea de atención a los niños, las niñas y adolescentes, pues las normas legales, estaban sustentadas en el concepto de la caridad, que tantas entidades privadas acogían para la atención de los niños.

Lo anterior se contrarresta medianamente con el tiempo y en el siglo XX ya muy avanzado, son los derechos humanos que aparecen en el escenario público, lo que obliga a los Estados a no perder de vista los derechos del niño.

Un hecho importante relatado por Bácares (2012) respecto a este tema, tiene como escenario la política estadounidense, con el ascenso a la presidencia de Harry Truman el 20 de enero de 1949 y con su política de

28 Naciones Unidas. (2000). Declaración del Milenio, pp. 17-19.

29 Platt, A. (2006) *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*. Siglo XXI Editores. México. p. 128.

“trato justo” para resolver los problemas de las áreas subdesarrolladas del globo. Su política estaba referida a los países menos avanzados y pobres.

Crear las condiciones necesarias para reproducir en todo el mundo los rasgos característicos de las sociedades avanzadas de la época: alto niveles de industrialización y urbanización, tecnificación de la agricultura, rápido crecimiento de la producción material y los niveles de vida y adopción generalizada de educación y los valores culturales modernos. En el concepto de Truman, el sueño americano de paz y abundancia podría extenderse a todos los pueblos del planeta³⁰.

No puede negarse, que esta política global, generó en los países menos avanzados un progreso notable, como hecho en la educación en la década de 1985, se logra reducir el déficit de la educación en el mundo y disminuyendo la brecha para el acceso a la educación de los niños. De igual manera el sector salud, avanza en la reducción de la mortalidad y morbilidad infantil.

En contraposición a estos logros, que favorecen a los niños y las niñas de familias más acomodadas; para los menos afortunados, los Estados les cumplen a través de políticas con programas de asistencialismo. Surge, esa obligación ética de atacar la crisis humanitaria de los niños y hacer reales los derechos humanos; son las condiciones de vida de los niños, lo que permite que organizaciones no gubernamentales del orden internacional, muestren evidencias de la situación en los años setenta.

Los países no desarrollados, para acatar la nueva política del desarrollismo de la tecnificación, endeudaron sus arcas para producir más, para alcanzar el lema de Truman: “alcanzar la paz y la prosperidad”, sin embargo, el déficit presupuestario de los países, no les permitió dar cumplimiento al pago de la deuda internacional y la equidad y la justicia social se desmorona, por lo tanto, el presupuesto de la inversión social se quiebra y los niños, las niñas y adolescentes se ven abocados en el mediano plazo a la pobreza y a la consecuente anulación de las políticas sociales, que se habían logrado implementar con capitales prestados. Ante esta situación, es en Washington, en donde se invita a repensar a los Estados cesantes la ética y la ratificación en sus jurisdicciones.

La Unicef (1991) en el documento el Estado Mundial de la Infancia, lanza la estrategia de ajuste con rostro humano “en la cual ninguna situación

30 Escobar, A. (2004). *La invención del Tercer Mundo: construcción y deconstrucción del desarrollo*. Editorial Norma. Bogotá. pp. 19-20.

o teoría económica o política puede siquiera justificar temporalmente el sacrificio físico y mental de la infancia”³¹. La celebración de acuerdos a favor de la infancia, permiten generar un espacio favorable para dar bases para el ejercicio de los derechos humanos.

La importancia de este derecho radica en sostener el capital humano, pues este es más importante que el crecimiento económico, las inversiones en capital humano traducidas en formas de nutrición, enseñanza y salud, no da tregua en el tiempo, no atender a los niños, niñas y adolescentes oportunamente es no invertir en el capital humano, como se hiciera en la década de los ochenta, lo que se viene pagando aún en el siglo XXI, el desarrollo infantil atrasado en conjunto con la escolaridad. Así lo expreso Richard Jolly, Director Ejecutivo, Adjunto de la Unicef en el XIV Congreso Internacional de Nutrición Seúl 1989. Estado Mundial de la Infancia.

4. PRINCIPIO DE PARTICIPACIÓN

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 12 expone:

Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Participar para los niños en el mundo de los adultos no ha sido fácil. La No discriminación se entiende, en que no se retarde el ejercicio de los derechos, incluido el artículo 12, su opinión, es un derecho de connotación política y de construcción de derechos.

En perfecta consonancia en el borrador del comentario general 12 del Comité de los Derechos del Niño (2007), el principio del interés superior del niño, tiene una relación con la participación así:

a)... el interés superior del niño era un derecho procesal que obliga a los estados partes a introducir disposiciones en el proceso de adopción de medidas para garantizar que se tenga en consideración el interés superior del niño”. Es un derecho procedimental, dado

31 Unicef (1991). Estado Mundial de la Infancia. p. 11

para la vigilancia, el equilibrio y la efectividad, en la medida de lo posible, de todos los derechos del niño, niña y adolescente en un contexto determinado. Esa es la tasa o el equivalente de lo superior para toda la acción pública o privada: el estado de salud y vigencia de sus derechos, entre los cuales también está el artículo 12.

b)... poner en marcha la participación, ayuda a superar la discrecionalidad adulta de bienestar y finiquitar que nadie está mejor capacitado para definir sus propios intereses que los mismos niños, niñas y adolescentes, en compañía y colaboración con los adultos.

La supervivencia y desarrollo, tiene impuesta una concepción holística. Por tal razón, al hablar del ejercicio del artículo 12, y su progresión paulatina de los niños en la participación en las decisiones que les conciernen contribuyen al desarrollo de su personalidad, habilidades, libertades humanas, el respeto a los valores y la cultura. De anularse la participación y considerar que la supervivencia y desarrollo sigue su rumbo sin la acción de los niños, niñas y adolescentes, es un craso error³².

El trabajo de los adultos en favor de los niños, las niñas y adolescentes conlleva integrar el principio de la No discriminación y el interés superior del niño y la supervivencia y desarrollo, ahora el niño tiene voz y voto, se le reconoce como un sujeto integral de derechos.

Importante resulta que al leer el artículo 12 de la Convención, se puede generar una impresión:

Que solo los niños, niñas y adolescentes que estén en capacidad de demostrar y formarse juicios propios, son los que tienen derecho a expresar su opinión. Sin embargo, sale al paso el Comité de los Derechos del Niño y advierte a los estados partes que es una obligación evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. No puede entenderse que los niños, no pueden expresar su opinión de manera autónoma, al Estado le corresponde dar por supuesto que el niño tiene la capacidad de dar sus propias opiniones y reconocer el espacio para que pueda expresarlas. No le corresponde al niño probar que tiene esa capacidad.

32 Naciones Unidas. (2007) Comité de los Derechos del Niño Comentario general 12. p. 19.

Las ciencias sociales especialistas en el estudio del ser humano, considera que el niño, tiene múltiples formas de expresarse, y utilizan técnicas para verbalizar esa opinión: con dibujos, juegos, expresiones faciales, incluso cuando tienen una condición de discapacidad. Esta situación ha sido abordada por el Comité de los Derechos del Niño y expresa que: “el niño no debe tener necesariamente conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afecta, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto”³³.

La participación conlleva a que no haya restricción alguna en la opinión. En el evento en que el niño no quiera participar, nadie tiene que obligarlo. En Colombia, el derecho a la participación, ha venido desarrollándose gradualmente, así, se encuentran mecanismos participativos en el área de educación, la escuela, viene siendo protagonista como espacio democrático para que los niños expresen sus opiniones y se les escuche en sus necesidades y requerimientos. La participación de los niños y los adolescentes permiten afirmar que el artículo 12 viene adentrándose en el Estado, la familia y la sociedad.

Bácares (2012) retomando al Comité de los Derechos del Niño ha sugerido que para que la participación sea respetada y garantizada pueden seguirse las pautas que ha presentado casi como un Manual, y se menciona que debe proponerse un ambiente cultural que permita el reconocimiento de la participación del niño, designar una autoridad que implemente este derecho en conjunto con todos los estamentos públicos y privado, que se dé una revisión interna de las leyes para asegurar el derecho de la participación de los niños y de todas las personas que tienen contacto con ellos de una u otra forma.

33 Ibid. Naciones Unidas p. 9.

LOS DERECHOS EN LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS (CDN)

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es un vigilante de los derechos civiles, socio cultural, económico entre otros. Así la Convención hace parte de los derechos humanos. Varios autores entre ellos O' Donell (2012) considera que "los derechos sociales, económicos eran derechos en el extinto bloque soviético, no así en el hemisferio occidental, donde únicamente los derechos civiles y políticos tenían cabida"³⁴. De igual manera, debe resaltarse, que la indivisibilidad, dice Bacares (2012), permite que se especifiquen derechos para algunos grupos vulnerados, por ello, las Naciones Unidas, impulsan incorporar en un solo texto todos los derechos fundamentales. De ahí que se encuentran por ej., como en la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación Racial y el de la Convención contra Toda Forma de Discriminación contra la Mujer. Por lo tanto, los derechos de la infancia y los derechos humanos se encuentran en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En la Convención sobre los Derechos del Niño, los derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales, fueron sintetizados en tres clases que se conocieron como las Tres Pes, que se traducen en Derechos de Provisión, Protección y Participación. Esta clasificación obedece según Bacares (2012), "a la facilitación que se requería para socializar el contenido de la Convención sobre los derechos del Niño y que no surgieran discusiones sobre la primacía de uno y otro derecho entre los civiles y políticos y los de arraigo social."³⁵

Luego surgieron otras clasificaciones de derechos, entre ellas la de Unicef, que en el Estado Mundial de la Infancia agrupa así los derechos: 1. Derecho de Supervivencia y Desarrollo; 2. Derechos de Desarrollo; 3. Derechos de Protección; 4. Derechos de Participación. Posteriormente fusionaron las dos primeras en el año 2010.

Para el efecto de contenido, estas agrupaciones de derechos, busca sin duda alguna garantizar la protección a los niños, niñas y adolescentes.

1. DERECHOS DE PROVISIÓN

Son derechos base para garantizar el desarrollo esencial del niño. Estos derechos permiten asegurar que el Estado se comprometa a garantizar

34 O' Donell, D. (2012). *Una aproximación hermenéutica a la Convención sobre los derechos del niño*, p. 20.

35 Bácares-Jara, C. (2012). *Una lectura hermenéutica a la Convención de los derechos del Niño*. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. p. 184.

los servicios, distribución, acceso y disfrutar de los recursos para vivir dignamente. Es la relación que surge entre Estado y ciudadano. Representan estos derechos garantías, condiciones y la infraestructura, dice Bácares (2012) para evitar la protección reactiva de derechos y trae como ej. si los niños mueren por desnutrición, por consumir agua contaminada, el Estado en el seguimiento a estos derechos, debe desplegar todos los mecanismos para evitar que esto ocurra. Estos derechos están destinados a proveer lo mínimo para que una persona tenga satisfecha sus necesidades básicas. Los derechos que se abarcan en esta categoría o clase son:

Art. 7 Derecho a un nombre y una nacionalidad

Art. 8 Derecho a la identidad

Art. 9 Derecho a no ser separado de sus padres

Art. 10 Derecho a reunirse con la familia

Art. 18 Derecho a la crianza y la educación por los padres

Art. 23 Derecho a atención y cuidados especiales de los niños, niñas y adolescentes

Art. 24 Derecho a la salud y los servicios sanitarios

Art. 25 Derecho a la salud en condiciones de internamiento

Art. 26 Derecho a la seguridad social

Art. 27 Derecho a un nivel adecuado de vida

Art. 28 Derecho a la educación

Art. 29 Objetivos de la educación

2. DERECHOS DE PROTECCIÓN

Algunos derechos se originan con la finalidad de proteger a los niños, las niñas y adolescentes de situaciones de amenaza, inobservancia o vulneración; situaciones como las violencias sexuales, el maltrato físico y emocional, la explotación infantil, utilización de los niños en actos delictuales, en pornografía infantil, o sufrir secuestro. En esta categoría se encuentran:

Art. 4 Derecho a que se apliquen sus derechos

Art. 5 Derecho a ser orientado por los padres

Art. 11 Derecho a ser protegido de traslados y retenciones ilícitas al extranjero

Art. 19 Derecho a ser protegido contra toda forma de violencia y malos tratos

Art. 20 Derecho a ser protegido por Estado por privación o ausencia de familia

Art. 21 Derecho a la adopción

Art. 22 Derecho a ser refugiado

Art. 32 Derecho a ser protegido contra la explotación económica y laboral

Art. 33 Derecho a ser protegido contra uso, producción y tráfico de drogas ilícitas

Art. 34 Derecho a ser protegido de toda forma de explotación y abuso sexual

Art. 35 Derecho a ser protegido de la venta, trata y secuestro

Art. 37 Derecho a no ser sometido a torturas, tratos degradantes o inhumanos, a la pena capital, la prisión perpetua y a la detención arbitraria e ilegal

*Art. 38 Derecho a no ser reclutado por el ejército y a recibir protección cuando se ha sido víctima de conflictos armados*³⁶

Art 39. Derecho a la recuperación física-psicológica y a la reintegración social cuando ha sido víctima de abuso y explotación

Art 40. Derecho recibir garantías especiales en la justicia especializada para menores de edad.

3. DERECHOS DE PARTICIPACIÓN

Para los niños, las niñas y adolescentes, los derechos de participación, significan el reconocimiento de sujetos legalmente. Los derechos de

³⁶ La edad de 15 años, ha sido corregida a través de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra d 1949. 1977. “Art. 4.3c Protocolo II relativo a la Protección de las víctimas de los Conflictos Armados sin carácter internacional dispone:” que los niños menores de 15 años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en hostilidades”. El Art. 77.2 del Protocolo I relativo a la Protección de las víctimas de los conflictos Armados Internacionales también prohíbe el reclutamiento y participación en hostilidades de personas menores de 15 años, añadiendo que, en caso de reclutamiento de personas entre 15 y 18 años, debe “procurar alistar en primer lugar los de más edad”. O’ Donell D. p. 20.

participación, permiten la expresión de sus pensamientos libremente, pueden reunirse pacíficamente, acceder a la información, opinar políticamente, pueden ser escuchados y escucharse a sí mismo participar en el desarrollo de su vida, del entorno comunitario donde viven y del país:

Art. 13 Derecho a la libertad de expresión y a buscar y difundir ideas

Art. 14 Derecho a la libertad de conciencia, religión y pensamiento

Art. Derecho a la libertad de asociación

Art. 16 Derecho a la protección de la intimidad

Art. 17 Derecho a acceder y recibir información que promueva su bienestar

Art. 31 Derecho a la recreación y a participar de la vida cultural

Art. 42 Derecho conocer ampliamente la CDN

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) agrupó las anteriores categorías o clases de derechos, con ello, se busca cubrir todos los aspectos atinentes a los niños, las niñas y adolescentes para que sus derechos sean protegidos.

La CDN logra crear, reunir y ordenar todos los derechos de los niños, las niñas y adolescentes, esto permite que el cuerpo de la Convención sea vinculante para todo el sector privado, ONG, sociedad civil, las organizaciones o entidades del Estado y que los propios niños, niñas y adolescentes, logren conocerlos. Un solo instrumento internacional logra sintetizar en artículos completos los derechos precitados.

LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA Y LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES REFERENTES A LOS NIÑOS

Colombia, frente al resto de países en América Latina, avanza de manera importante, en la calificación de sujetos para las personas, categoría en la que se encuentran los niños, las niñas y adolescentes que solicitan servicios que conllevan a la atención y protección integral y que a la vez estos como sujetos se convierten en participantes y al mismo tiempo como interlocutores de la autoridad ejerciendo activamente como titulares de derechos.

Las situaciones en que se generan los hechos, deben revisarse en el contexto en que se suceden, por ello, el análisis es importante desde todo punto de vista de las autoridades, los grupos de apoyo eventuales, la comunidad etc., todo ello contribuye a la toma de decisiones correctas para resolver la situación del niño. No puede dejarse de lado, las perspectivas de los derechos, la Convención de los Derechos del Niño, obliga a que se tome aquel como principio rector en la atención integral que se brinda al niño, por lo tanto, los Derechos Humanos son inherentes en la formulación y ejecución de las políticas públicas en todo aspecto social, cultural, familiar en un Estado. Así su inclusión en los derroteros de las políticas públicas para los niños, las niñas y adolescentes deben ser considerados primordiales.

La Constitución Política de Colombia, ha reforzado este principio, lo reitera y esgrime la Corte Constitucional en varias jurisprudencias dedicadas al principio del interés superior del niño. Así el Magistrado Dr. Eduardo Cifuentes en la Sentencia C-041 del 3 febrero de 1994, se refiere al concepto de *integralidad* desde la mirada del sujeto, lo cual es importante, porque es el que da como resultado, luego de las interconexiones sistemáticas y coordinadas la estrategia para que se ofrezca la atención al niño según su propia circunstancia y sus particularidades.

Por lo tanto, en la referida Sentencia, se hace alusión a que el trato con que se atiende un niño, no es para darle protagonismo, sino para hacer un ensayo de igualdad que es de origen constitucional, dado que, si el niño no puede, no sabe o no puede pedir, los adultos están habilitados para pedir por él, aunque exista un conflicto con los derechos del niño.

Consagra la Constitución Política, la figura de la corresponsabilidad, artículo 44: "... 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". Por ello, estos tres agentes responsables aseguran la vigencia de los derechos, en la calidad de vida y de felicidad de los niños, las niñas

y los adolescentes que residen en el país, sin importar si son nacionales o extranjeros.

La jurisprudencia nacional ha revestido importancia para puntualizar los principios fundamentales referentes a los niños y en consecuencia precisar su contenido y alcance.

1. EL PRINCIPIO DE PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS DEMÁS

Dada la inmadurez e indefensión en que los niños en razón a su minoría de edad se encuentran y cuando los derechos de los niños se ven involucrados en alguna circunstancia particular es lo que fundamenta que se consagren derechos fundamentales diferentes a los consagrados a favor de las personas comúnmente. Este principio de prevalencia constitucional referente a los derechos de los niños, le corresponde evadir cualquier sacrificio de los restantes derechos intentando impedir inclusive las circunstancias de conflicto.

Al hacer uso de este principio la Sentencia No. C-041 del 3 de febrero de 1994 resolvió el conflicto que se presentaba entre el derecho a la vida e integridad física del niño y el interés que representa la intimidad domiciliar de sus padres, representantes, cuidadores de un inmueble, para que se pudiera realizar allanamientos que en situaciones de peligro grave pueden ordenar las autoridades administrativas que conllevan la inmediata protección del niño.

El principio de la prevalencia de los derechos de los niños y la garantía en que descansa: todos tienen la obligación de defender a los niños. De allí que los niños, deben ser la figura más importante de una sociedad.

Cuando se dice que: “los derechos de los niños están primero que los derechos de los demás” cualquier persona puede exigir su cumplimiento, se está reconociendo el derecho de la colectividad o sociedad a proteger los niños, por tal razón, la comunidad puede denunciar, si así lo prefiere, discretamente las situaciones de vulneración. En el ámbito penal la aplicación de los principios e instrumentos preventivos, resocializadores y represivos de carácter penal, a juicio de la Corte Constitucional ellos deben ceder frente a los derechos del amor la educación, la comprensión y la rehabilitación. En el ámbito familiar este principio permite resolver los problemas que surgen entre los padres o representantes de los niños cuando se disputan la custodia y cuidado de los niños, por lo cual existen varias subreglas:

“a)... la efectividad de los derechos constitucionales del niño (arts. 2 y 44) la custodia y el cuidado personal del niño deben contar con una base suficiente de legitimación o merecimiento; en tal virtud, es obvio que, para otorgar la custodia y el cuidado del niño, debe valorarse objetivamente la respectiva situación...

b) En cada caso particular se deben analizar las circunstancias y situaciones que comunican un estado favorable en las condiciones en que se encuentre el niño en un momento dado y valorar si el otorgamiento del cuidado y custodia puede implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado.

c) La opinión del niño, en cuanto sea libre y espontánea y esté exenta de vicios en su consentimiento, constituye un instrumento apropiado e invaluable en la adopción de la respectiva decisión...

Resulta inconcebible que se pueda coaccionar al niño, mediante la aplicación rígida e implacable de la ley, a vivir en un medio familiar y social que de algún modo le es inconveniente, porque no puede recibir el amor, la orientación, la asistencia, el cuidado y la protección que requiere para que pueda desarrollar libre y plenamente su personalidad. ...

d) Las aspiraciones y pretensiones de quienes abogan por la custodia del niño, aun cuando formalmente tengan un fundamento legal, deben ceder ante los criterios atrás expuestos...”³⁷.

La atención a este principio de la prevalencia de los derechos, data de más de una veintena de años, por lo tanto, su aplicación ha determinado establecer que el derecho a la vida y a la salud de los niños, las niñas y adolescentes prima sobre el derecho a la expresión de libertad religiosa de los progenitores. El artículo 13 de la Carta está referido a la protección que requieren los niños, que, por su minoría de edad, se encuentran en especialísimas circunstancias de vulneración.

Como ejemplo la prevalencia de los derechos la Corte ha manifestado que el derecho a la salud es irrenunciable y que los tratamientos que requieren para el restablecimiento de la salud de los niños, está fuera de las creencias que tengan los responsables del cuidado y crianza de estos y que tanto el derecho a la salud como la vida, son bienes irrenunciables e inalienables por hacer parte de la naturaleza humana. Referencia de la sentencia Corte

37 Corte Constitucional. Sentencia 442 de 1994, M. P. Barrera Carbonell, Antonio.

Constitucional, T-411 del 19 de septiembre de 1994. M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Importante reiteración ha realizado la Corte Constitucional sobre el derecho a la salud: a la protección y a la recuperación, se les ha otorgado prevalencia referida a los niños, las niñas y adolescentes dentro de la obligación que el Estado tiene de prestar el servicio de salud. Así se concluye que el derecho a la salud de los niños como derecho fundamental prevalece sobre los derechos de los demás, e indicando que debe ser protegido no solo por el Estado, sino también por la familia y la sociedad. El M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, lo expresaba en la Sentencia T-597 del 15 de diciembre de 1993, en donde se explica que el artículo 49 de la Constitución Política se refiere a la atención en la salud y al saneamiento ambiental como servicios a cargo del Estado y el artículo 44 establece que la salud como derecho fundamental que tiene prevalencia sobre los derechos de los demás y que es deber del estado, la sociedad y la familia protegerlo.

Por lo tanto, se puede concluir que la protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos están íntimamente ligadas con la promoción de políticas y la realización de acciones específicas que afirmen su bienestar.

2. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN ESPECIAL POR PARTE DE LA FAMILIA, LA SOCIEDAD Y EL ESTADO

Su origen se remonta a la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del niño, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 en la cual se destaca el artículo 2: *"el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y 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"*.

TABLA 5. PROTECCIÓN INTEGRAL

El Pacto Internacional de Derechos Civiles Públicos	Arts. 23 y 24
El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Art. 10
Convención sobre los Derechos del Niño	Art. 3
<p>La Constitución Política de la República de Colombia les imprimió a los derechos de los niños una finalidad protectora inspirada en el alcance del logro del desarrollo integral, el bienestar y la felicidad.</p> <p>Incluir los derechos fundamentales en la Constitución Política es alcanzar la protección de la niñez al lograr garantizar las condiciones que satisfagan sus derechos para el desarrollo de su integridad física y emocional. Así se logra que los derechos fundamentales de los niños, se eleven a rango constitucional. Por tanto, las normas y procedimientos en familia y de infancia y adolescencia deben tener una interpretación en consonancia con los derechos fundamentales que se encuentran consagrados en la Constitución.</p>	<p>Los derechos fundamentales: a la vida, integridad física y la salud, tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de la opinión.</p> <p>Esta connotación de derechos fundamentales de los niños, trae inmersa una nueva filosofía para asistir y proteger al niño.</p>
El art. 44 establece que los derechos de los niños prevalecerán sobre los derechos de los demás y deben ser considerados fundamentales para todos los efectos.	

Las protecciones especiales de los niños representan valores y principios que corresponden en dirigir tanto la interpretación y aplicación de todas las normas de justicia ajustable a los niños, como la aplicación de políticas y la ejecución de programas que de manera concreta aseguren su bienestar.

En el artículo 44 la Constitución Política en el inc. 2 señala que *“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”*.

TABLA 6. OBLIGACIÓN FAMILIA, SOCIEDAD Y ESTADO

<p style="text-align: center;">ASISTIR Y PROTEGER</p> <p style="text-align: center;">Obligación</p> <p style="text-align: center;"><i>familia, sociedad, Estado</i></p> <p>El Art. 44 al final del mismo establece que: "Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás"; lo anterior en consonancia con el artículo 13 de la Constitución Política en el cual se señala que "<i>El Estado protegerá especialmente aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta...</i>".</p>

Así, la protección especial sumada a la prevalencia de derechos de los niños, contiene entonces, una importancia jurídica por su interés general y, por lo tanto, incondicional. En la situación en las cuales los niños se encuentren en estado de necesidad, es deber del la sociedad y el Estado prestar su auxilio de manera *prioritaria e ineludible*. El deber que tiene el Estado de asistencia y protección a los niños, también es prevalente. Anteponer otras obligaciones por parte del Estado y de la sociedad para dilatar el deber de proteger a los niños, no es de recibo, pues prevalece sobre cualquier otra consideración social, política, económica o jurídica.

El artículo 44, establece que es un mandato y deber del Estado asistir y proteger al niño en cualquier condición en que se encuentre y con mayor razón a quienes se les haya vulnerado o puesto en riesgo el ejercicio de sus derechos, a petición de parte o de oficio y ante las autoridades competentes. Por ejemplo, cuando un particular concurre en auxilio de un niño que su vida se encuentra en peligro y para socorrerlo debe sacrificar los derechos de un tercero, actuando en legítima defensa o en estado necesidad, puede evitar la acción penal, dado que se minimiza la antijuridicidad de la conducta, al aplicarse el cumplimiento constitucional de actuar acorde a la solidaridad social, mostrando gestiones humanitarias ante circunstancias que ponen en riesgo la vida o salud de las personas tal y como lo consagra el artículo 95-2 de la Constitución Política.

Como se ha reiterado los derechos fundamentales de los niños como la vida, la integridad física, la salud, la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separado de ella, la educación y la cultura, el cuidado y amor, la recreación y la libre expresión de su opinión tienen un arraigo constitucional. De igual manera se protege a los niños contra el abandono, la violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación sexual, explotación laboral o económica y los trabajos riesgosos.

Por tal razón los niños son cubiertos por todos los derechos que se contemplan en la Constitución Política, las leyes y los tratados internacionales que han sido ratificados por Colombia. Así se expresa en la Sentencia Corte Constitucional. Sala Plena: C-459 del 12 de octubre 1995. M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Buscar la efectividad de los derechos de los niños, permite ejercer casi una acción pública, con lo cual cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y sanción.

El principio de protección especial por parte del Estado, la familia y la Sociedad, en la Sentencia No. T-422 del 30 de septiembre de 1994, permitió en su oportunidad revisar la constitucionalidad de las normas que permitían realizar allanamiento del sitio donde se encontraba un niño donde peligrara su vida o integridad física, por cuenta de las medidas administrativas.

Para una atenta aplicación del Principio de Protección especial debe tenerse en cuenta:

TABLA 7. PRINCIPIO DE PROTECCIÓN

1. <i>“El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro”</i> Declaración de los Derechos del Niño 1959, principio 8
2. <i>“El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación”</i> Declaración de los Derechos del Niño 1959, principio 9
3. <i>“Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”</i> Convención de los Derechos del Niño, Art. 4
4. <i>“Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida...”</i> Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 6
5. <i>“Los Estados parte adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño ...”</i> Convención de los Derechos del Niño, Art. 19
6. <i>“Los Estados partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales”</i> Convención sobre los Derechos del Niño. Art .34

7. *“Los Estados partes velarán porque: a) ningún niño sea sometido a torturas o penas crueles... (...) b) ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente (...).”*

Convención sobre los Derechos del Niño. Art. 37

8. La Constitución Política reserva al niño una tutela privilegiada, que se desprende del texto de los artículos 44 y 45 ... Así que el Constituyente manifestó: *“...para que todas las personas ejerzan tutela sobre los derechos del niño y puedan exigir su cumplimiento, porque el ejercicio de esos derechos involucra la sociedad entera, pues los niños dependen de la solidaridad de esta para crecer, formarse y ser adultos. Incluye, además, una síntesis de dichos derechos destinados a facilitar al niño la comprensión y el ejercicio de los mismos, durante la enseñanza curricular, de acuerdo con su grado de desarrollo y sus capacidades...”*

(Tomado de Sentencia No. C-041 del 3 de febrero de 1994. P.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz)

De todo lo anterior, se desprende que el sistema de protección por preeminencia para el niño, es la familia y que ésta tiene la obligación de prodigar asistencia, educación y cuidado de los niños, de la sociedad por que se requiere que el niño reciba también protección de esta para su formación, protección y cuando se requiera el Estado debe suplir la falta de sus padres para apoyar a estos cuando no puedan proporcionar al niño lo necesario para su desarrollo integral.

Es tan importante el precitado principio, que el niño es considerado como un sujeto privilegiado no solo en la familia sino también en la sociedad, así se evidencia para el niño con una condición física o mental especial, como lo expresa la Constitución Política en su artículo 350 por lo cual el principio de igualdad lo cubre, y en otro ámbito como el del gasto público social, debe tener prioridad en las asignaciones para cubrir las necesidades del niño, dando prioridad a su asignación. El derecho a la igualdad ha protegido por completo los derechos de los niños, quienes no tienen manera de pedir, por eso las normas constitucionales autoriza a todos a que reclamen o soliciten por él. Al no poder el niño imponer sus derechos cuando se entra en conflicto con los demás, la Constitución les asigna esa prevalencia.

El artículo 7 del Código de Infancia y Adolescencia define de la siguiente manera la Protección Integral.

“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 correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos". En concordancia con el Artículo 15 con el ejercicio de los derechos y responsabilidades, de tal manera que existe una obligación de la familia, la sociedad y el Estado, para formar a los niños, niñas y adolescentes para que asuman de manera responsable sus derechos. Así mismo las autoridades contribuirán con sus decisiones oportunas y eficaces con un énfasis pedagógico.

3. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La Corte ha precisado, en la Sentencia T-324 del 2004 que “la incorporación de este principio en el orden constitucional no sólo configura un énfasis materializado para garantizar su eficacia sino también como parte de la estructura del sistema normativo, pues se incluye con un precepto en el punto más alto de la escala axiológica contenida en el texto constitucional”.

La importancia de este principio radica en que es considerado como parte de la estructura del sistema normativo, de allí la reiteración permanente en su aplicación en todas las situaciones donde se encuentren involucrados los niños, niñas y adolescentes. De tal manera que las sentencias T-412 del 2000, T-408 de 1995, T-1155 del 2001, T-900 del 2006, T-090 del 2010 y T-145 del 2010, reiteran su condición especial así: (...)

1. Ser real, por cuanto que se relaciona con las particularidades necesidades de los niños, por tal razón debe fundarse en sus verdaderas necesidades y en sus particulares aptitudes físicas y psicológicas.
2. Debe ser independiente del criterio arbitrario de los demás, por cuanto que no depende de la opinión subjetiva o de la mera voluntad de las demás personas o de los padres o de los funcionarios que deben protegerlos.
3. Es un concepto relación toda vez que la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto y su defensa debe someterse a un ejercicio de ponderación. Garantiza un interés jurídico supremo: consiste en el desarrollo integral y sano de la personalidad del niño.

Este principio, no es absoluto por cuanto tal y como lo establece la Corte en un Estado Social de derecho nada puede ser absoluto porque debe haber una ponderación adecuada entre los derechos.

4. EL PRINCIPIO DE LA DIGNIDAD HUMANA

Los instrumentos internacionales han jugado un papel importante respecto al Principio de la Dignidad Humana, pues cubrir a los Estados con estos valores, principios y garantías en un mundo en que su avance es vertiginoso y la vez resolver los posibles conflictos que traspasan las fronteras internacionales que se puedan generar. Este principio está ligado íntimamente con el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reza de la siguiente manera:

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias. (ONU, 1948).

La Declaración de los Derechos Humanos incluye la Dignidad Humana y lo toma como elemento principalísimo de tal manera, que se considera intrínseca y hace parte de la esencia de cada ser humano, sin ser accesoria o considerada como un aditamento a la condición humana.

La dignidad como principio fundante del Estado, tiene valor absoluto no susceptible de ser limitado bajo ninguna circunstancia, lo que si ocurre con derechos que necesariamente deben coexistir con otros y admiten variadas restricciones.

El respeto a la dignidad humana no solo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades (C.P: artículo 1). Su observancia debe inspirar todas las actuaciones del Estado. Por lo tanto, “La dignidad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal”³⁸.

38 Corte Constitucional. Sentencias T-401 y T-499 de la Sala Segunda de Revisión.

La Corte al referirse al principio de la dignidad humana y el Estado Social de Derecho contemplado en la Constitución Política ha señalado:

La naturaleza social que identifica al ordenamiento jurídico colombiano tiene una sentida connotación de prevalencia de los derechos fundamentales, en la superación de la crisis del Estado de derecho y de la inmediata tarea de recuperación social en sus niveles, dentro de un necesario desarrollo de los principios de solidaridad y dignidad humana, los cuales orientan el nuevo estado social de derecho... La Carta Fundamental de 1991 consagra una nueva orientación filosófica que ubica al hombre en un lugar privilegiado y se convierte en el instrumento más eficaz al servicio de la dignificación del ser humano, lo cual se deduce de la lectura del Preámbulo y de los artículos del 1 al 95. Con fundamento en ello, el respeto a la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado con sus diversas manifestaciones.

Lo anterior se traduce en la prevalencia del ser sobre el tener o el haber dentro de un contexto que debe presidir las acciones de quienes son los encargados de administrar justicia en sus distintos niveles. Deberá tratarse a todas las personas sin distinción alguna, de acuerdo con su valor intrínseco. La integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin del Estado.

La Corte Constitucional en la Sentencia T 571 del 26 de octubre de 1992, expone que “la integridad física, psíquica y espiritual, la salud, el mínimo de condiciones materiales necesarias para la existencia digna, son elementos constitutivos de una vida íntegra y presupuesto necesario para la autorrealización individual y social”. Así la Corte reitera en otras palabras que la dignidad humana, como principio, no admite que no se conozca su contenido. La dignidad humana exige que el resto de los derechos no se desconozcan tales como la salud y la integridad física y moral entre otros.

Si se retoma la evolución del concepto de la dignidad humana, Francia es el centro de la revuelta que concluye con la Revolución y la Declaración de los Derechos del Hombre. Esta declaración sustrae del imaginario del común, que solo el gobierno puede tener potestad y que existen garantías. Las diferentes revoluciones, guerras e ignominia cometidas hicieron surgir en los Estados un orden jurídico de orden internacional.

Se encuentran varios señalamientos que la Corte Constitucional ha expresado acerca de la Dignidad Humana definición contenida en la Constitución de 1991. La connotación de que ubica al hombre en un sitio privilegiado para convertir

en el instrumento más eficaz al servicio de la dignificación del ser humano, así se establece desde el Preámbulo y en los artículos 1-95.

Por lo tanto, se impone la prevalencia del ser sobre el tener o el haber dentro de un contexto en las cuales las acciones de aquellos encargados de administrar justicia en sus diferentes niveles. El trato hacia las personas debe ser sin distinción alguna. Por lo tanto, la integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin del Estado.

Sobre el contenido del principio de la dignidad humana, la Corte ha identificado tres líneas jurisprudenciales en los siguientes aspectos como lo contempla la Sentencia T-881 -02.

TABLA 8. LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE DIGNIDAD HUMANA Y LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL.

Sentencia T-532 de 1992
La Corte señaló la estrecha relación entre la libertad individual y la dignidad humana.
Sentencia C-542 de 1993
La Corte se pronunció sobre la constitucionalidad de normas antisequestro, la Corte recurrió al imperativo categórico kantiano, para reforzar la idea según la cual no pueden superponerse los intereses generales a los derechos fundamentales, especialmente los de la libertad y la vida que son “inherentes” a la dignidad del ser humano. De igual manera la Corte insistió en que la dignidad se “logra” con el pleno ejercicio de la libertad individual.
Sentencia C-221 de 1994
La Corte señala que la dignidad constituyó uno de los fundamentos constitucionales para la despenalización del consumo de dosis personal de drogas ilícitas, la Corte consideró la dignidad humana como el fundamento de la libertad personal, que se concreta en la posibilidad de elegir el propio destino, cuando dicha elección no repercuta de manera directa en la órbita de los derechos ajenos.
Sentencia T-477 de 1995
La Corte al estudiar el caso de la readecuación de sexo de un menor de edad, decidió proteger sus derechos fundamentales con fundamento en la caracterización de la dignidad humana como autonomía personal.

Sentencia T-472 de 1996
La Corte estableció que las personas jurídicas no son titulares de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre, debido a que los mismos constituyen una “derivación directa del principio de dignidad humana”, en esta oportunidad se pronunció sobre el contenido de la dignidad asociándola a la autonomía individual.
Sentencia C-239 de 1997
La Corte creó una causal de justificación o eximente de responsabilidad, en el caso del homicidio pietístico; uno de los ejes de la argumentación fue el de la dignidad entendida como autonomía del enfermo para decidir sobre su vida en determinadas circunstancias.
Sentencia T-461 de 1998
La Corte decidió que la práctica consistente en limitar la actividad del trabajador a acudir al sitio de trabajo y no permitirle desarrollar las labores para las cuales fue contratado, al estar dirigida a configurar despido indirecto, afecta la dignidad humana en tanto imposibilita al trabajador el despliegue de la actividad y el “desarrollo de su ser”.

**TABLA 9. LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA DIGNIDAD HUMANA
Y LA INTANGIBILIDAD DE LOS BIENES NO PATRIMONIALES,
INTEGRIDAD FÍSICA E INTEGRIDAD MORAL.**

Sentencia T-401 de 1992
La Corte resolvió el caso de reclusos inimputables por demencia cuya medida de seguridad de internación psiquiátrica se había prolongado indefinidamente lo cual constituía una pena o trato cruel, inhumano o degradante, que claramente afecta la dignidad humana.
Sentencia T-402 de 1992
La Corte revisó la tutela interpuesta por la madre de un niño a quien su profesora lo castigó poniéndole un esparadrapo en la boca, la humillación padecida por el menor de edad fue una de las razones para determinar la procedencia de la tutela de sus derechos.

Sentencia T-123 de 1994
La Corte al estudiar un caso de violencia intrafamiliar, tuteló los derechos de una menor de edad a partir del enunciado normativo “respeto a la dignidad humana” del cual se desprende el derecho fundamental “a la integridad física y moral”.
Sentencia T-036 de 1995
La Corte puso de presente la relación entre la noción normativa de dignidad y la integridad física. De tal forma que es la prohibición de someter a persona alguna a la realización de “trabajos forzados” la que permite perfilar el contenido del llamado derecho a la “dignidad humana”.
Sentencia T-645 de 1996
La Corte resolvió el caso de una señora a quien después de varias revisiones médicas no le resolvían sus problemas de salud. La Corte tuteló el derecho a la integridad física el cual es “manifestación directa del principio de la dignidad humana”, ordenando la revisión de la actora por parte de un especialista.
Sentencia T-572 de 1999
La Corte al resolver el caso de una mujer que perdió la fisonomía de su cuerpo después de una operación de senos, concedió la tutela del derecho a la integridad física en relación con el derecho a la dignidad humana, ordenando la realización de una cirugía estética.
Sentencia T-879 de 2001
La Corte al resolver el caso de un delincuente gravemente herido que fue esposado a la cama del hospital por el policía custodio, tuteló los derechos del herido bajo el argumento según el cual, tal situación constituía un trato cruel que representaba una “vulneración de la dignidad humana”.

LA DIGNIDAD HUMANA EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

La dignidad humana envuelve la inevitable aseveración de que todos los seres humanos, son iguales entre sí, son titulares y que esta dignidad se integra con todos los derechos humanos, los civiles, los políticos, los económicos, sociales y culturales.

El desconocimiento de uno, o cualesquiera, o de todos estos derechos representa la inexistencia y el desconocimiento de la dignidad humana en su inevitable e integral totalidad. La dignidad es un atributo de las personas humanas, de todos los seres humanos, sin ningún tipo o forma de discriminación.

El concepto de dignidad está emparentado con el de honor. De igual manera, así como está un derecho al reconocimiento de la dignidad de todo ser humano, se tiene el derecho al honor, siendo titulares todas las personas. Sin embargo, dignidad y honor, aunque son correlativos, no son sinónimos. La dignidad se correlaciona con el honor. La persona al tener una dignidad inherente por ser humano, posee el derecho a que se proteja su honor.

Pero la dignidad humana tiene un contenido más amplio que el que resultaría sólo del honor a cuya protección tiene derecho todo ser humano. El honor es un concepto más concreto y específico que el de la dignidad. El de dignidad es más amplio y genérico y comprende otros posibles elementos constitutivos. De tal modo, al protegerse la dignidad se protege el honor y al garantizarse la protección del derecho al honor, se asegura el respeto a la dignidad humana³⁹.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 11 al hacer referencia a la dignidad, se cuida de no otorgar la misma identidad a los dos conceptos de dignidad y honor. Una reflexión:

... En los sistemas constitucionales en los que no hay una referencia expresa a la dignidad humana –como es y ha sido el caso de la Constitución Uruguaya–, pero que en cambio declaran el derecho a la protección del honor, esta invocación puede considerarse como una referencia implícita a la dignidad y a su necesaria protección, en cuanto el honor integra la esencia misma de la dignidad. Esto, naturalmente, sin perjuicio de que es posible entender que el derecho

39 Gros-Espíell, H. (2003). La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos Montevideo. Anuario de Derechos Humanos. *Nueva Época* vol. 4. 2003 (193-223): 198-199.

a la dignidad, derecho inherente a la personalidad humana, aunque no expresamente enunciado o enumerado, deba ser reconocido, garantizado y protegido por el sistema constitucional, como tiene que serlo, por ejemplo, en Uruguay⁴⁰.

La dignidad, inherente o intrínseca, es un atributo constitutivo e inseparable del ser humano y en consecuencia siempre inviolable.

Superada la II Guerra Mundial en 1948, la importante Declaración Universal de los Derechos Humanos, recupera y utiliza el concepto de dignidad humana. La Declaración, forjada siempre como una influencia de la Carta de las Naciones Unidas en lo que se describe a la proclamación, promoción y protección universales de los derechos humanos, tuvo su más importante fundamento en la noción filosófica y jurídica de la dignidad, dándole –siguiendo a, y profundizando la Carta–, un sentido y una significación jurídica específica.

La Declaración de 1948 impulsó la dignidad humana en varias ocasiones. En el Preámbulo lo hizo en dos ocasiones. Su párrafo primero dice: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”⁴¹.

Los instrumentos internacionales que a continuación se describen se relacionan directamente con los derechos humanos e invocan el concepto de dignidad humana:

1. EN LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU)

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoció en su Preámbulo que “estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana”. Encierran dos precisiones a saber sobre la frase anterior. Primero, que los derechos humanos económicos, sociales y culturales se desprenden, o resultan, tienen su cimiento, en la dignidad. Y, segundo, que esta dignidad es inherente a la persona humana.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos de igual manera registró en su Preámbulo que estos derechos «se derivan de la dignidad inherente a

40 Ibid., Gros- Espiell, H., pp. 198-199.

41 Ibid., Gros Espiell H., pp. 193-223.

la persona humana». Respecto de este párrafo del Preámbulo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos trae idéntica identidad al incluido en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de la Discriminación Racial, del 21 de diciembre de 1965, describe a la dignidad en los párrafos primero y segundo de su Preámbulo. El primero, en cuanto considera: “que la Carta de las Naciones Unidas está basada en los principios de la dignidad y de la igualdad inherentes a todos los seres humanos...” y el segundo al expresar “que la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos...”.

La Convención sobre Tortura del 27 de diciembre de 1985, en el párrafo segundo de su Preámbulo, describe y reconoce que “los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana,” emanan de la dignidad inherente de la persona humana”.

La Convención sobre el Apartheid en los Deportes, del 28 de mayo de 1986, en su párrafo segundo de su Preámbulo, cita la Declaración Universal de Derechos Humanos en cuanto esta proclama que “todos los seres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

La Convención sobre los Derechos del Niño, del 6 de diciembre de 1989 indica a la dignidad “intrínseca” de todos los miembros de la familia humana, en el párrafo primero de su Preámbulo, concepto que se repite en el párrafo segundo, en relación con la afirmación de esta hecha en la Carta de las Naciones Unidas.

La Convención de las Naciones Unidas sobre Diversidad Biológica, del 5 de junio de 1992, recalca en su Preámbulo que el reconocimiento de la diversidad genética de la Humanidad no debe dar lugar a ninguna interpretación de tipo social o político que cuestione “la dignidad intrínseca” y los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

Las dos Conferencias de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (Teherán, 1968 y Viena, 1994), incluyen en sus respectivas Declaraciones, reseñas a la dignidad humana.

La proclamación de Teherán (1968) únicamente incluye en su “exhortación final” (párrafo 2), un envío a la Declaración Universal de Derechos Humanos para que los Estados Partes dupliquen “sus esfuerzos para ofrecer a todos

los seres humanos una vida libre y digna”. La utilidad de este texto radica en que por primera vez invoca no la dignidad humana en sí misma, sino la vida digna, es decir una existencia humana en la que se den los elementos para que ella pueda ser digna.

La Declaración de la Conferencia de Viena (1993), en cambio, en el párrafo segundo de su Preámbulo, reconoció y afirmó que “todos los derechos humanos derivan de la dignidad inherente a la persona humana y que ésta es el sujeto esencial de los derechos humanos y de las libertades fundamentales...”.

2. EN LA UNESCO

Organización de las Naciones para la Educación, la Ciencia y la Cultura, es un organismo especializado de las Naciones Unidas (Artículo 57 de la Carta).

La Convención Relativa a la Lucha Contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza, adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Unesco, después de definir qué se entiende por «discriminación», acordó que esta es: “Toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza”.

Sin duda el instrumento internacional que hace una más reiterada referencia a la dignidad humana, y que aplica y explicita más este concepto, es la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, adoptada por unanimidad por la Conferencia General de la Unesco el 11 de noviembre de 1997 y ratificada en todos sus términos, también por unanimidad, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1998.

3. EN LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT)

Sin embargo es imprescindible hacer una referencia a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), no solo por la importancia de su acción en el campo de los Derechos Humanos, en particular, sociales, laborales y sindicales, sino porque la Declaración de Filadelfia, relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada en plena guerra, el 10 de mayo de 1944, y por

tanto antes de la Carta de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de Derechos Humanos, expresó en su capítulo II a): todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo, tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades⁴².

4. EN EL CONSEJO DE EUROPA

Es conocido que, en el sistema de protección regional de los derechos humanos del Consejo de Europa, el Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, del 4 de noviembre de 1950, no menciona las palabras dignidad humana. La década de 1940-1950, registra una historia de desconocimiento a la dignidad humana, el empoderamiento de gobiernos resistentes a respetar el concepto de la dignidad y los derechos humanos, recorrían Europa. Allí, resurge en el Derecho Constitucional democrático de la postguerra, la evidencia que la dignidad humana y su defensa y promoción constituyen uno de los principios generales que sustentan y dan pleno sentido a la Convención de 1950.

La Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, no remite expresamente a la dignidad humana. Pero al invocar en su Preámbulo «los ideales y los principios que son su patrimonio común» y al remitirse, también en la del parte preámbulo de la Convención Europea de noviembre de 1950, se entiende razonadamente al igual que en el Convenio anterior citado, que la dignidad humana es uno de los principios que sustentan la Carta Social Europea.

La Convención Europea sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina de 1996, protege “al ser humano en su dignidad” (Artículo 1). Como han dicho Noelle Lenoir y Bertrand Mathieu, “la dignidad de la persona humana es el fundamento mismo de la Convención”. Agregan estos autores, que “el principio de la dignidad apareja la primacía del ser humano sobre los intereses de la sociedad y de la ciencia” y citan al respecto los artículos 1 y 2 de la Convención⁴³.

42 Ibid., Gros- Espiell, H.

43 Lenoir, N. & Mathieu, B. (1998). *Les Normes Internationales de la Bioéthique*, Que sais – je?, PUF, París. p. 75.

5. EN LA UNIÓN EUROPEA

Tiene un lugar especial y esencial la invocación de la dignidad humana en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que tiene un carácter declarativo, dada en la Cumbre de la Unión del año 2001. Establece en parte de su Preámbulo:

Consciente de su patrimonio espiritual y moral, la Unión está fundada sobre los valores individuales y universales de la dignidad humana, la libertad y la solidaridad y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho. Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación.

6. EN LA CONFERENCIA SOBRE SEGURIDAD Y COOPERACIÓN DE HELSINKI

La Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa, que finalizó en Helsinki el 1 de agosto de 1975 y que reunió a treinta y cinco Estados, es decir a la República Federal de Alemania, la República Democrática Alemana, Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Checoslovaquia, Chipre, Dinamarca, España, los Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, el Reino Unido, Rumania, San Marino, la Santa Sede, Suecia, Turquía, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Yugoslavia, emitió una Declaración incluida en su Acta Final.

En esta Declaración, en su capítulo VII se establece:

(“Respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, incluida la libertad de pensamiento, conciencia, religión y creencia”) en el párrafo segundo, «los Estados participantes» convienen en la: “Promoción y fomento del ejercicio efectivo de los derechos y libertades civiles, políticas, económicas, sociales, culturales y otros derechos y libertades, todos los cuales derivan de la dignidad inherente a la persona humana y son esenciales para su libre y pleno ejercicio⁴⁴.”

44 Buerghental, T. (1977) Derechos Humanos, Derecho Internacional y el Acuerdo de Helsinki, traducido por: The American Society of International Law, (1979). Gros Espiell, H. (1985) *Los Derechos Humanos en las Relaciones Este Oeste, La Declaración de Helsinki. Estudios sobre Derechos Humanos*, I, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 53-77.

7. EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en Bogotá, en mayo de 1948, se reseña a la dignidad en el primer párrafo de su Preámbulo, que dice:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”. El artículo primero de la Declaración Universal de diciembre de 1948 es igual al párrafo primero del Preámbulo de la Declaración Americana de 1948. La coincidencia total entre los dos textos, aunque uno está colocado en la parte dispositiva y otro en la parte del preámbulo, demuestra no sólo el conocimiento y la relación de ambos textos durante el proceso de redacción, sino además la existencia de un pensamiento y de una ideología común en el fundamento de ambos instrumentos internacionales”⁴⁵.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), utiliza el término en el artículo 11 (Protección de la Honra y de la Dignidad), cuya frase 1 dice: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), se menciona a la dignidad en dos ocasiones. El párrafo tercero de su Preámbulo dice:

Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.

8. EN LA ORGANIZACIÓN DE UNIDAD AFRICANA (OUA)

La Carta de la Organización de Unidad Africana, al inicio mismo del texto, que: “La libertad, la igualdad, la justicia y la dignidad son objetivos esenciales para el logro de las legítimas aspiraciones de los pueblos africanos”⁴⁶.

45 Gros Espiell H. (1989). La Declaración Americana de Derechos, Deberes del Hombre, Raíces Conceptuales y Políticas en la Historia, la Filosofía y el Derecho Americano. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, número especial, San José, p. 218.

46 Héctor Gros Espiell. *La Dignidad Humana a y los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos*. p. 222

Y la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) de 27 de julio de 1981, luego de reproducir en el párrafo 2 de su Preámbulo la frase antes citada de la Carta de la OUA, dice en el párrafo octavo de esa misma parte pre ambular:

Conscientes de sus deberes para lograr la total liberación de África, cuyos pueblos están luchando aún por su dignidad y genuina independencia, y obligándose a eliminar el colonialismo, el neocolonialismo, el apartheid, el sionismo y a dismantelar las agresivas bases militares extranjeras y todas las formas de discriminación, especialmente aquellas basadas en la raza, el grupo étnico, el color, el sexo, el idioma, la religión o las opiniones políticas. Hay que señalar especialmente que el reconocimiento de la dignidad –individual y colectiva– constituye uno de los objetivos esenciales de los pueblos africanos. Es decir que se invoca no sólo la dignidad humana de todos los africanos, sino también la dignidad de los pueblos africanos⁴⁷.

A modo de conclusión todos los instrumentos internacionales que materia de derechos humanos que tienen relación directamente a la dignidad humana, se invocan como fuentes del Derecho internacional (aunque de diferente forma en cuanto a fuentes) y constituyen el contenido del Derecho de Gentes de nuestros días. La mayoría de las legislaciones en el mundo, tienen consignado su derecho interno el principio de la dignidad humana para hacerla efectiva a sus asociados.

47 Ibid., p. 223.

<p><i>Ap</i></p>	<p>Investigación. Examine la Constitución y ubique los artículos que contienen los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.</p> <p>Reflexión. Revise si el principio de corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el Estado este último con la coordinación de las entidades –agentes– responsables realmente cumple a hoy con los mandatos de la Convención de los derechos del Niño, a la luz de la Protección Integral en Colombia.</p> <p>Reflexión. Analice o debata hasta qué punto el desarrollo del principio de la Dignidad humana en la legislación, ¿garantiza efectivamente el ejercicio de los derechos prevalentes a los niños, niñas y adolescentes?</p>
<p><i>Ae</i></p>	<p>CASO ENUNCIADO</p> <p>En un Centro de atención de niños entre los 5 a 18 años, que cuenta con personería jurídica y licencia de funcionamiento conforme a la ley, se presenta por parte del cuidador en horas de la noche, situaciones de maltrato físico y psicológico, tal cual lo describe un niño que no quería tomar los alimentos: “... nos pegan, nos castigan, nos dan con las ollas de la cocina... un día casi me tumba un diente con la cuchara metiéndome la comida a la boca porque yo no quería comer para ir al colegio... tenía como 7 años yo...” los maltratos son del conocimiento de uno de los padres que tienen a su hijo en el Centro y denuncia los hechos ante el ICBF. El Centro de atención queda ubicado en un barrio donde se encuentra un Centro de atención inmediata de la Policía Nacional y un Centro de salud.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Para el efecto de la Protección Integral del niño, el principio de la dignidad humana, de qué forma y a través de qué mecanismos interinstitucionales en el caso, se alcanza la protección del niño? 2. Explique la interacción entre esos principios y los artículos 42 y 44 de la Constitución del 1991. ¿Cómo aplican a este caso? 3. ¿Frente a la actuación de la familia en el caso particular, qué puede concluir con respecto a su función como sistema protector del niño y las políticas públicas de protección al niño, niña o adolescente?

<p><i>J</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Sentencia T-401 de 1992. El derecho a la libertad. Igualdad ante la Ley. Principio de la dignidad humana. • Sentencia T-499 de 1992. Principio de la Dignidad Humana. • Sentencia C-521 de 1998. Principio de dignidad humana, reconocimiento superior de la dignidad como principio fundante. • Sentencia T-556 de 1998. Derecho a la salud del niño. Prevalencia de derechos del niño. • Sentencia T-1430 de 2000. Principio de la dignidad humana. Prevalencia del Derecho del Niño. Principio de interés superior del niño. • Sentencia T-009 de 2009. Interrupción voluntaria del Embarazo. Reiteración de la jurisprudencia de la C 355 de 2006. Autonomía de la Voluntad de la mujer. • Sentencia T-973 de 2011. Evolución y reiteración de jurisprudencia Interés superior del niño. Caracterización jurídica como sujeto de especial protección constitucional.
<p><i>B</i></p>	<p>Bácares-Jara, C. (2012). <i>Una lectura hermenéutica a la Convención de los derechos del Niño</i>. (Tesis de maestría no publicada). Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. Disponible en: http://cybertesis.unmsm.edu.pe/xmlui/bitstream/handle/cybertesis/2132/Bacares_jc.pdf?sequence=1</p> <p>Buerghental, T. (1977). Derechos Humanos, Derecho Internacional y el Acuerdo de Helsinki, traducido The American Society of International Law, (1979). GROS- ESPIELL, H. (1985) <i>Los Derechos Humanos en las Relaciones Este Oeste, La Declaración de Helsinki. Estudios sobre Derechos Humanos</i>, I, Editorial Jurídica Venezolana.</p>

	<p>Cillero- Bruñol, M. (1999). El interés superior del niño en el marco del Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. <i>Infancia, ley y democracia en América Latina</i>. Emilio García Méndez y Mary Beloff (Comp.). Editorial Temis, Desalma, Bogotá, 2 edición 1999, p. 78.</p> <p>Escobar, A. (2004). <i>La invención del Tercer Mundo: construcción y deconstrucción del desarrollo</i>. Editorial Norma. Bogotá.</p> <p>Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (2004). <i>Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño</i>. Ginebra, Suiza.</p> <p>Galvis-Ortiz, L. (2006). <i>Las niñas, los niños y los adolescentes: titulares activos de derechos: mirada a Latinoamérica</i>. Ediciones Aurora. ISBN, 9589136303, 9789589136300.</p> <p>Gros-Espiell H. (2003). La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos Montevideo. Anuario de Derechos Humanos. <i>Nueva Época</i>. Vol. 4.</p> <p>Hodgkin, R. & Newel, P. (1998). <i>Manual de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño</i>. Nueva York.</p> <p>Ibáñez- Najar, J. E. (2007). <i>La vida de los derechos de la niñez</i>. Ministerio de Justicia y el Derecho.</p> <p>Lenoir, N. & Mathieu, B. (1998). Les Normes Internationales de la Bioéthique, p. 75, <i>Que sais – je?</i>, PUF, París.</p> <p>Ley 1068 (2006). Código de la Infancia y la Adolescencia. Colombia. <i>Diario Oficial</i>, edición no. 46.446.</p> <p>López-Contreras, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido. <i>Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud</i>, 13 (1): 51-70.</p> <p>Naciones Unidas (1989). La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25.</p>
--	---

	<p>Naciones Unidas. (2000). Declaración del Milenio.</p> <p>Platt, A. (2006). <i>Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia</i>. Siglo XXI Editores. México.</p> <p>Unicef (1991). Estado Mundial de la Infancia. Disponible en: http://www.un.org/es/sections/issues-depth/children/index.html</p> <p>Unicef (1998). Manual de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño. Nueva York.</p> <p>Universidad del Rosario (2014). Derecho Internacional Familiar. Homenaje a Haydee Barrios. Universidad Metropolitana. Editorial Universidad del Rosario.</p> <p>Constitución Política de Colombia 1991.</p> <p>Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 571 del 26 de octubre de 1992. M. P. Sanín Greiffenstein, Jaime.</p> <p>Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-597 del 15 de diciembre de 1993. M. P. Cifuentes Muñoz, Eduardo.</p> <p>Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-041 del 3 febrero de 1994. M. P. Cifuentes Muñoz, Eduardo.</p> <p>Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-411 del 19 de septiembre de 1994. M. P. Dr. Naranjo Mesa, Vladimiro.</p> <p>Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-442 del 30 de septiembre de 1994. M. P. Barrera Carbonell, Antonio.</p> <p>Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-459 del 12 de octubre 1995. M. P. Cifuentes Muñoz, Eduardo.</p> <p>Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-569 de 1995. Teoría y Jurisprudencia de los Derechos Sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado. Editor: Langfor Malcolm.</p> <p>Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T 881 de 2002. M. P. Montealegre Lynett, Eduardo.</p>
--	--

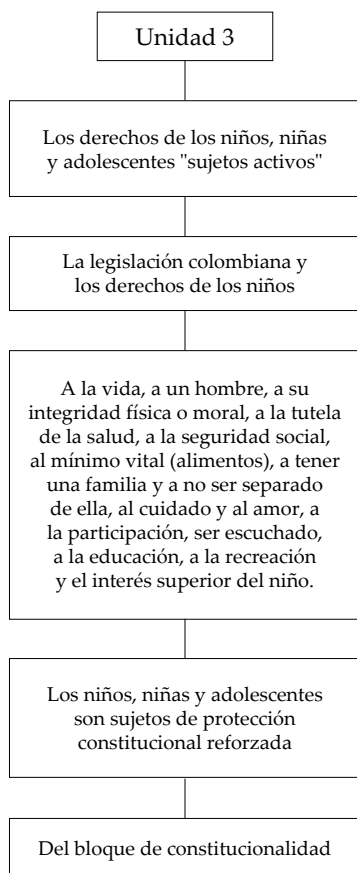
Unidad 3

LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. SUJETOS ACTIVOS

<i>Og</i>	Reiterar el tratamiento jurídico que los jueces, magistrados otorgan a los niños, las niñas y adolescentes como sujetos de derechos en los casos en los cuales se encuentran involucrados.
-----------	--

<i>Oe</i>	Determinar en el abanico de derechos de los niños, las niñas y adolescentes aquellos que por su importancia constitucional son imprescindibles aplicar en los casos a resolver.
-----------	---

MAPA CONCEPTUAL



INTRODUCCIÓN. LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y ADOLESCENTES “SUJETOS ACTIVOS”

La comprensión de niños, niñas y adolescentes como sujetos titulares de derechos en distintos contextos (familiar, institucional, social), implica tanto la movilización de la acción de la sociedad hacia la protección de esta dignidad ciudadana, como la incorporación pedagógica de la responsabilidad de los sujetos en cuanto portadores de la misma. Es decir, no solo se trata de una sociedad y un Estado que protege la garantía y el cumplimiento de los derechos, sino de unos niños, niñas y adolescentes ciudadanos que se hacen responsables de tal garantía a través del mismo ejercicio del derecho a la participación.

La Ley de Infancia y Adolescencia como nuevo articulador del sistema, ha generado cambios en las acciones institucionales, afianzado prácticas y conceptos que le son afines, e invalida algunos que le son contrarios; así, entra en el concierto institucional y ciudadano dentro de una historia y unos hábitos consolidados, que se tendrán que cambiar positiva y coherentemente.

Su intención ha sido la de mejorar el funcionamiento del aparato del Estado y los comportamientos ciudadanos en función del bienestar de niños, niñas y adolescentes. Esto ha implicado un ejercicio de evaluación, análisis y transformación en muchos y variados ámbitos. Los derechos de los niños, las niñas y adolescentes se encuentran ubicados en la legislación interna y en la internacional, acompañados de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales a la luz del Bloque de Constitucionalidad, donde solamente los Jueces constitucionales logran después de realizar el estudio que genera el enfrentamiento entre dos o más derechos similares en categoría resolver a favor de uno u otro.

LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA Y LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

1. EL DERECHO A LA VIDA DE LOS NIÑOS

La Carta Política de 1991 consagra como derecho fundamental el derecho a la vida. Su connotación es el de ser un derecho prevalente y lleva intrínseco la condición de ser necesario para el ejercicio de otros derechos. No contempla el ordenamiento jurídico reserva alguna sobre este derecho, porque de incluirlas estaría siendo contraria a la Carta Constitucional. Sin embargo, se encuentran instituciones jurídicas como la *legítima defensa* o *el estado de necesidad*, consagradas en el derecho penal, en la cual se puede privilegiar la propia vida frente a la de otros. Estas limitaciones solo pueden presentarse cuando se privilegia la propia vida y ante situaciones determinadas en la ley. Así que el derecho a la vida permanece incólume.

El derecho a la vida tiene un carácter intangible. En su momento la Comisión Primera de la Asamblea Nacional Constituyente, analizo este derecho y considero que su fundamento no requiere de manera algún reconocimiento. La Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen que el derecho a la vida es intangible y que por tal razón ni siquiera en estados de excepción, no puede ser limitado o suspendido.

La Sentencia de la Corte Constitucional No. T-374 del 3 septiembre de 1993. M. P. Dr. Fabio Morón Díaz, precisa que la situación de desconocimiento de la vida, es lo que ha llevado a legislador dejar en primer lugar el derecho precitado en la numeración de los derechos constitucionales. En esta sentencia, se establece que la responsabilidad de respetar la vida no solo es del Estado, sino también de la comunidad o asociados. De igual manera, esta situación se encuentra relacionada con el artículo 95 cuando establece como deber de los colombianos actuar de acuerdo al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones de riesgo para la vida humana. El derecho a la vida de los niños, las niñas y adolescentes, también se encuentra en primer lugar, siendo responsabilidad de la familia y la sociedad actuar de manera positiva ante hechos de riesgo.

La Corte Constitucional, a través de la sentencia citada, dice que el derecho a la vida, trae consigo el hecho de preservar la integridad física y

moral, de acuerdo a lo contenido en el artículo 12 de la Constitución Política y que el conjunto de derechos trae consigo, el reconocimiento de la salud, al medio ambiente sano, a condiciones de seguridad e higiene si se encuentra laborando, así como el derecho a no ser privado de algún miembro corporal, el derecho a la apariencia o imagen corporal.

“El Constituyente de 1991 consagró como uno de los fines del Estado y la sociedad, la protección a toda persona en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. Ello sobre la base del respeto por la dignidad humana, de que trata el artículo 1º de la Constitución Política, en cuyo caso “ser digno en sentido jurídico significa, en una primera y radical acepción, que la persona humana, por el hecho de tener ontológicamente una superioridad, un rango, una excelencia, tiene cosas suyas que, respecto de otros, son cosas que le son debidas”⁴⁸.

La misma Sentencia, manifiesta que constitucionalmente la protección del no nacido está ubicada en el Preámbulo y en el artículo 11 (del derecho a la vida), por vía directa y por vía indirecta en el artículo 43 al ofrecer protección a la mujer en estado de embarazo. Y el artículo 44 de la Carta establece como primer derecho fundamental de los niños, el derecho a la vida.

De tal manera que si la pareja como lo establece el artículo 42, puede y tiene derecho a decidir libre y responsablemente el período en que desea tener un hijo, debe apropiarse de esa decisión con la seriedad y trascendencia en la vida, esta determinación implica la proyección hacia el futuro del hijo. El cuidado, sostenimiento, educación y cariño que reciba de sus padres se reflejará en un niño sano y en un adulto capaz de desarrollar plenamente su libre personalidad.

La obligación de velar por la vida del *nasciturus* no responde a una simple obligación alimentaria, pues la madre requiere de los cuidados permanentes, de una constante vigilancia médica que le garanticen en forma mínima la atención del parto y los primeros cuidados del niño. Por lo mismo, la protección a la vida no nacida hace parte de la defensa de los derechos y de la dignidad humana. Así lo establece el artículo 93 de la Constitución Política.

En el numeral 1 del artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1992 que dice: “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará

48 Ilva Myriam Hoyos Castañeda. El concepto Jurídico de la persona. Editorial Eunsá, Pamplona, 1989, pág. 483.

protegido por la ley y, en general, **a partir del momento de la concepción**. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente»⁴⁹.

El Decreto 2732 de 1989 (Código del Menor, derogado), establecía que se protege la vida del *nasciturus*, cuando en el artículo 4º establecía que *“todo menor tiene el derecho intrínseco a la vida y es obligación del Estado garantizar su supervivencia y desarrollo”* y en el artículo 5º de esa misma norma consagraba que: *“todo menor tiene derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia necesaria para lograr un adecuado desarrollo físico, mental, moral y social: estos derechos se reconocen desde la concepción”*.

El actual Código de Infancia y Adolescencia –Ley 1098 de 2006– en el Capítulo II, Artículo 17 consagra que *“... los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y aun ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente...”*.

La Constitución Política no aborda en punto acerca de ¿Cuándo se empieza a ser persona? ¿Desde la concepción? ¿Desde el nacimiento? La Carta remite a la Ley Civil. Sin embargo, es posible afirmar al menos que por reenvío constitucional al derecho internacional, por las normas internacionales vigentes, por la legislación interna y, sobre todo, por la filosofía humanista del Estado Social de Derecho, es preciso deducir, como lo hace aquí la Corte que se tienen derechos desde la concepción.

Por lo mismo, en Colombia es aplicable lo manifestado por el Tribunal Constitucional español en la providencia 53 de fecha 11 de abril de 1985 al considerar que:

*“si la Constitución protege la vida con la relevancia a que antes se ha hecho mención, no puede desprotegerla en aquella etapa de su proceso que no sólo es condición para su vida independiente del claustro materno, sino que es también un momento del desarrollo de la vida misma; por lo que ha de concluirse que la vida del *nasciturus*, en cuanto éste encarna un valor fundamental —vida humana—, garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional”*⁵⁰.

La Sentencia aludida de manera expresa sostiene: “La defensa de la vida aún no nacida forma parte de la defensa de los derechos y de la dignidad

49 Negrillas no originales del texto.

50 *Ibíd.*, Corte Constitucional. Sentencia T-179 de 1993. M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero.

humana. Los derechos del *nasciturus* se encuentran reconocidos en normas internacionales sobre Derechos Humanos”⁵¹. Estas normas rigen en Colombia por disposición del Artículo. 93 de la Constitución Política.

Con ello, el Estado debe establecer un sistema de protección legal para la vida que se inicia en la concepción, para lo cual debe contemplar herramientas penales establecidas por el legislador las cuales deben estar dirigidas a sancionar a quien cause daño.

La vida del que está por nacer tiene un valor fundamental, por la esperanza de su existencia por la persona que representa, y por su estado de indefensión que requiere de especial protección de parte del Estado. La Sentencia T 179 de 1993, indica que la “protección a la vida del no nacido, encuentra sustento en el Preámbulo, y en los artículos 2 y 5, pues es deber de las autoridades públicas, asegurar el derecho a la vida de todas las personas, y obviamente el amparo comprende la protección de la vida durante su proceso de formación y desarrollo, por ser condición para la viabilidad del nacimiento, que da origen a la existencia legal de las personas”.

Así continúa la Sentencia precisando que el contenido de los artículos 42, 43, y 44 de la Carta, sostienen que la familia es la institución básica de la sociedad, y que la mujer durante su embarazo debe ser protegida y que una vez nazca el niño, gozará de una protección especial por parte del Estado y se declara que la vida es un derecho fundamental de los niños.

El reforzamiento constitucional culmina con lo preceptuado en el artículo 93, inciso 2, dado que incorpora al cuerpo normativo constitucional el contenido de los derechos humanos en los tratados y convenios internacionales vigentes. La Sentencia indicada que recorre este derecho, también recalca que el artículo 11 de la Carta, su interpretación será a la luz de los tratados internacionales. De estos, se encuentran ratificados en Colombia y que reconocen el derecho a la vida: Convención de los Derechos del Niño, aprobada en Colombia con la Ley 12 de enero de 1991, la Convención Americana de los Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica con la Ley 16 de 1992. El pleno del contenido de estos instrumentos internacionales, dan cuenta de la protección a la vida, como primacía de la preservación de la vida.

Al existir un reconocimiento constitucional de la preeminencia e inviolabilidad de la vida descarta, que cualquier situación atente directa o no contra el no nacido.

51 Ibid., Sentencia T-179 de 1993.

Dice la Corte, que la Constitución Política, resguarda el de la vida tratando como valor y derecho principal e ineludible siendo titular todo ser humano, desde que se encuentra en gestación hasta su final. Así mismo, considera que la vida humana, siendo presupuesto necesario de todo derecho, tiene una jerarquía superior por lo cual prevalece frente a otros derechos aún en conflictos insuperables.

El 10 de mayo de 2006, mediante la sentencia C-355, la Corte Constitucional de Colombia fue clara y contundente respecto a la interrupción voluntaria del embarazo en tres situaciones:

Primera: Cuando la continuación del embarazo constituye un peligro para la vida o la salud de la mujer, debido a que se considera que prima la vida de la mujer. Esta situación debe estar certificada por un médico.

Segunda: cuando existe una grave malformación del feto que haga inviable su vida. Debe estar certificada por un médico.

Tercera: cuando el embarazo es resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto.

En el acontecer diario, aún se hacen reparos para la práctica de la interrupción del embarazo cuando la mujer o una adolescente lo solicita, sin embargo, si bien no se recibe por parte de numerosos sectores de la sociedad y la familia esta decisión trascendental por parte de la Corte, es cierto, que lentamente se va tomando conciencia de este derecho que le asiste a la mujer.

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LOS NIÑOS A SU INTEGRIDAD FÍSICA O MORAL

De acuerdo con los artículos 19, 34, y 36 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño los Estados deben adoptar las *medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, violencias sexuales, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo*. De igual manera indica que el Estado debe proporcionar los programas sociales de asistencia para los niños y la familia y que debe establecer formas de prevención y tratamientos correspondientes cuando el niño sufra vulneración en sus derechos. Así mismo, la Convención llama al

Estado a proteger a los niños contra toda forma de abuso y explotación sexual y a evitar su utilización en prácticas sexuales cualquiera sea.

Así la Corte precisa que el respeto a la integridad física “en un sentido moral y jurídicamente extenso que no se reduce sólo a la prevención policiva... comporta el deber de no maltratar, ni ofender, ni torturar, ni amenazar a las personas mucho menos a aquellas con quien se comparte la unión doméstica de procreación y desarrollo de los hijos y de la familia, y la promesa de mutuo fomento material y espiritual”⁵².

Como lo establece la Corte Constitucional en Sentencia No. T-503 del 4 de noviembre de 1994. M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, “el derecho a la integridad personal es un derecho inherente a la persona humana, por cuanto que es un bien constitutivo de su ser. El derecho a la vida genera el derecho a la integridad física, porque la vida humana es integral, por un lado, y tiene un componente corpóreo indiscutible, por otro”.

Con respecto a la moral, la Corte ha determinado que la moral es un objeto jurídico protegido; que existe un derecho a la moral, y que la moral vinculante es la “generalmente aceptada por los colombianos” Corte Constitucional Sentencia C 224/94. M. P. Dr. Jorge Arango Mejía. Así la moral consiste en *principios, valores y virtudes fundamentales, aceptados por la generalidad de los individuos que constituyen el soporte de una convivencia libre, digna y respetuosa*.

Los principios y valores sirven de fundamento para la construcción y sostenibilidad de la convivencia digna y respetuosa. Al aplicar esos principios se desprende una convivencia que respeta la dignidad humana, en el sentido que se valora la persona sin condición alguna. Así se puede señalar que la libertad no consiste en hacer lo que se desee, es una decisión autónoma de obrar con responsabilidad, eso es, tener autodominio.

Se desprende la afirmación que hace la Corte, que existe el derecho a la integridad moral que hace parte de la vida del hombre. La vida del hombre va más allá de sobrevivir, hay un derecho a la moral, que hace que el individuo actúe conforme a sus principios y valores, sin afectar las libertades del otro.

Para el caso particular de los niños, la Constitución Política en sus artículos 42 y 44 manifiesta que *la integridad moral* de estos, implica obligaciones de hacer como las de orientar al hijo a través de la palabra y el ejemplo que conlleve a la estimación de los valores y aprehender de los

52 Corte Constitucional. Sentencia No. T-529 de septiembre de 18 de 1992. M.P. MORÓN- DÍAZ, Fabio.

principios fundamentales y cuidar de la estructura moral del niño a través de estímulos, cuidado y prevención. Desde las obligaciones de no hacer se encuentra la violencia moral debe abolirse del entorno familiar.

La violencia moral se traduce en la violación de la estructura moral de una persona, debido a los actos de mal ejemplos, vulneración de la inocencia etc., esto es un mal para el niño. De aquí surge que el respeto a este derecho inalienable como lo presenta la Sentencia No. T-503/1994, que permitió establecer la constitucionalidad de las normas que penalizan el acceso carnal abusivo y otros delitos, en los cuales se encuentra un menor de 14 años.

En cuanto a *la integridad física* la Corte ha manifestado que a los padres les corresponde sancionar moderadamente a los hijos. La sanción no puede confundirse con el maltrato físico, moral ni con el daño psicológico. De importancia tener en cuenta que para que la sanción cumpla con su objetivo se requiere que existan motivos ciertos, que sea justa y razonable frente a la falta cometida y que sea oportuna. Expresa la Corte que la eficacia de la sanción no radica en el sufrimiento intenso, sino en la firmeza con que se aplique. El Código de Infancia y Adolescencia en el artículo 18 consagra que

Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.

Para los efectos de este Código, se entiende por maltrato infantil toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente por parte de sus padres, representantes legales o cualquier otra persona.

Este artículo tiene concordancia con Constitución Política arts. 12, 17, 42, 44, 45, 50.

Los castigos corporales, humillaciones físicas y psicológicas en el derecho moderno no tienen cabida para educar a los niños, niñas y adolescentes por parte de sus progenitores o cuidadores.

3. EL DERECHO A LA TUTELA DE LA SALUD

Es un derecho fundamental, derivado del derecho a la vida que tiene toda persona humana, desde el momento de la concepción hasta su muerte. La salud es un bien jurídico que es debe ser protegido por el Estado y por la Sociedad y de manera particular por las personas que cuidan del niño para garantizar el ejercicio pleno de los derechos. Las características de este derecho fundamental son: a) es derecho fundamental porque es inherente a la vida, b) es un derecho derivado de la vida. La salud es un efecto vital. c) el derecho a la salud, al ser inherente a la persona humana, se manifiesta en la totalidad de la existencia del hombre, en cualquier lugar y tiempo, mientras haya vida humana, hay derecho a la salud. d) es un derecho a conservar la plenitud de sus facultades físicas, mentales y espirituales.

La Corte ha dicho que a juicio de la Constitución Política no reconoce claramente el derecho a la salud, que escapa al control del Estado, respalda es el derecho a la tutela de la salud, luego lo que acepta es la protección y su recuperación, el cual tiene una connotación de derecho prevalente del Estado de prestar un servicio de salud, eficiente y oportuno.

Tiene particular importancia el carácter prevalente que tienen los derechos de los niños dentro de la obligación estatal de prestar los servicios de salud. Así el artículo 49 de la Constitución hace referencia a la atención a la salud y el saneamiento ambiental cuyos servicios los debe suministrar el estado, el artículo 44 a la salud de los niños como un *derecho fundamental* que *prevalece* sobre los derechos de los demás, está protegido por la familia y el Estado.

Precisa la Corte, que el derecho a la salud es un derecho de prestación, y la pregunta es si las normas que lo contienen tienen carácter de preceptos de imperativo e inmediato cumplimiento o si el contenido solo refleja un mero postulado programático y si la voluntad del legislador determina el paso a seguir. Pero la Corte tiene abundantes sentencias sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y se derivan según el caso en concreto, varios elementos teóricos a saber para resolver de la mejor manera posible.

Por norma general, los derechos de prestación no se protegen a través de la acción de tutela. Pero, según la situación que se presenta cuando se viola al mismo tiempo un derecho fundamental de aplicación inmediata. De otra parte, debe tenerse en cuenta los hechos en la definición y solución del problema. Por lo tanto, y como lo presenta la Sentencia T-597/1993. La violación de derechos fundamentales de aplicación inmediata se demuestra mediante la lectura de los hechos que se realiza a la luz de los derechos

constitucionales. En los derechos de prestación se constata de manera inversa y se prueba la violación en el cual el alcance y sentido de las normas se determina según las particularidades de cada caso. De suma importancia es el Juez de tutela y la Corte Constitucional. Sin embargo, los derechos constitucionales de prestación le dan amplia discrecionalidad a la ley para que los desarrolle, pero con la imposición de hacer la interpretación de acuerdo a las normas.

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre los niños con condición especial discapacidad. También se ha pronunciado sobre la prioridad del gasto social para la salud y la seguridad social y la protección que debe tener los menores de edad. Caso emblemático son los hechos sucedidos en los servicios que prestó para esa época la Beneficencia de Cundinamarca a los niños en condición de discapacidad, donde el descuido y la negligencia hace que los niños, en su condición ya mencionada, sufran graves situaciones no solo en la atención de salud sino también en su dignidad humana.

4. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

El artículo 48 de la Constitución Política reconoce de manera directa la seguridad social y lo considera como un servicio público y se encuentra dentro de los derechos sociales, económicos y culturales y es un servicio público y en consecuencia de carácter obligatorio.

La Corte Constitucional en Sentencias C-134 y T-011 M. P. Dr. Alejandro Martínez Caballero, T-116 y T -356 M. P. Dr. Hernando Herrera Vergara, C-012/94 M. P. Dr. Antonio Barrera Carbonell entre otras, fija el contenido y la naturaleza jurídica del derecho a la seguridad social de la siguiente manera:

La seguridad social ha sido concebida por el conjunto de medidas adoptadas por la sociedad y por el propio Estado, para garantizar los diferentes sectores de la población los servicios y las conclusiones de vida necesarios, cuando se presenta una pérdida o reducción importante de los medios de existencia causados por las circunstancias no propiamente creadas o queridas por los afectados, y que tienen su origen en los riesgos sociales, asociados principalmente con la actividad laboral o con la imposibilidad de acceso al trabajo o con el deterioro de las condiciones físicas o de la salud de las personas.

El derecho a la seguridad Social ha sido considerado reiteradamente por esta Corte, como un derecho constitucional fundamental, dada su íntima

relación con los derechos a la vida (art 1, al trabajo (art. 25) y a la salud (art. 49).

El derecho a la Seguridad Social se encuentra en la Constitución Política en diferentes artículos. Con respecto a los niños y la seguridad social, el artículo 44, al consagrar varios derechos fundamentales, incluye el derecho a la seguridad social; el artículo 46 dispone que el Estado garantizará a las personas de la tercera edad los servicios de seguridad social integral; el artículo 47 impone al Estado la obligación de adelantar una Política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; el artículo 48, transcrito antes, garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social; y el artículo 53 al enunciar los principios mínimos fundamentales que debe tener el estatuto del trabajo, incluye la garantía a la seguridad social. Adicionalmente en virtud del precepto del artículo 93, según el cual los convenios y pactos internacionales son fuente de interpretación de los derechos humanos, es posible aplicar la normatividad relativa a la seguridad social, contenido en tales instrumentos.

Y el profesor Francisco Zúñiga Azuero (s. f.) agrega que:

Los avances económicos, sociales o políticos que logre la humanidad, para considerarse realmente como tales, deben caracterizarse por ser sostenibles. Más que un problema tecnocrático, esto corresponde a una dimensión ética: no debemos perjudicar a quienes nos sucederán en nuestro país o en nuestro planeta. Una sociedad debe preocuparse de que los avances que logre en consumo, educación, salud, infraestructura física, etc., puedan ser mantenidos indefinidamente, sin ninguna interrupción o pérdida en los atributos de cantidad o calidad. Uno de los elementos importantes de la sostenibilidad es la económica-financiera. Además de destruir el medio ambiente o de agotar los recursos naturales de que dispone, las actuales generaciones podrían amenazar a las futuras gastando los recursos financieros de que ellas podrían disponer.

Un consumo exagerado de bienes y servicios, financiado, no a partir de nuestra capacidad productiva sino con endeudamiento, es una manera de hacer pagar a las futuras generaciones. Para pagar la deuda, ellas inevitablemente tendrán que disminuir su nivel de vida, mediante incrementos en los impuestos o disminución en los niveles de gasto. Estas consideraciones permiten entender el sentido del Acto Legislativo 3 de 2011 que estableció en la Constitución Colombiana el principio de sostenibilidad

fiscal. Dice el artículo primero de dicho acto que este principio debe fungir como instrumento para alcanzar progresivamente los objetivos del Estado Social de Derecho⁵³.

5. EL DERECHO AL MÍNIMO VITAL. ALIMENTOS

Desde 1992 la Corte Constitucional se ha pronunciado de manera reiterada como un derecho que se deriva de los principios de Estado Social de Derecho, dignidad y solidaridad en correspondencia con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad en la particularidad de medidas de protección especial a personas en situación de vulneración y necesidad manifiesta, por el carácter de derechos directa e inmediatamente ajustables a los derechos ya mencionados.

El mínimo vital como derecho fundamental alcanza las medidas positivas o negativas constitucionalmente ordenadas, esto evita que la persona se vea minimizada en su valor como persona.

Este derecho fundamental protege a la persona que se vea inmersa en hechos de degradación que pueda comprometer su subsistencia física por valor intrínseco. La Jurisprudencia trae la línea de protección a través de acciones positivas, al derecho fundamental al mínimo vital y lo ha ordenado al Estado, por ello, las personas vulnerables como inimputables, detenidas, personas en habitabilidad en calle, mujeres embarazadas y en acciones negativas, al Estado no le está permitido traspasar en materia de disposición de los recursos materiales para llevar una vida digna.

La acción del Estado para evitar la inembargabilidad, la protección de los derechos laborales, es deber también del Estado, propender por no traspasar la barrera constitucional inferior que pueda garantizar la supervivencia digna de la persona. A modo de ejemplo los artículos 34, 13 y 2 de la Constitución Política.

El derecho fundamental al mínimo vital se encuentra relacionado con las situaciones materiales que permiten a las personas tener una vida digna, por ello, el Estado no puede exceder las cargas tributarias para quienes están en el margen de la vulnerabilidad y toda actuación debe interpretarse a la luz del principio del Estado Social de derecho.

53 Zúñiga Azuero, F. (s. f.). *Sostenibilidad del sistema de salud colombiano. Requisitos básicos y amenazas*. Universidad de los Andes. Facultad de Administración, pp. 197-198.

Se citan las Sentencias T-426 de 1992 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia T-005 de 1995 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia T-015 de 1995 M. P. Hernando Herrera Vergara acorde a la temática en cuanto que “Existe una íntima relación entre el derecho a un mínimo vital y el compromiso institucional para garantizar el cubrimiento de las necesidades básicas insatisfechas (CP arts. 324, 334, 350, 357, 366).

Las Sentencias T-645 de 1996 M. P. Alejandro Martínez, Sentencia T-283 de 1998 M. P. Fabio Morón Díaz, Sentencia T-268 de 1998 M. P. Fabio Morón Díaz, Sentencia T-328 de 1998 M. P. Fabio Morón Díaz, Sentencia C-251 de 1997 M. P. Alejandro Martínez Caballero. En esta ocasión la Corte sostuvo: “El Estado tiene frente a los particulares no sólo deberes de abstención, sino que debe igualmente realizar prestaciones positivas, sobre todo en materia social, a fin de asegurar las condiciones materiales mínimas, sin las cuales no es posible vivir una vida digna”.

Sobre la dimensión positiva de los derechos fundamentales puede consultarse además la Sentencia T-595 de 2002 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. Sentencias T-680 de 2003 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Sentencia T-259 de 2003 M. P. Jaime Araújo Rentería, Sentencia T-850 de 2002 M. P. Rodrigo Escobar Gil.

Con respecto a los derechos fundamentales de los niños con respecto a los alimentos, también la Corte se ha pronunciado y dice:

Los padres deben obrar con absoluta responsabilidad desde la concepción de los hijos. Velar por que su etapa de niñez y adolescencia cuente con su respaldo afectivo y económico... en Colombia son miles de niños, niñas que padecen los rigores de la inasistencia de sus padres y esto es un motivo generador de violencia. El niño no puede ser considerado como un ser aislado; es producto de la maternidad, la familia y la sociedad. Estas condicionan su existencia por cuanto él evoluciona siempre con respecto a ellas, lo cual hace evidente que el niño sea un ser en alto grado indefenso y frágil⁵⁴.

54 Corte Constitucional. Sentencia T 502 de 1992. M. P. Martínez Caballero, Alejandro.

6. EL DERECHO DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA

La *familia* constituye en el apoyo esencial de la crianza y cuidado, lo que exige “trascender de la atención individual y activar procesos de colaboración y de corresponsabilidad; porque si para los individuos es el contexto más propicio para generar vínculos significativos, favorecer la socialización y estimular el desarrollo humano; para el Estado y la sociedad, la familia es su capital”⁵⁵.

Los primeros vínculos afectivos, la comunicación, la interacción e interdependencia se generan en la familia, por ello se establece que esta es la formadora por excelencia durante el proceso de orientación y crianza de los niños, niñas y adolescentes, trae de manifiesto la obligación compartida del padre y la madre de velar por que las garantías de los derechos de los niños, se cumplan. Esta obligación se encuentra establecida en el artículo 14 de la Ley de Infancia y Adolescencia, así como el artículo 15 de la misma ley, que establece que la Familia, Sociedad y el Estado debe orientar a los niños para que asuman también sus responsabilidades cívicas.

Para el ente rector de la niñez y adolescencia en Colombia, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), la familia es una unidad ecosistémica, que no se puede sustraer a que los miembros o integrantes de la célula más importante de la sociedad tienen procesos e interacción permanentes que generan vínculos significativos de relaciones que permiten alcanzar la supervivencia.

El trabajo del ICBF con familia, se estructura en su papel de ser el primer sistema protector y garante de derechos, constituyéndose así, en agentes de desarrollo y cambio social, con fortalezas y debilidades, pero con las capacidades de sobreponerse a las situaciones de riesgo y vulnerabilidad. Un cambio en la mirada no solo de los adultos-padres hacia los niños, las niñas y adolescentes debe contemplar la posibilidad de la participación para que incidan, opinen, en el campo de la crianza de los niños, ofreciéndoles una verdadera garantía de derechos, el desarrollo en equidad entre géneros y con un enfoque diferencial.

El *Estado* en la creación de políticas incluyentes para la familia, cuyo fin es cumplir con el deber garantista en la crianza de sus hijos, requiere que aquella se extienda al territorio desde lo nacional y lo local. El ICBF,

55 ICBF (2007). Lineamientos Técnico Administrativos Misionales y Herramientas Metodológicas para la atención y la inclusión de la familia en los servicios.

en sus Lineamientos Técnico Administrativos Misionales y Herramientas Metodológicas para la atención y la inclusión de la familia en los servicios dice lo siguiente:

...La posibilidad de hacerla realidad se encuentran estrechamente ligadas a la iniciativa y capacidad de las autoridades locales, para generar políticas y planes de acción (a nivel municipal, barrial, familiar) y para la toma de decisiones que permitan avanzar técnica y operativamente en el tema. Las autoridades locales deben comprometer a los corresponsables en la protección integral a la primera infancia, no solo a través de más y mejores servicios, sino impulsando el mejoramiento de las condiciones sociales, materiales y culturales, que rodean a los niños durante los primeros años de vida...

Es en el nivel local, donde se da la articulación de los actores en torno a la definición y puesta en marcha de la política de primera infancia. Son las autoridades locales las llamadas a dinamizar, orientar y concertar la ejecución de la política, con sus respectivas acciones y la destinación de recursos, de acuerdo con el conocimiento de sus realidades, de tal manera que les permita distribuirlos para responder a necesidades y problemáticas propias y específicas, desarrollando y haciendo uso de sus facultades otorgadas por la Constitución y la ley colombiana...⁵⁶.

Los esfuerzos locales tanto públicos como privados, tienen que dar como resultado la realización en el nivel social y comunitario, la garantía de derechos y cuando sea necesario, cuando se está ante una vulneración, proceder al restablecimiento de derechos.

La *Sociedad* en el entendido que todos los seres humanos, y en particular los niños se encuentran inmersos en el conglomerado que conforma la sociedad así la ley de Infancia y adolescencia en su artículo 40 manifiesta:

Define las obligaciones de la sociedad en cumplimiento de los principios de corresponsabilidad y solidaridad, las organizaciones de la sociedad civil, las asociaciones, las empresas el comercio organizado, los gremios económicos y demás personas jurídicas, así como las personas naturales, tienen la obligación y la responsabilidad de tomar parte activa en el logro de la vigencia efectiva de los derechos y garantías de los niños, las niñas y adolescentes.

56 Ibid. ICBF. P.p. 12-13.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil - Directrices de Riad manifiestan que “deberá prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración eficaces de todos los niños y jóvenes, en particular por conducto de la familia, la comunidad, y se deberá respetar debidamente el desarrollo personal de los niños y jóvenes y aceptarlos, en pie de igualdad, como copartícipes en los procesos de socialización e integración”⁵⁷.

De acuerdo a lo anterior, es importante que la familia se vea inmersa en las políticas y en la construcción y ejecución de los planes y programas que para ello debe establecer el Estado.

El Estado contempla una política incluyente que permite presupuestar programas, planes y acciones para las familias y los niños, que estén directamente relacionados y destinados a dar cumplimiento a los derechos fundamentales.

Sin embargo, la cobertura para atender el sector familiar incluidos los niños, se muestra en un nivel menos que medio y que las inequidades a los que se someten los niños, las niñas y adolescentes son una clara petición al Estado para que reformule verdaderamente las políticas atinentes a la familia. En el escenario de una intervención favorable al fortalecer la unidad familiar, debe tenerse en cuenta, que también se encuentran grupos familiares disfuncionales lo que hace que según lo demuestran las cifras del ICBF, deban ser retirados por la autoridad competente a los niños del lado de sus padres o cuidadores familiares.

La importancia que el Constituyente de 1991, consagró a la familia, en su representación, como institución más que imprescindible para el desarrollo de la personalidad humana, fue la consagración expresa del derecho de todo niño a tener una familia y no ser separado de ella, así lo contempla el Artículo. 44 de la Constitución Política.

El núcleo familiar tiende a la permanencia, y su eventual disolución solo es admisible en virtud del principio de autonomía de la voluntad, siempre de conformidad con las normas establecidas por el orden jurídico. Todos los miembros de una familia tienen derecho a conservar su unidad ya que aquella es la célula de la sociedad. El interés general recae sobre la unidad familiar, no solo por razones elementales de conveniencia, sino porque el

57 Naciones Unidas. (1990). Directrices de las Naciones Unidas Para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. Directrices de RIAD - Resolución 45/112 14 de diciembre de 1990, 68a sesión plenaria de la Asamblea General.

vínculo familiar no pude ser disuelto sin justa causa. La sociedad natural es la familia, y en tal sentido sobre ella se levanta la solidez de la sociedad civil; el Estado y la sociedad no pueden ser, por tanto, indiferentes ante la supervivencia o no de la estructura familiar...⁵⁸.

En cuanto a la violación al régimen de visitas por parte de los Padres y el perjuicio que conlleva para el niño y su derecho a tener una familia y no ser separado de ella. Línea Jurisprudencial para este tema:

TABLA 10. SENTENCIAS SOBRE EL DERECHO DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA

Sentencia 523-92. Sentencia fundadora.
Estudia el derecho constitucional prevalente del niño a tener una familia y no ser separado de ella. Establece la relación con el artículo 44 de la Constitución Política.
Sentencia 290-93. Es hito, confirmatoria y complementaria.
Se pronuncia sobre el derecho inalienable y mutuo que caracteriza las relaciones interpersonales entre padres e hijos. Menciona de manera importante el concepto de doble vía, y se refiere al interés superior del niño. Hace alusión a la Convención de los Derechos del Niño.
Sentencias confirmatorias:
<p>T 500/93 ella remite y confirma.</p> <p>T 274/94 se sustenta en la T 523 de 1992 y en la Sentencia T 290/93.</p> <p>T 408/95 es confirmadora de principio, es el núcleo del principio del interés superior del niño.</p> <p>T 182/96 es confirmadora.</p> <p>Además, en esta línea se encuentra: Sentencia T 102/97, T 290/93, SU 195/98 y la T 412 /2000 que confirma la T 408/95.</p>

En cuanto a la Violencia Intrafamiliar y los Derechos del niño a tener una familia y a no ser separado de ella.

Línea Jurisprudencial para este tema:

58 Corte Constitucional Sentencia T-447 de 1994. M. P. Dr. NARANJO- MESA, Vladimiro.

**TABLA 11. DERECHO A TENER UNA FAMILIA
Y NO SER SEPARADO DE ELLA**

Sentencia T 529 /92.
Trata el tema de la violencia intrafamiliar, pero no se refiere explícitamente a los niños, niñas y adolescentes.
Sentencia 382/94.
Se refiere a la violencia intrafamiliar, al interior de la unidad doméstica y da cuenta que existen otros derechos vulnerados como los de la familia.
Sentencia T 487/94.
Es confirmatoria y sigue la línea de la T 382/94. La Corte se manifiesta sobre los efectos de la violencia de un cónyuge sobre el otro, lo que conlleva a afectar derechos constitucionales como la paz doméstica, los niños, niñas y adolescentes.
Sentencia T 552/94
Es confirmatoria. Da vía libre al Juez de Tutela, para intervenir en la familia, así el conflicto se dé en el marco de lo privado.
Sentencia T 098/95
Confirmatoria de lo manifestado en la Sentencia T 487/94 y la T 608/95, aunque estas dos últimas denegadas por temas probatorios.
Sentencia T 378/95
Es una acción de tutela de un niño ante la violencia de los padres mutuamente.
Sentencias confirmatorias:
T 391/95 remite a la T 487/94, T 552/94, T529/92, T 199/96 confirma a su vez la T 552/94, T 378/95, T 458/95.
Sentencia de Constitucionalidad.
C 587/92, Sentencia 371/94 en la cual se demanda la frase del art. 262 Código Civil “sancionarlos moderadamente” en referencia al derecho a la corrección de los padres a los hijos. Fue declarado exequible.
La Ley 294/96
Se desarrolla el artículo 42 de la C. P., dese allí, la acción de tutela para estos casos de violencia familiar no será procedente, surgen los procedimientos legales para tal fin. La Ley 575.

7. EL DERECHO DEL NIÑO A LA PARTICIPACIÓN

Es un compromiso de la familia, la sociedad y el Estado para respaldar la participación de los niños en las decisiones que afecten sus vidas, debe facilitar los medios para establecer que los niños, alcancen el ejercicio de la ciudadanía.

Se plantea en la Ley de Infancia y Adolescencia en el artículo 31: *“para el ejercicio de los derechos y las libertades consagradas en este código, los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a participar en las actividades que se realicen en la familia, las Instituciones educativas, las asociaciones, los programas estatales, departamentales, distritales y municipales que sean de su interés”*.

8. EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO

En la Observación General número 12 del Comité de los Derechos del Niño (2009) referente al derecho del niño a ser escuchado, realiza un análisis literal del artículo 12, así:

Los Estados partes, “garanticen” el derecho del niño o niña a expresar su opinión libremente, significa que tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias con el fin de respetar este derecho de los niños... e incluir la obligación de tomar en cuenta la opinión que emita.

(...) El Estado debe tener en cuenta la capacidad del niño o niña para formarse una opinión de acuerdo a su edad, teniendo presente la utilización de formas no verbales de comunicación (juego, expresión corporal, dibujo y pintura) desde muy pequeños los niños tienen y pueden expresar su opinión. Esta opinión no requiere de un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos o consecuencias, sino una comprensión suficiente del asunto que se trata.

(...) Expresar sus opiniones sin presión y decidir si quieren o no ejercer su derecho. Significa que el niño no puede ser manipulado, su opinión debe ser propia y no la opinión de otros. (...) Los asuntos que afectan al niño, es un concepto amplio, y significa que el niño debe ser escuchado si el asunto que se examina lo afecta.

Se desprende del anterior artículo que el niño debe ser escuchado tanto en los procesos judiciales y administrativos, siempre que lo afecte. Los niños son susceptibles a las situaciones donde se produzca la separación de los padres, el traslado de cuidado personal etc. Puede decirse que la ley establece

el derecho de defensa y pueda acceder a la justicia de los niños, las niñas y adolescentes. Debe otorgarse todas las garantías procesales.

El artículo 12, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se refiere al derecho a ser escuchado, más allá del trámite de procesos judiciales:

*1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente **en todos los asuntos que afectan al niño**, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.*

Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional⁵⁹.

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño, órgano autorizado para interpretar la Convención, en su Observación General No. 12 sobre:

“el derecho del niño a ser escuchado”, estableció que “no es posible una aplicación correcta del artículo 3 [sobre el interés superior de las y los niños], si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida”.

De acuerdo con la citada Observación “el derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención”, razón por la cual los Estados partes deben garantizarlo.

El derecho de las y los niños a ser escuchados, se reconoce en el artículo 26 del Código de Infancia y Adolescencia el derecho al debido proceso y señala que:

“en toda actuación administrativa, judicial o de cualquier otra naturaleza en que estén involucrados los niños, las niñas y los adolescentes, tendrán derecho a ser escuchados y sus opiniones deberán ser tenidas en cuenta”.

La Sentencia T-844 de 2011, reiterada en la Sentencia T-276 de 2012 indicó:

“Siguiendo las recomendaciones que emitió el Comité sobre los Derechos del Niño acerca de esta importante garantía, la Corte considera relevante señalar que la opinión del menor de dieciocho años debe siempre

59 Negrillas no originales del texto.

tenerse en cuenta en donde la razonabilidad o no de su dicho, dependerá de la madurez con que exprese sus juicios acerca de los hechos que los afectan, razón por la que en cada caso se impone su análisis independientemente de la edad del niño, niña o adolescente.

“Se ha indicado que la madurez y la autonomía de este grupo de especial protección no están asociadas a la edad, sino a su entorno familiar, social, cultural en el que se han desenvuelto. En este contexto, la opinión del niño, niña y adolescente siempre debe tenerse en cuenta, y su ‘madurez’ debe analizarse para cada caso concreto, es decir, a partir de la capacidad que demuestre el niño, niña o adolescente involucrado para entender lo que está sucediendo”.

TABLA 12. DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO

Los niños tienen derecho a ser escuchados en todos los asuntos que los afecten. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y Código de la Infancia y Adolescencia.
La opinión de los niños deberá, además, ser tenida en cuenta en función de su edad y de su grado de madurez.
Cuando se trate de asuntos en que se establezca la causa de un daño, la autoridad solamente debe escucharlo estrictamente lo necesario, en consideración a su madurez y edad.
La Corte Interamericana ha manifestado que los niños pueden expresar sus opiniones, es necesario que el niño comprenda sobre el asunto, la opinión sin presión y manifestar si desean ser escuchados.

Las Sentencias T-276 de 2012, T-844 de 2011 hacen un análisis pormenorizado del derecho fundamental de ser oído.

9. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

La educación es un derecho fundamental tanto por la naturaleza y función del proceso educativo como porque reúne a plenitud los requisitos y criterios de esa categoría constitucional abierta que es hoy el derecho fundamental, la Corte ha reconocido que la educación es uno de los derechos que realiza el valor y principio material de la igualdad, consignado en el preámbulo y en los artículos 5 y 13 de la Carta, como quiera que “en la medida en que

las personas tenga igualdad de posibilidades educativas, tendrá igualdad de oportunidades en la vida para efectos de su realización como personas”.

La educación inicial debe tener bases humanistas fundamentadas en el aprender a ser, a estar, a haber, a tener; aprendizajes básicos asociados con el aprender a aprender, tomar familiaridad, averiguación, sociabilidad, competencia para comunicarse y trabajar cooperada mente; a buscar que los niños puedan jugar, soñar y recrear valores, para la vida.

Lo propio de la educación de la primera infancia es como lo plantea (Gómez y otros, 2005) el “cuidado y acompañamiento afectuoso e inteligente” del crecimiento y desarrollo del niño, mediante la creación de ambientes de socialización seguros y sanos, en los cuales se reconozca el juego y la formación de la confianza como ejes fundamentales del desarrollo integral del niño, respetando su singularidad.

La educación inicial “comprende diversas estrategias, que van desde aquellas que fortalecen la labor educativa de las familias en los escenarios cotidianos, hasta las modalidades que organizan ambientes educativos para el enriquecimiento de la socialización y el aprendizaje”⁶⁰.

10. EL DERECHO A LA RECREACIÓN

Este derecho tiene arraigo constitucional fundamental. Es un deber social brindar a los ciudadanos sin importar su condición, las posibilidades mínimas de descanso, a través de alternativas de recreación. La recreación es inherente al ser humano y se requiere para su desarrollo individual. Dentro de las manifestaciones del derecho a la recreación se encuentra el juego, en él, se encuentra que las personas aprenden un orden, moverse en ese orden y a respetar las reglas.

Constitucionalmente, la recreación es importante porque cumple un papel importante para alcanzar en tanto, el libre desarrollo de la personalidad a través del juego, de manera participativa y recreativa que la persona deja entrever su dignidad ante sí mismo y ante la sociedad. A través de la recreación se resuelven ansiedades, culpas y frustraciones, así el individuo las canaliza a través de ella. El Derecho a la recreación también se encuentra consagrado en instrumentos internacionales, así:

60 Corte Constitucional. Sentencia T-02. /ICBF (2007). Lineamientos Técnico Administrativos Misionales y Herramientas Metodológicas para la atención y la inclusión de la familia en los servicios.

- a) Declaración Universal de los Derechos Humanos, pues se lee lo siguiente: “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute el tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.
- b) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, se lee lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a descanso, a honesta recreación y a la oportunidad de emplear útilmente el tiempo libre, en beneficio de su mejoramiento espiritual, cultural y físico”.
- c) En la Conferencia de Vancouver sobre el medio ambiente, se declaró la recreación como necesidad fundamental del hombre.

A partir de 1951, la recreación hace parte de los Planes de Desarrollo, de los temas de investigaciones académicas tanto pública como privada.

En la Legislación interna, se encuentra el Código de la Infancia y la Adolescencia, que en su artículo 17: Derecho a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano. *“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 al goce de todos sus derechos de forma prevalente”.*

Artículo 30. Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes. *“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho al descanso, al esparcimiento, al juego y demás actividades recreativas propias de su ciclo vital y a participar en la vida cultural y las artes”.*

Artículo 39. Inciso 13. Obligaciones de la familia. *“Brindarles las condiciones necesarias para la recreación y la participación en actividades deportivas y culturales de su interés”.*

En La Corte Constitucional, también se han ocupado del Derecho a la Recreación y se encuentra la Sentencia C-449/03, que en algunos apartes establece:

“...El fomento de la recreación y la práctica del deporte es uno de los deberes que corresponden al Estado dentro del marco del Estado social de derecho, en virtud de la función que dichas actividades cumplen en la formación integral de las personas, la preservación y el desarrollo de una mejor salud en el ser humano y que tal obligación se ve acentuada tratándose de los niños, respecto de quienes la Constitución ha previsto una protección especial en el artículo 44 donde se reconoció explícitamente la recreación como uno de sus derechos fundamentales.

Respecto de los niños la Corte ha puesto de presente además la relación que la recreación tiene con el libre desarrollo de la personalidad y el proceso educativo.

Después de la nutrición, salud, educación, vivienda, trabajo y seguridad social, la recreación es considerada una necesidad fundamental del hombre que estimula su capacidad de ascenso puesto que lo lleva a encontrar agrado y satisfacción en lo que hace y lo rodea. En esta medida, puede afirmarse también, que la recreación constituye un derecho fundamental conexo con el libre desarrollo de la personalidad, con todas sus implicaciones y consecuencias.

(...)“La recreación es una actividad inherente al ser humano y necesaria tanto para su desarrollo individual y social como para su evolución. Consiste, en un sentido etimológico, en volver a crear”. (...)

Una de las manifestaciones más importantes de la recreación es el juego. En él se encuentran incluidos todos los elementos mencionados anteriormente. Se crea un orden determinante en el cual se puede participar, tanto como jugador como espectador. Se impone, como en cualquier orden, unos límites determinados y unas reglas de juego. A través del juego las personas no solo recrean un orden, sino que aprenden a moverse en ese orden, a adaptarse a él y a respetar sus reglas...

En el contexto constitucional, es claro que la recreación cumple un papel esencial en la consecución del libre desarrollo de la personalidad dentro de un marco participativo-recreativo en el cual el individuo revela su dignidad ante sí mismo y ante la sociedad.

11. EL DERECHO DEL NIÑO AL CUIDADO Y AL AMOR

Abundante jurisprudencia se encuentra sobre este derecho fundamental del derecho del niño al cuidado y al amor, exigible de cualquier persona. Los castigos físicos y morales conllevan violación a los derechos fundamentales de los niños. Los valores democráticos y pluralistas no van con el autoritarismo. La garantía al desarrollo de protección se encuentra en el artículo 44 de la Constitución Política. Por ello, el maltrato físico o emocional o en cualquier estado, debe proscribirse, pues atenta contra el derecho a la dignidad humana, máxime, si se encuentra a obligación de la familia, la sociedad y el Estado de proteger al niño. La Corte ha sido clara en manifestar que, si un padre permite o realiza el maltrato del niño, implica una falla del progenitor en lo que corresponde a actuar debidamente para evitar el maltrato. El niño

requiere para su óptimo desarrollo una situación anaclítica (se denomina así a la protección que permite la supervivencia).

Cobos (1979) en “Estrategia para una lucha contra el abandono, explica la situación así:

No se puede concebir una manera más definitiva de hacer énfasis en el hecho de que el desarrollo humano, en sus aspectos físicos y psicológicos, es esencialmente un evento bipolar en el que el sujeto (el niño) no puede ser considerado sin su correspondiente objeto (la madre, como objeto anaclítico primario). La situación de que desarrollo psicológico normal solo es posible dentro del clima de la diada es la esencia misma de la condición humana y su conceptualización de esa manera permite considerar el desarrollo como la progresiva separación de los dos miembros de la pareja materno-infantil, desde el estado inicial en el que el recién nacido no tiene noción de un mundo exterior a sí mismo, como algo separado de él, y al que Freud llamó “ esa masa de dos” hasta la completa adquisición de una identidad propia, epítome de la autonomía”.

Ofrecerle al niño un hogar es solo una manifestación natural de armonía de sus padres sino también es un derecho exigible por el niño, con todos los efectos en que demanda su protección y bienestar. Lo anterior implica que, en la protección de los derechos de los niños a disfrutar de una familia, al cuidado, el amor y la educación a ser protegido contra toda situación de violencias, por tal razón, el Estado ha desplegado una legislación interna para combatir la violencia al interior del núcleo familiar.

Según lo ha manifestado la Corte, los mandatos constitucionales atinentes a la familia, establecen de manera directa el derecho esencial de los niños, aun de padres separados, a mantener relaciones personales y contacto con ambos progenitores. Los Tratados y Convenios internacionales que contienen cláusulas atinentes a los derechos humanos, se incorporan a la legislación.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-884/11, contempla **DERECHOS DEL NIÑO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADO DE ELLA-** Criterios para determinar la idoneidad del grupo familiar.

La idoneidad del grupo familiar

El artículo 42 de la Carta en relación con la familia dispone que se conforma: *por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.*

La jurisprudencia constitucional se señaló que este concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el principio del pluralismo:

De tal suerte que, en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia, identificando a esta última únicamente con aquella surgida del vínculo matrimonial.

En tal sentido, recientemente el Consejo de Estado, en sentencia del 2 de septiembre de 2009, al momento de determinar la existencia de perjuicios morales, indicó lo siguiente:

“la familia no sólo se constituye por vínculos jurídicos o de consanguinidad, sino que puede tener un sustrato natural o social, a partir de la constatación de una serie de relaciones de afecto, de convivencia, de amor, de apoyo y solidaridad, que son configurativas de un núcleo en el que rigen los principios de igualdad de derechos y deberes para una pareja, y el respeto recíproco de los derechos y libertades de todos los integrantes. En esta perspectiva, es posible hacer una referencia a las acepciones de “padres (papá o mamá) de crianza, “hijos de crianza”, e inclusive de “abuelos de crianza”, toda vez que en muchos eventos las relaciones de solidaridad, afecto y apoyo son más fuertes con quien no se tiene vínculo de consanguinidad, sin que esto suponga la inexistencia de los lazos familiares, como quiera que la familia no se configura sólo a partir de un nombre y un apellido, y menos de la constatación de un parámetro o código genético, sino que el concepto se fundamenta, se itera, en ese conjunto de relaciones e interacciones humanas que se desarrollan con el día a día, y que se refieren a ese lugar metafísico que tiene como ingredientes principales el amor, el afecto, la solidaridad y la protección de sus miembros entre sí, e indudablemente también a factores sociológicos y culturales”.

El derecho de los niños a tener una familia y a no ser separados de ella, según la jurisprudencia constitucional, se relaciona directamente con su derecho a recibir amor y cuidado para poder desarrollarse en forma plena y armónica, de acuerdo con el artículo 44 de la Constitución. Esta regla ha sido reconocida por el derecho internacional público y el Código de la Infancia y la Adolescencia la consagra a su vez en su art. 22, como ya se señaló.

La preservación de la unidad familiar, para la jurisprudencia constitucional, presenta una dimensión *ius fundamentalista*, amparable en sede de tutela:

La Corte reiteradamente ha señalado que la Constitución consagra un derecho fundamental de los hijos y padres a mantener relaciones personales estrechas.

Sobre este punto, la Corte ha manifestado:

Un análisis de la preceptiva en cuestión lleva necesariamente a concluir, como lo hace esta Corte, que los mandatos constitucionales relativos a la familia consagran de manera directa y determinante el derecho inalienable de los niños —aún los de padres separados— a mantener relaciones personales y contacto directo con sus dos progenitores.

*La Corte no vacila en calificar de **fundamental** este derecho, aplicando la expresa referencia del artículo 44 de la Carta Política⁶¹.*

Aunque la familia es el centro para el desarrollo de los derechos de los niños, en determinadas circunstancias deben aplicarse medidas a través de las cuales el niño debe retirarse de su medio familiar. Los motivos deben estar plenamente justificados y de ninguna manera por condiciones de pobreza. Es necesario que las circunstancias afecten el interés superior del niño, de tal manera que la aptitud de un grupo familiar se determina, si bien es cierto, según las circunstancias particulares, puede presentarse que se evidencien claros riesgos para la vida del niño, que se esté en presencia de abusos sexuales o psicológicos o cualquier otra circunstancia que referidas en el art 44. También puede presentarse motivos importantes que lleven a tomar la decisión de separar al niño de su familia como ej., la negligencia. No todas las circunstancias conllevan a la separación del niño de su familia biológica como por ej. que los padres tengan mal carácter.

Para la Corte, ninguna de estas circunstancias constituye razón suficiente para desligar a un niño de su entorno familiar. Sin embargo, con excepción de la primera (es decir, de la pobreza, que en ningún caso puede justificar per se la remoción de un niño de su familia), sí pueden contribuir, junto con otras razones de peso, a orientar la decisión respecto de cada menor en concreto, si se les evalúa en forma conjunta con los demás hechos del caso, y prestando especial atención a la forma en que los padres o familiares biológicos han cumplido en el pasado con los deberes inherentes a su condición a la luz de preservar el interés superior de los menores. En este sentido, resulta altamente relevante establecer los antecedentes de conducta de los padres o acudientes frente al menor o frente a sus otros hijos, analizando —entre otras— si han manifestado un patrón consistente de cuidado y de dedicación, y cuál ha sido su conducta ante las autoridades durante los trámites y procedimientos relacionados con el niño⁶².

61 Corte Constitucional en la Sentencia T-884 del 2011. M.P. HENAO- PÉREZ, Juan Carlos.

62 Ibid. Sentencia T-884 del 2011.

Por todo lo anterior, es preciso, que, al decidir retirar al niño de su medio familiar, las razones estén justificadas y no necesariamente todas las medidas deben ser dirigidas al restablecimiento de derechos, el Estado está en la obligación de facilitar los medios para que la familia cumpla su cometido de proteger y garantizar los derechos del niño.

12. EL DERECHO DEL NIÑO A UN NOMBRE

Este derecho es producto del derecho a la personalidad jurídica, del libre desarrollo de la personalidad, el acceso a la justicia y a la dignidad humana. Además, se encuentra incluido el estado civil de la persona y por ende es un derecho constitucional. El artículo 14 de la Constitución Política reza lo siguiente:

... Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Así se reconoce en la persona humana, pero el solo hecho de existir, cierto atributo jurídicos que se estiman inseparables de ellas. Por tal razón, el estado civil de la persona pues la persona puede decir si desea estar casado, soltero.

La filiación legal, admite que una persona, pueda acudir a los Tribunales para reclamar su verdadera filiación. De todas maneras, existen unos límites establecidos por el Legislador, para armonizar valores que puedan verse inmersos en un conflicto, por cuanto que es a la ley que le corresponde regular el tema de la filiación, así como sus causales de manera particular. El artículo 42 de la Constitución, regula el estado civil de las personas y de los derechos y deberes que de él derivan corresponde a la ley.

La Sentencia C-258/15 reitera el concepto de Filiación:

...La filiación es el derecho que tiene todo individuo al reconocimiento de su personalidad jurídica y conlleva atributos inherentes a su condición humana como el estado civil, la relación de patria potestad, orden sucesoral, obligaciones alimentarias, nacionalidad, entre otros. Además, a través de la protección del derecho a la filiación se concreta el contenido de otras garantías superiores como tener una familia, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

Ha señalado la Corte en su jurisprudencia que la filiación es parte de los atributos de la personalidad jurídica. Por eso, la relación de madre-hijo permite que el hijo tenga un nombre, una identidad de la que se derivan derechos y obligaciones. De no darse un reconocimiento voluntario, la persona puede acudir a las autoridades judiciales.

En el marco constitucional, se encuentra lo reseñado por la Sentencia C-258/15 en la cual la Corte ha afirmado categóricamente frente al derecho a la filiación que esta tiene su contexto en los procesos de investigación e impugnación de la maternidad y la paternidad. Así que el artículo 14 de la Constitución Política, señala que la persona tiene la posibilidad de desarrollarse en el mundo jurídico, pero también conlleva ciertos atributos que particularizan a la persona, como su estado civil, el cual está derivado de su filiación.

El artículo 94 de la Constitución Política establece que la filiación es un derecho innominado, por lo cual los Jueces deben adelantar el proceso con diligencia y que las pruebas antropoheredo biológicas son determinantes al momento de tomar decisiones.

La filiación está directamente relacionada con la personalidad jurídica, artículo 14, a tener una familia artículos 5,42 y 44, al libre desarrollo de la personalidad, artículo 16, y a la dignidad humana, artículo 1.

TABLA 13. LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA FILIACIÓN, ENUNCIADA EN LA SENTENCIA C-258/15 SOBRE IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD

Sentencia T-381 del 2013.
Se define como <i>la oportunidad que tiene una persona para refutar la relación filial que fue reconocida en virtud de la ley. Dicha figura opera: i) para desvirtuar la presunción establecida en el artículo 214 del Código Civil; ii) para impugnar el reconocimiento que se dio a través de una manifestación voluntaria de quien aceptó ser padre; o, iii) cuando se repele la maternidad en el caso de un falso parto o de la suplantación del menor.</i>
Sentencia C-476 de 2005. Versa de la exequibilidad de la norma.
Con la expedición de la Ley 1060 de 2006, se modificó nuevamente la normativa referente a la impugnación de la paternidad. En este nuevo escenario normativo, se reiteró la necesidad de la práctica de las pruebas científicas.
Sentencia T-997 de 2003.
Trata el caso de un menor de 18 años, que inicia un proceso de investigación de paternidad en contra del presunto padre, el accionado nunca se presentó a la realización de la prueba de ADN ordenada por el Juez. Pasado tres años, la autoridad aun no lograba dirimir el asunto, la Corte <i>“sostuvo que en los procesos de filiación se presentan algunas particularidades en lo que tiene que ver con: (i) la necesidad de contar con la prueba genética de ADN, (ii) con el papel del juez para su consecución, y (iii) los efectos que de la ausencia de ella se derivan.</i>

Sentencia C-807 de 2002.
La Corte explicó que “ <u>también el legislador busca a través de su obligatoriedad la efectividad de los derechos del niño y de cualquier persona a conocer su origen, a saber quién es su verdadero progenitor y por ende a definir su estado civil, posición en la familia, a tener un nombre y en suma a tener una personalidad jurídica</u> ” ⁶³ .
Sentencia T-411 de 2004.
La Corte estudió el caso de un señor que había iniciado el proceso de filiación extramatrimonial contra su presunto padre, pero a quien se le resolvió su situación sin el recaudo de la prueba de ADN.
Sentencia T- 888 de 2010.
La Corte repitió su posición, al apreciar que, al instaurarse la realidad de la relación de filiación de las personas, no sólo se logra la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, sino que también incide en las garantías de quienes son presentados como padre o madre aparente.
Sentencia T - 352 de 2012.
En relación con el proceso de investigación de la paternidad.
Sentencia T - 352 de 2012.
Plantea que la importancia de la prueba radica en que se logra a través de ella, establecer el verdadero vínculo de filiación, y de otra parte protege el derecho fundamental de la pareja a tener los hijos.

En el caso específico de los niños, niñas y adolescentes, la filiación es un derecho fundamental de gran trascendencia, y este se desprende del contenido del **artículo 44 Superior** que establece el derecho a tener un nombre y nacionalidad, y a tener una familia, como también de lo dispuesto en instrumentos internacionales. Así, el **artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño**, establece que el menor de edad será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos.

⁶³ Subrayado fuera del texto original.

En este contexto, la Corte evidencia que cuando se inicia el proceso de filiación a favor del menor de edad, su objeto principal está circunscrito a garantizarle sus derechos fundamentales a tener un nombre, una identidad, y una familia.

13. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En la Convención sobre los Derechos del Niño en el numeral 1 del artículo 3 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*”⁶⁴.

La Constitución Política en el artículo 44 expresa cuáles son los derechos fundamentales de los niños; por ello trata 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.

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 o interdependientes*”. En ese sentido, la Corte Constitucional Sentencia T-408/95, 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.

La Corte ha afirmado por medio de la Sentencia T-302 de 2011 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.

64 Subrayado fuera del texto original.

Así mismo, sostuvo por medio de la Sentencia T-587 de 1997 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.

En el Estatuto Integral del Defensor de Familia, respecto al interés superior del niño, la niña y el adolescente se señala que “(...) se ve reflejado en una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, consistente en que a los menores de edad se les debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad (...)”.

La Sentencia T-884 de 2011 contiene los criterios jurídicos para determinar el Interés Superior del Niño, los cuales pueden ser utilizados en las situaciones donde se queja que se tenga que proteger al niño:

... (1) la garantía del desarrollo integral del niño, niña o adolescente; (2) la preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente; (3) la protección del niño, niña o adolescente frente a riesgos prohibidos; (4) el equilibrio con los derechos de los parientes, biológicos o no, sobre la base de la prevalencia de los derechos del niño, niña o adolescente; y (5) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño, niña o adolescente involucrado.

En la Sentencia T-260/12 establece la consagración constitucional e internacional del principio del Interés Superior del Niño.

PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR-
Consagración constitucional e internacional/**DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES-**Obligación del Estado de brindar una protección especial

Los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes gozan de una especial protección tanto en el ámbito internacional como en nuestro Estado Social de Derecho. Ello, dada la situación de indefensión, vulnerabilidad y debilidad de esta población y la necesidad de garantizar un desarrollo armónico e integral de la misma. Los niños, en virtud de su falta de madurez física y mental -que les hace especialmente vulnerables e indefensos frente a todo tipo de riesgos-, necesitan protección y cuidados especiales, tanto en términos materiales, psicológicos y afectivos, como en términos jurídicos, para garantizar su desarrollo armónico e integral y proveer las condiciones que necesitan para convertirse en miembros autónomos de la sociedad. Atendiendo esta norma básica contenida en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, exige la obligación de prodigar una especial protección a aquellos grupos sociales cuya debilidad sea manifiesta, destacándose entre estos grupos la especial protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales.

El Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia, establece la obligación de ofrecer una especial protección a aquellos sectores sociales muestren condiciones de vulneración, especialmente la protección de los niños, la cual es prevalente inclusive en relación con los demás grupos sociales.

La misma Sentencia, expresa lo siguiente sobre el carácter superior y prevalente:

¿Qué significa que los niños sean titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores? La respuesta únicamente se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular (...)

Esta regla no excluye, sin embargo, la existencia de parámetros generales que pueden tomarse en cuenta como criterios orientadores del análisis de casos individuales. En efecto, existen ciertos lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños, tanto a nivel general (en la Constitución, la ley y los tratados e instrumentos internacionales que regulan la situación de los menores de edad) como derivados de la resolución de casos particulares (es decir, de la jurisprudencia nacional e internacional aplicable), que sirven para guiar el estudio del interés superior de menores, en atención a las circunstancias de cada caso.

La Corte ha señalado que el interés de los niños “*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*”; no obstante, ha dicho que igualmente ello no implica que al momento de determinar cuál es la opción más favorable para los niños, las niñas y los adolescentes en particular, no se puedan tener en cuenta los derechos e intereses de las personas vinculadas con ellos, en especial los de sus padres. Por el contrario, el interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes prevalece sobre los intereses de los demás, pero no es de ninguna manera excluyente ni absoluto frente a ellos.

Igualmente, expresa:

El sentido mismo del verbo “prevalecer” implica, necesariamente, el establecimiento de una relación entre dos o más intereses contrapuestos en casos concretos, entre los cuales uno (el del menor) tiene prioridad en caso de no encontrarse una forma de armonización; por lo mismo, los derechos e intereses conexos de los padres y demás personas relevantes se deben tomar en cuenta en función del interés superior del menor. De hecho, sólo así se logra satisfacer plenamente el mandato de prioridad de los intereses de los niños, ya que éstos son titulares del derecho fundamental a formar parte de una familia, por lo cual su situación no debe ser estudiada en forma aislada, sino en el contexto real de sus relaciones con padres, acudientes y demás familiares e interesados. Esta es la regla que establece el artículo 3-2 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual ‘los estados se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley.

Por su parte el actual Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 8º señala:

Artículo 8º. Interés superior de los niños, las niñas y los adolescentes. 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.

Artículo 9º. Prevalencia de los derechos. 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.

El interés superior del niño, consagrado como se vio tanto en el ámbito internacional como en el ordenamiento interno, deberá orientar cualquier actuación que se tome al momento de determinar las políticas de acceso de los niños, niñas y adolescentes a la sociedad de la información y el conocimiento, a fin de garantizar su desarrollo armónico e integral.

LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES SON SUJETOS DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL REFORZADA

El artículo 44 de la Constitución Política Superior, tiene carácter prevalente en el ordenamiento jurídico y las autoridades públicas están en la obligación de propender por el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes, así del derecho a la filiación pueden estos reclamar las obligaciones que resultan de la calidad de padre o madre. En este respecto, la Sentencia T-1008 de 2002, expuso:

Ahora bien, el derecho de los niños a la personalidad jurídica supone la posibilidad de gozar de una identidad que condiga con su relación paterno filial, como quiera que los menores tienen derecho a usar un nombre seguido de los apellidos de sus dos progenitores, como lo prevén las normas civiles, a fin de que puedan distinguirse y sean socialmente reconocidos, como se nombran todas las personas.

(...) Pero la salvaguarda del derecho a la igualdad no es lo más importante del derecho fundamental a la personalidad jurídica, porque del establecimiento de su verdadera identidad depende que el niño pueda exigir de sus progenitores las condiciones afectivas, emocionales y físicas que le permitirán tener una infancia feliz, gozando de los derechos y libertades que requiere para alcanzar un desarrollo integral, en su propio bien y en el de la sociedad, tal como lo proclama la Declaración de los Derechos del Niño y lo desarrollan todos los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Al igual que la Constitución Política presenta a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de especial protección constitucional, tiene sustento en los postulados de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que se reconoce el principio del **interés superior** del menor de dieciocho años y que integran el denominado bloque de constitucionalidad.

En particular, su calidad de sujetos de especial protección deviene del artículo 44 Superior, el cual establece, entre otros aspectos, que 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**. También, preceptúa que **los derechos de los niños prevalecen sobre los demás**. A su vez, la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), **principio II**, señala que el niño gozará de una **protección especial** y que a través de las leyes y otros medios se dispondrá lo necesario para que pueda **desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente**, así como en condiciones de libertad y dignidad; y también contempla que, al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que **se atenderá será el interés superior del niño**. Además de este instrumento, existen otros tratados y convenios internacionales que consagran el principio del interés superior de los menores de dieciocho años, entre los que se encuentran: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 24), la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969 (artículo 19) y la Convención sobre los derechos del niño de 1989.

El grado de vulnerabilidad e indefensión tiene diferentes niveles y se da partir de todos los procesos de interacción que los menores de dieciocho años deben realizar con su entorno físico y social para el desarrollo de su personalidad. Por lo anterior, el Estado, la sociedad y la familia deben brindar una protección especial en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, en aras de garantizar su desarrollo armónico e integral.

Adicional a lo expuesto, la protección constitucional reforzada de la cual son titulares los niños, las niñas y adolescentes tiene su sustento en **(i)** el respeto de su dignidad humana, y **(ii)** la importancia de construir un futuro promisorio para la comunidad mediante la efectividad de todos sus derechos fundamentales.

Por lo todo lo anterior, la Corte ha manifestado que:

El trato prevalente, es una manifestación del Estado social de derecho y se desarrolla a lo largo de la Carta Política, pretendiendo garantizar, según dispone el artículo 44 Superior, el desarrollo armónico e integral del ejercicio pleno de los derechos de los infantes, para protegerlos contra cualquier forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica, trabajos riesgosos, etcétera. Estos riesgos o eventualidades hacen a los niños, sujetos de especial protección constitucional⁶⁵.

65 Corte Constitucional. Sentencia C 258 de 2015. M. P. Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio.

De los derechos de los niños, las niñas y adolescentes, también tienen carácter constitucional el derecho del niño a la identidad, el derecho a libre desarrollo de la personalidad, el derecho al debido proceso, el derecho a la igualdad, el derecho al buen nombre, el derecho a la honra y el derecho a la intimidad de los niños.

DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Definido como aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, hacen parte de él, en razón a la incorporación expresa que de ellos hace la misma Constitución. La Constitución Política de Colombia hace esa integración en los Art 44, 93, 94, 214 No. 2. Las Sentencias C-358 de 1997 y C-191 de 1998 establecen que la integración de las normas debe ser ordenada por la Constitución de manera directa.

A continuación, se cita parte del texto correspondiente a “El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal de Rodrigo Uprimny, Profesor Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional, en el que se estudia entre otros temas: El bloque de constitucionalidad en la práctica jurídica colombiana, las etapas del bloque de constitucionalidad.

...Normas integrantes del bloque y consideraciones finales. La anterior sistematización de las técnicas de reenvío debería permitir, a su vez, determinar con cada vez mayor claridad cuáles normas integran el bloque de constitucionalidad, tanto en sentido estricto como en sentido lato. Así, conforme a esa dogmática, habría que concluir que hacen parte del bloque en sentido estricto (i) el Preámbulo, (ii) el articulado constitucional, (iii) los tratados de límites ratificados por Colombia, (iv) los tratados de derecho humanitario, (v) los tratados ratificados por Colombia que reconocen derechos intangibles, (vi) los artículos de los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia, cuando se trate de derechos reconocidos por la Carta, y (vi) la doctrina elaborada por los tribunales internacionales en relación con esas normas internacionales. Como es obvio, esta lista genérica incluye específicamente los convenios de la OIT y la doctrina elaborada por los órganos de control de esa organización internacional. Y de otro lado, para integrar el bloque en sentido lato, habría que agregar a las anteriores pautas normativas (i) las leyes estatutarias y (ii) las leyes orgánicas, en lo pertinente.

De otra parte, la Sentencia C-067 de 2003, al tratar el tema del Bloque de Constitucionalidad considera que en la Constitución Política a de 1991, establece una nueva pauta en el engranaje de las disposiciones

internacionales al orden constitucional interno. En primer lugar, se introdujo seis artículos en el cuerpo constitucional que dieron la línea para adoptar normas internacionales internamente en el país:

- “a) El artículo 9º, el cual reconoció que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia;
- b) El artículo 93, según el cual *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”*.
- c) El artículo 94, que establece que *“la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”*.
- d) El artículo 214 que al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: *“No podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”*.
- e) El artículo 53 que preceptúa: *“Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”, y*
- d) El artículo 102 que dice en su inciso 2 que: *“Los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república”*.

El Bloque de Constitucionalidad, funge como un guardián de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, abriendo posibilidades para que la garantía de los derechos sea una realidad.

<p><i>Ap</i></p>	<p>Investigación. Analice si los Convenios Internacionales que han sido incorporados por parte de la Constitución son pertinentes para la aplicación del Art. 44 con respecto a los derechos de los niños, niñas y adolescentes</p> <p>Reflexión. Considere con alguno de sus colegas, ¿si el principio del interés superior del niño permite actualmente asegurar que los niños, niñas y adolescentes tienen sus derechos protegidos por la familia, la sociedad y en la estructura de derechos de los niños, niñas y adolescentes en el Estado colombiano?</p>
<p><i>Ae</i></p>	<p>CASO ENUNCIADO</p> <p>Maxi empleada doméstica conoce a Ómar Bellavista, y constituye con él una unión marital de hecho; compran una casa de vivienda de interés social, tienen dos hijos uno de 2 años llamado Pedro y el niño de 9 meses llamado Jesús. Ómar maltrata a Maxi tanto como a su hijo mayor Pedrito; cuando Maxi se encontraba en embarazo soportó todo. Pero Ómar solo quiere a su hijo Pedrito y desconfía que Jesús sea su hijo. Ómar es celoso. A los 6 meses del nacimiento de Jesús, Maxi desea abandonar la casa, debido a la violencia intrafamiliar que recibe de su compañero, cree que si no huye puede morir a manos de Ómar. Finalmente, Maxi decide separarse de Ómar.</p> <p>Aún Ómar no reconoce a Jesús como su hijo y Maxi, decide acudir a la autoridad administrativa: Defensor de Familia, quien cita a Ómar a una conciliación sobre alimentos, custodia y visitas para los hijos menores de edad, la disolución de la Unión marital de hecho y la liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.</p> <p>¿Qué derechos fundamentales están siendo violentados en este caso y por quién?</p> <p>¿Qué acciones pueden tomarse por parte de la autoridad competente para proteger a los niños?</p> <p>¿Es posible la conciliación en el caso planteado?</p> <p>¿Cuál es el problema central del caso?</p> <p>¿Qué resolvería en este caso y con base en qué norma jurídica?</p> <p>¿Si la conciliación fracasa y el caso llega a su Despacho, qué pruebas decreta?</p>

<p style="text-align: center; font-size: 2em; font-weight: bold;">J</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Sentencia T 529 de 1992. El respeto a la vida y a la integridad física de los demás, en un sentido moral y jurídicamente extenso que no se reduce sólo a la prevención policiva o a la represión penal del agresor, comporta el deber de no maltratar, ni ofender, ni torturar, ni amenazar a las personas, mucho menos a aquella con quien se comparten la unión doméstica de procreación y desarrollo de los hijos y de la familia, y la promesa de mutuo fomento material y espiritual. • Sentencia T-374 de 1993. Transacción, derecho a la vida, inalienabilidad. Contrato. Objeto ilícito. • Sentencia T 179 de 1993. Nasciturus-Protección/Responsabilidad de los padres. • Sentencia T 503 de 1994. El derecho a la integridad <i>física</i> es un derecho inherente a la persona humana, por cuanto es un bien constitutivo de su ser. El derecho a la vida genera el derecho a la integridad física, porque la vida humana es integral, por un lado, y tiene un componente corpóreo indiscutible, por otro. • Sentencia C 244 de 1994. No es posible negar la relación entre la moral y el derecho. Y menos desconocer que las normas jurídicas en algunos casos tienen en cuenta la moral vigente, para deducir consecuencias sobre la validez de un acto jurídico. Hay siempre una moral social. • Sentencia T 597 de 1993. Derecho a la Salud-Protección. La Constitución Política no reconoce directamente el derecho a la salud —bien natural que escapa a las posibilidades de un estado— sino el derecho a la tutela de la salud, esto es, a su protección y recuperación. • Sentencia T 049 de 1995. El derecho a tener una familia y no ser separado de ella. • Sentencia C-067 de 2003. Definición del Bloque de Constitucionalidad
---	--

	<ul style="list-style-type: none"> • Sentencia T 447 de 1994. Derecho a la salud del niño- Prevalencia. En lo que hace al derecho a la salud de los niños, al tenor del artículo 44 superior, este no sólo es fundamental sino prevalente, en el sentido de su respeto incondicional y universal. • Sentencia C 258 de 2015. Proceso de Filiación • Sentencia T 844 de 2011. Revoca Sentencia de Adopción. • Sentencia T 26 de 2012. Principio del Interés Superior del Niño. Consagración del derecho del interés superior del niño. Obligación del Estado de brindar una protección especial. • Sentencia C 355 de 2006. Aborto • Sentencia T 381 de 2013. Derecho a la vida y derecho a la integridad personal- Cónyuges. Familia. • Sentencia C 476 de 2005. Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica. Guarda estrecha relación con el derecho a la igualdad/Estado Civil de las personas- Determina la situación de una persona en la familia y en la sociedad y de él se derivan derechos y obligaciones que se regulan por la ley civil.
--	---

B	<p>Asamblea General de las Naciones Unidas (1989). La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Resolución 44/25. Noviembre, 20, 1989.</p> <p>Cobos, F. (1979) M. D. en Estrategia para una lucha contra el abandono. Bogotá, sin publicar.</p> <p>Gros-Espiell, H. (2003). La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. Montevideo. Anuario de Derechos Humanos. <i>Nueva Época</i> vol. 4.</p>
----------	--

	<p>ICBF (2007). Lineamientos Técnico Administrativos Misionales y Herramientas Metodológicas para la atención y la inclusión de la familia en los servicios.</p> <p>Naciones Unidas. (1990). Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil. Directrices de RIAD - Resolución 45/112 14 de diciembre de 1990, 68ª sesión plenaria de la Asamblea General.</p> <p>Zeledón, M. (2016). El derecho del niño a ser escuchado y la obligación del juzgador de escucharlo. Revista Jurídica Digital <i>Enfoque Jurídico</i> (10 de febrero). Disponible en: http://www.enfoquejuridico.info/wp/archivos/4595</p> <p>Zúñiga-Azuero, F. (s. f.). Sostenibilidad del sistema de salud colombiano. Requisitos básicos y amenazas. Universidad de los Andes. Facultad de Administración.</p> <p>Ley 1098 de 2006. Código de Infancia y Adolescencia.</p> <p>Ley 80 de 1925. Sobre educación física, plazas de deportes y precio de becas nacionales.</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia No. T-529 de 1992. M. P. Morón-Díaz, Fabio.</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia T 502 de 1992. M. P. Martínez Caballero, Alejandro.</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia T-179 de 1993. M. P. Martínez Caballero, Alejandro.</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia T-374 de 1993. M. P. Morón Díaz, Fabio.</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia T- 339 de 1993. M. P. Gaviria Díaz, Carlos.</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia T -532 de 1993. M. P. Cifuentes Muñoz Eduardo.</p>
--	---

	<p>Corte Constitucional. Sentencia T-955/13. M. P. Vargas Silva, Luis Ernesto.</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia T-447 de 1994. M. P. Naranjo Mesa, Vladimiro.</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia C 224/94. M. P. Arango Mejía, Jorge.</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia No. T-503 de 1994. M. P. Naranjo Mesa, Vladimiro.</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia T-408-95, expediente T-71149. M. P. Cifuentes Muñoz Eduardo.</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia T-587 de 1997, M. P. Cifuentes Muñoz Eduardo.</p> <p>Corte Constitucional. Sentencias T-503 de 2003 y T-397 de 2004. M. P. Cepeda Espinosa, Manuel José.</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia T-884 del 2011. M. P. Henao Pérez, Juan Carlos.</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia T-302 de 2011, expediente T-2622716. M. P. Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio.</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia T-260/12. M. P. Sierra Porto, Humberto Antonio.</p> <p>Corte Constitucional Sentencia T-955/13. M. P. Vargas Silva, Luis Ernesto.</p> <p>Corte Constitucional. Sentencia C 258 de 2015. M. P. Pretelt Chaljub, Jorge Ignacio.</p> <p>https://www.gerencie.com/derecho-fundamental-al-minimo-vital.html.</p>
--	---

Unidad 4

PROTECCIÓN JUDICIAL

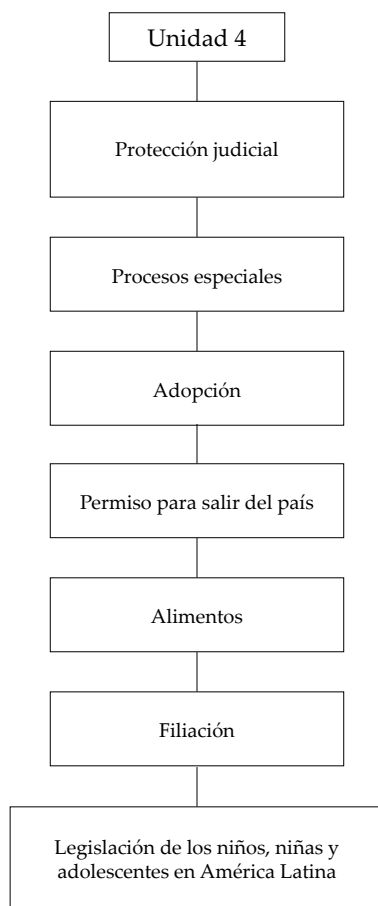
Og

Concretar los aspectos más relevantes de la protección judicial en los procesos especiales, a través de los cuales los niños, las niñas y adolescentes logran la restauración de los derechos y garantías otorgadas en la normatividad vigente en el país.

Oe

Considerar los aspectos más importantes en algunos procesos especiales por la importancia que reviste para los niños, las niñas y adolescentes.

MAPA CONCEPTUAL



INTRODUCCIÓN. PROTECCIÓN JUDICIAL

La Ley 1098 de Infancia y Adolescencia, consolida de manera particular desde el marco legislativo la intención de la Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños, que reafirma el marco de la Protección Integral como eje del desarrollo de acciones para el bienestar de la población infantil y adolescente en el país. Esto ha supuesto una superación doctrinaria con el otorgamiento de la titularidad de derechos a esta población y la necesidad de movilizar el aparato del Estado hacia esta nueva dignidad.

En consecuencia, han sido y continúan siendo varios los retos que propone la ley a los ciudadanos colombianos adultos, a los responsables institucionales y a los mismos niños, niñas y adolescentes. La ley de infancia y adolescencia como articulador del sistema, ha generado cambios en las acciones institucionales, afianzando prácticas y conceptos que le son afines, e invalida algunos que le son contrarios; así, entra en el concierto institucional y ciudadano dentro de una historia y unos hábitos consolidados, que se tendrán que cambiar positiva y coherentemente.

Su intención ha sido la de mejorar el funcionamiento del aparato del Estado y los comportamientos ciudadanos en función del bienestar de niños, niñas y adolescentes. Esto ha implicado un ejercicio juicioso de evaluación, análisis y transformación en muchos y variados ámbitos. En consecuencia y en el contexto del marco normativo de los derechos humanos la Protección Integral es la doctrina estructurante de la ley en cuanto directriz de las acciones y las interpretaciones que se hagan de la misma; la protección integral permite superar la mirada focalizada en la emergencia de situaciones de carencia únicamente (situación irregular) y apunta a una gestión permanente para el cumplimiento cabal de los derechos de niños, niñas y adolescentes con carácter de universalidad.

En el artículo 7 de la ley, la protección integral ha quedado definida a través de los siguientes ejes para su desarrollo: 1. Reconocimiento de los niños, las niñas y adolescentes como sujetos de derechos, 2. garantía y cumplimiento de los derechos, 3. prevención de amenaza o vulneración de derechos, 4. seguridad de su restablecimiento inmediato. Además, se señala que 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 correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, establece unas normas mínimas internacionales en concordancia con los derechos humanos para los niños, las niñas y adolescentes, que sin duda lleva al establecimiento de sus garantías. En este sentido el Estado colombiano, ha dispuesto las normas que permiten a los niños, las niñas y los adolescentes, acceder directa o través de representantes legales a los procesos, en los niveles administrativos y judiciales que garantizan el restablecimiento del derecho comprometido.

De otra parte, Forero Silva (s.f.) en el Código General del Proceso, manifiesta que “la actuación procesal en los asuntos de familia compila la normatividad pertinente a esta jurisdicción, el nuevo ordenamiento procesal deroga disposiciones dedicadas a tales controversias, para ser recogidas en la nueva codificación con las modificaciones necesarias que se ajusten al proceso por audiencias”⁶⁶. Y siguiendo al autor citado puntualiza que las reformas tienen que ver con normas de naturaleza procesal y los temas corresponden a la jurisdicción de familia: (i) competencia; (ii) procedimientos; (iii) medidas cautelares; (iv) procesos de sucesión.

66 Forero Silva (s. f.). Código General del Proceso. Abogado de la Universidad del Rosario. Especializado en derecho procesal civil en la Universidad del Rosario. Docente universidades Rosario, Javeriana, Sergio Arboleda, entre otras. Conjuez del Tribunal Superior de Bogotá-Sala Civil. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro de la Comisión Redactora y Revisora del Código General del Proceso. Autor del libro: “Las medidas cautelares en el Código General del Proceso”.

PROCESOS ESPECIALES

1. ADOPCIÓN

Con el surgimiento de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) se establecen diferentes derechos que se constituyen en fundamentales y personalísimos de los niños, niñas y adolescentes, particularmente el derecho a tener una familia y crecer en el seno de ella, el derecho al cuidado y al amor de la familia y en consonancia con el Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Ley 265 de 1996), se reconoce a la familia como eje fundamental de la sociedad. La premisa o principio que orienta estas actuaciones de satisfacción para el niño, niña o adolescente es el “interés superior del niño”.

La protección de los niños, niñas y adolescentes se encuentra en el instrumento internacional de la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 20 en el cual se establece la protección temporal o provisional para los niños, niñas y adolescentes que no se encuentran en el medio de origen, reza el precepto que el Estado debe proporcionar la protección y asistencia del Estado a través de hogares de guarda, o instituciones de protección. La protección a los niños, niñas y adolescentes es también del resorte de lo consagrado en los artículos 42 y 44 de la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad en lo correspondiente.

Moliner (2012) expresa que no solo se busca con la adopción ofrecer al niño, niña o adolescente unos padres o un padre o una madre, cuando la adopción se tramita de manera unipersonal, sino que también busca proporcionar al niño, niña o adolescente una familia que le reciba y le ofrezca un lugar seguro y permanente donde pueda desarrollarse integralmente.

¿Por qué es tan complicado adoptar a un niño? Las estadísticas del ICBF demuestran que año tras año se aumenta el ingreso al sistema de protección de niños, niñas y adolescentes. La realidad indica que muchos de estos niños, niñas y adolescentes tienen familia y por lo tanto una filiación conocida y que los responsables: progenitores o cuidadores por diversos motivos han excluido a sus hijos e hijas del entorno familiar, de no ser posible el reingreso a la familia de origen se culmina el proceso administrativo de restablecimiento de derechos o bien con un acto administrativo de reintegro o de adoptabilidad.

La regla general es que las familias solicitantes de adopción busquen asignaciones de niños y niñas sanos y de poca edad. La dinámica de la adopción en el mundo, en los países de origen como Colombia, ha cambiado debido a la creación de políticas públicas que benefician la consolidación de las familias y evitan que los niños y niñas sean excluidos como sucedía anteriormente de su medio familiar. Actualmente los niños, niñas y adolescentes “que se encuentran en condiciones de ser adoptados, son los grupos de hermanos donde el mayor tiene más de 8 o 9 años de edad, y los niños con condiciones de salud que ameritan tratamientos de rehabilitación”. Los niños, y niñas en condición de salud sanos y de corta edad, les asignan familias colombianas.

Las familias nacionales o extranjeras esperan para ser asignados a niños y niñas, las primeras con tiempos más cortos y niños sanos, para las segundas niños, niñas y adolescentes con características y condiciones especiales ya mencionadas.

DEFINICIÓN

No se produjo cambios significativos entre la definición que se encontraba en el Decreto 2737 de 1989 –Código del Menor– y la definición del actual Código de Infancia y Adolescencia –Ley 1098 de 2006– y así tal cual se establece en el artículo 61 considerándose principalmente y por excelencia, como una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza.

La Corte Constitucional⁶⁷ Sentencia C- 814 del 8 de agosto de 2001 con respecto a lo anterior:

“La adopción es el procedimiento que establece la relación legal de parentesco paterno o materno filial entre personas que biológicamente no lo tienen. Las consecuencias inmediatas de la adopción, consisten en establecer la relación de padre o madre a hijo. Pero más allá de ello, es también una forma de incorporar al adoptivo a la familia del adoptante. En efecto, el adoptado entra a formar parte de tal familia, en cuanto la adopción establece el llamado parentesco civil, que se da no sólo en relación con quien adopta, sino también respecto de los parientes consanguíneos y adoptivos suyos. Desde este punto de vista, es decir en cuanto el adoptivo entra a formar parte de la familia del adoptante, la adopción satisface el derecho

67 Corte Constitucional. Sentencia C- 814 del 8 de agosto de 2001. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-3378.

constitucional reconocido a todos los niños en el artículo 44 superior, de tener una familia y de no ser separado de ella, en aquellos casos en los cuales sus padres biológicos no pueden hacerse cargo de ellos. Y a través de la incorporación del adoptado a la familia del adoptante, se garantiza también todo el plexo de derechos reconocidos al menor de cuya eficacia el primer responsable es el padre. Por eso, la ley define la adopción como una “medida de protección” que se establece en favor del menor”.

FINALIDAD

La Corte Constitucional en la Sentencia C- 562 de 1995, ya había dicho: *“La finalidad de la adopción es la de crear entre el adoptante y el adoptivo una relación semejante a la que existe entre padres e hijos de sangre. No se busca solamente la transmisión del apellido y del patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia como la que existe entre los unidos por los lazos de la sangre”.*

La adopción se considera como una medida de protección, aunque sea principal se considera residual, pues debe escalar las diferentes y última situación en que un niño, niña o adolescente debe dejar su medio de origen para ser acogido definitivamente en otra familia con la cual constituirá una filiación, es una última opción cuando verificadas las circunstancias a través de mecanismos idóneos y establecidos por la autoridad facultada por ley encargada de realizar el restablecimiento de derechos, privilegiando la familia de origen, encuentra que no existen garantías en la familia para proteger los derechos de los niños, las niñas y adolescentes, Art. 107 del Código de Infancia y Adolescencia⁶⁸.

En el Código de Infancia y Adolescencia y en la Sentencia C-577 de 2011 de la Corte Constitucional, relaciona las situaciones en que se puede dar la adopción de acuerdo a lo establecido en el marco jurídico:

*“(i) La primera es la **adopción individual o monoparental**, que es aquella que tiene lugar cuando el adoptante es una sola persona (independientemente de su sexo u orientación sexual), por ejemplo, las personas solteras o el guardador del pupilo o ex pupilo una vez aprobadas las cuentas de su administración (art. 68, núm. 1º y 4º), obviamente a condición de cumplir los requisitos generales antes descritos.*

Al momento de la aprobación del Código de Infancia y Adolescencia, el legislador retomó situaciones jurídicas que ya se contemplaban en el estatuto anterior, como la *“adopción de las personas solteras, y*

68 Código de Infancia y Adolescencia. Art. 107. Contenido de la declaratoria de adaptabilidad o de vulneración de derechos.

en ese momento no estableció particularidades con respecto al sexo o la orientación sexual del aspirante”.

Con el desarrollo de la adopción por parte de parejas del mismo sexo, en la Sentencia T-276 de 2012, la Corte Constitucional abre paso a la inclusión de minorías y eleva su categoría para garantizar la igualdad de derechos y suprimir la discriminación que por sexo u orientación sexual no se permitía adoptantes del mismo sexo, así la Corte indica que:

Con fundamento en la jurisprudencia constitucional, al examinar el caso concreto la Corte concedió el amparo al constatar que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar había amenazado el desarrollo armónico e integral de los menores de edad. Para ello adelantó una cuidadosa revisión de las pruebas y conceptos de expertos profesionales en relación con el estado de salud de los niños, en especial al valorar que al ser alejados de su padre adoptante para ser reubicados en un hogar sustituto se comprometía su desarrollo armónico e integral y su salud emocional y mental. En consecuencia, ordenó la entrega definitiva de la custodia de los niños a su padre adoptante, quien como ya se dijo era una persona de orientación sexual homosexual”.

*(ii) La segunda modalidad es la **adopción conjunta**, que es la ejercida por los cónyuges o por los compañeros permanentes que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años (art. 68, núm. 2º y 3º).*

La adopción conjunta establecida en el Código de Infancia y Adolescencia contempla adopción dentro de las normas que regulan la calidad de cónyuges y los compañeros permanentes. (iii) *“Finalmente, la tercera forma que el Código de la Infancia y la Adolescencia contempla es la **adopción complementaria o por consentimiento**, que tiene lugar en aquellos casos en los cuales se adopta el hijo o hija del cónyuge o del compañero o compañera permanente que demuestre convivencia ininterrumpida de por lo menos dos años (arts. 66 y 68, núm. 5º)”*⁶⁹.

Así, bien puede afirmarse que la institución jurídica de la adopción busca establecer la vinculación a través de la filiación, a semejanza de los vínculos naturales y biológicos entre padres e hijos, por lo tanto, la adopción se sustenta también en una construcción legal que tiene una positiva y legítima decisión del entorno social de establecer un vínculo legal que se equipara a la filiación biológica. Y le ha correspondido al legislador establecer su finalidad, su regulación y límites. Con esta figura jurídica finalmente se protege al niño, niña y adolescente que requiere ser acogido de forma definitiva por unos padres de manera permanente que le ofrezcan garantías para su desarrollo armónico e integral.

⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-276 de 2012.

EFECTOS JURÍDICOS

El Código establece los efectos jurídicos de la institución de la adopción, que en el fondo son inherentes a las relaciones paterno filiales padres e hijos (Art. 64); prohíbe a terceros ejercer acciones para establecer la filiación consanguínea del adoptivo, pero permite a este promover en cualquier tiempo las acciones de reclamación del estado civil respecto de sus padres biológicos, para demostrar que en realidad no lo eran (Art. 65); establece rigurosas condiciones y requisitos para otorgar el consentimiento de dar en adopción, bajo la premisa de que sea informado, libre y voluntario (Art. 66); consagra el principio de solidaridad familiar (Art. 67) y los requisitos para la adopción (Art. 68); fija reglas especiales para la adopción de niño, niña o adolescente indígena (Art. 70); estipula la prelación para adoptantes colombianos (Art. 71); señala pautas para la adopción internacional –modificado en requisitos– (Art. 72); regula lo concerniente a los programas de adopción (Art. 73); prohíbe el pago en el trámite de procesos de adopción (Art. 74); establece la reserva documental (Art. 75) y el derecho del adoptado a conocer su origen familiar (Art. 76); asigna al Defensor de Familia la función de declarar la situación de adoptabilidad de los niños (Art. 82.14) o autorizar la adopción en los casos previstos en la ley (Art. 82.12); atribuye a los jueces de familia la competencia para conocer de los procesos de adopción (Art. 124); fija las reglas especiales de procedimiento, ahora modificada por la Ley 1878 del 9 de enero de 2018 (art. 126); entre otros aspectos.

CARACTERÍSTICAS DE LA ADOPCIÓN

1. La adopción se encuentra establecida en la ley,
2. Es un acto solemne, en cuanto que la ley establece los requisitos, efectos y obligaciones,
3. Los vínculos que de ella se derivan y las limitaciones que consagra como institución jurídica,
4. Es un acto voluntario,
5. La ubicación de la adopción en el Código de Infancia y Adolescencia, Art. 53 No. 5 garantiza que es una medida de protección definitiva y proteccionista dirigida a garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que siendo prevalentes, según el Art. 44 de la Constitución Política, asegura de esa forma la relevancia de los derechos ⁷⁰.

70 Constitución Política de Colombia Art. 44. Derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.

Adelantar la adopción requiere que se apegue al principio del interés superior del niño. La institución jurídica de la adopción se reviste de solemnidad, se precisa porque la misma a través de la ley, consagra sus formalidades, obligaciones y efectos para que el acto como tal esté con la licitud y la validez que se requiere.

En cuanto a los requisitos para adoptar estos se encuentran establecidos en el artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia. Trae un requisito referido a quien debe adoptar debe ser capaz, que haya cumplido 25 años de edad, y garantice idoneidad física, mental, moral y social suficiente para ofrecer una familia estable al niño, niña o adolescente, en este punto se ha concluido que la edad tope de 25 años para adoptar se ajusta los conceptos y “análisis psicológicos contemporáneos sobre el desarrollo emocional de las personas”⁷¹, pueden adoptar: 1. Personas solteras, 2. Cónyuges conjuntamente, 3. Compañeros permanentes, demostrando una convivencia ininterrumpida de por los menos 2 años. Término contado a partir de la sentencia de divorcio, si hubiese con respecto a quienes conforman la pareja o a uno de ellos, 4. El guardador al pupilo, previa rendición de cuentas aprobadas, 5. El cónyuge o compañero permanente, al hijo de uno de ellos, que demuestren una convivencia ininterrumpida de por lo menos dos (2) años.

De otra parte, pueden ser adoptados todos los menores de edad (18 años), a quienes se les ha declarado la situación de adoptabilidad o aquellas sobre las cuales se otorgó el consentimiento, además de manera especial, los niños, niñas y adolescentes indígenas para los cuales el procedimiento deberá hacerse de acuerdo con sus usos y costumbres. Para los mayores de edad, estos pueden ser adoptados siempre que el adoptante hubiere tenido el cuidado personal del adoptable durante por lo menos 2 años antes de alcanzar la mayoría de edad y se tramitará ante el Juez correspondiente.

El consentimiento para la adopción exige que la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo ante el Defensor de Familia. El consentimiento debe estar exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos y que el consentimiento haya sido debida y ampliamente informado, asesorado y tener aptitud para otorgarlo (1 mes después del parto).

Actualmente la adopción se encuentra también para las parejas homoparentales, las cuales se someten a los estudios correspondientes para obtener la idoneidad. Las parejas homoparentales ingresan a los Comités de Adopción, una vez cumplidos y aprobados los requisitos para la correspondiente asignación a un niño o niña.

71 Corte Constitucional, Sentencia C-093 de enero 31 de 2001.

MODIFICACIÓN DE LA LEY 1098 DE 2006/ LEY 1878 DE 9 DE ENERO DE 2018

Varios fueron los artículos modificados de la Ley 1098 de 2006, con el firme propósito de agilizar los trámites de la adopción, así el artículo 124 establece que conoce de la demanda el Juez de Familia en primera instancia, pero del domicilio de los adoptantes y para la adopción internacional el competente es cualquier Juez de Familia del país.

En cuanto a los documentos que deben allegarse a la demanda, se precisa que es el ICBF quien certifica sobre la vigencia de las licencias de funcionamiento de las instituciones autorizadas en la cual se tramita la adopción.

Se fija en 2 años el tiempo de las inscripciones de compañeros permanentes en las Cajas de Compensación Familiar u otras entidades de seguridad social. Inscripción de la declaración de unión marital de hecho en Notaría con 2 años antes del inicio del trámite de adopción.

Se encuentran modificaciones en las reglas especiales:

1. El término de para dictar sentencia es de 10 días hábiles siguientes desde la presentación de la demanda una vez admitida la demanda, contados desde la presentación de la demanda, antes se contaba desde la admisión de la demanda.
2. El Juez puede decretar máximo diez (10) días, para decretar y practicar las pruebas que así disponga las cuales no pueden estar o versar sobre decisiones judiciales o administrativas que decretaron la situación de adoptabilidad cuando estas se encuentren en firme. Vencido el término el Juez procede a tomar la decisión correspondiente.
3. Aunque el Juez puede decretar y practicar pruebas, no podrán versar sobre las decisiones judiciales o administrativas que se encuentren en firme o que declararon la situación de adoptabilidad.
4. Para la Notificación de la Sentencia uno de los padres concurrirá personalmente al Juzgado y en ese momento se entregarán las copias de la Sentencia y de los oficios dirigidos a la Notaría o a la Oficina de Registro Civil.
5. El proceso se suspende hasta por el término de tres (3) meses improrrogables, siempre que exista una causa justificada. La

reanudación del proceso lo pueden solicitar los adoptantes o el Defensor de Familia.

6. Sobre el cubrimiento del sistema de salud para los niños, las niñas y adolescentes adoptados por familias internacionales, les cubrirá hasta que dejen el país.
7. Los efectos de la sentencia. Los datos deben estar completos, para que su inscripción en el registro civil constituya el acta de nacimiento y remplace la de origen, la cual debe anularse. Una vez se encuentre en firme se inscribe en el registro civil y se producen todos los efectos de los derechos y obligaciones que existen padres a hijo desde la fecha de la presentación de la demanda. La apelación se dará ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial. Allí intervendrá el Defensor de Familia. No se mencionarán en la sentencia los nombres de los padres de origen.
8. La dilación en el trámite judicial está sometido a la responsabilidad indicada para las decisiones de la acción de tutela.
9. Tránsito de la legislación: para los procesos de restablecimiento de derechos y no cuentan con la definición de la situación jurídica según el artículo 100 de la Ley 1098 de 2006 se fallarán de acuerdo a la ley vigente cuando se realizó la apertura de la investigación, una vez resuelto y en firme la declaratoria de adoptabilidad o de vulneración se tramitarán con la ley vigente hoy en ese aspecto, y en el seguimiento se contará a partir de la expedición de la ley modificatoria.

En conclusión, se busca agilizar el proceso judicial ante los Jueces competentes y con ello, dar celeridad al trámite judicial. Sin embargo, quedan algunas inquietudes frente a que la ley establece que el Juez no puede inferir en la decisión proferida por otras autoridades administrativas o judiciales que se encuentran en firme, cabe preguntar ¿cuál es la actuación del Juez, ante una evidente violación al debido proceso y con una actuación finalizada por otra autoridad administrativa? ej. Una Resolución de adoptabilidad por parte del Defensor de Familia, sin el lleno de requisitos de las etapas del Proceso de Restablecimiento de Derechos.

La celeridad y eficacia con que debe tramitarse los procesos en los que están vinculados los niños, las niñas y adolescentes están en concordancia con el ejercicio de los derechos protegidos. Sin embargo, si lo que se pretende es dar agilidad en el proceso de adopción, la Ley modificatoria 1878 del

9 de enero de 2018, contempla unos nuevos términos para el proceso de restablecimiento de derechos, PARD, para declarar la situación de vulneración de derechos y su consecuente medida de protección las que van dirigidas a que en lo posible se dé el reintegro familiar o la resolución de adoptabilidad.

Si bien es cierto, se ha fijado como término límite los 18 meses para resolver la situación de un niño, niña o adolescente en el sistema de protección del ente rector (ICBF) este debe facilitar, junto con el SNBF, las respuestas oportunas que elevan las autoridades administrativas durante el proceso de restablecimiento de derechos, las entidades como Registraduría Nacional del Estado Civil, Fiscalía General de la Nación, Policía de Infancia y Adolescencia, Sector Salud, Instituto Medicina Legal y Ciencias Forenses y todos los demás que hagan parte del sistema, deben coadyuvar de manera pronta y eficaz adelantando los tramites solicitados para un rápido restablecimiento de derechos de los niños, niñas y adolescentes. Los niños, niñas y adolescente que se encuentran con declaratoria de adoptabilidad y catalogados como niños con necesidades especiales por salud, edad o que pertenecen a un grupo de más de tres hermanos, ingresaron en diferentes circunstancias al ICBF y se encontraron que su situación jurídica no fue resuelta oportunamente por la autoridad administrativa (Defensor de Familia), en los casos en que se resolvió, el rango de edad, hacia más difícil su adopción, por lo tanto, el ICBF establece un programa de preparación para la vida de estos jóvenes que se encuentran ad portas de cumplir la mayoría de edad, para que tengan la posibilidad de estudiar y luego independizarse.

PRELACIÓN DE ADOPTANTES COLOMBIANOS

El Código de Infancia y Adolescencia en el artículo 71 contiene una disposición novedosa que no se tenía antes, actualmente se impulsa una cultura institucional para privilegiar la adopción de los adoptantes colombianos. La norma contempla las diferentes categorías en las cuales puede presentar solicitud una familia extranjera, según la procedencia del país, si este se encuentra o no en vigor o adherido a Convenciones relativas a la adopción internacional.

Las estadísticas oficiales de la Dirección de Protección y Subdirección de Adopciones del ICBF muestran lo siguiente frente al número de adopciones por familias extranjeras en el 2017 para niños, niñas y adolescentes con necesidades o condiciones especiales ascendió a 592 y familias colombianas niños, niñas y adolescentes sanos 671, para el 2018 para familias extranjeras niños, niñas y adolescentes con necesidades o condiciones especiales 594 y familias colombianas niños, niñas y adolescentes sanos 673. Entre 1997 a 2018

se adoptaron de manera general entre familias colombianas y extranjeras un total de 48.254 niños, niñas y adolescentes y entre 2008 y 2018 se adoptaron entre familias colombianas y extranjeras un total de 19.614 niños, niñas y adolescentes.

Las solicitudes de familias colombianas vienen adelantándose de manera paulatina tanto para niños, niñas de corta edad y sanos en condiciones de salud y algunas familias aplican para niños, niñas y adolescentes con características o condiciones especiales. En cuanto a la familia extranjera el número de aplicaciones o solicitudes no es tan numerosos como en años anteriores debido a que no solo se requiere una preparación más intensa por parte de las autoridades centrales en materia de adopción internacional u organismo delegado para tal fin, también requiere costos económicos y disponibilidad de tiempo para los padres adoptantes para ofrecer los cuidados que se requieren para la adaptación y rehabilitación del niño, niña o adolescente que tienen alguna enfermedad física o por pertenecer a grupos de hermanos requieren mayor atención.

En Colombia el trámite administrativo para preparar a los futuros padres a una adopción, esta equiparado casi que al término de una gestación natural por lo tanto, las etapas de información, los talleres, entrevistas, visitas y luego las conclusiones para establecer la idoneidad física, social y mental terminan por dilatar el trámite para que finalmente se establezca la idoneidad correspondiente a los padres o al padre o madre si se adopta de manera unipersonal y luego ser presentada la familia al Comité de Adopción y proceder a ser asignada la familia a un niño o niña o adolescente que se ajuste a las condiciones de estos. Encontrar las características propiamente dicha de la familia aspirante a la adopción y que encaje con las características y necesidades del niño, niña o adolescente también incide para que se agilice o no la adopción, pues en últimas se busca una familia para un niño o niña o adolescente y no lo contrario.

ACCIONES DE RECLAMACIÓN

Contempladas en el artículo 65 del Código de Infancia y Adolescencia.

“Nadie podrá ejercer acción alguna para establecer la filiación consanguínea del adoptivo, ni reconocerle como hijo.

Sin embargo, el adoptivo sí puede promover en cualquier tiempo las acciones de reclamación del estado civil que le corresponda respecto de sus padres biológicos, únicamente para demostrar que quienes pasaban portales, no lo eran en realidad.

La prosperidad de las pretensiones del adoptivo en este caso, no extinguirá los efectos de la adopción, salvo declaración judicial que la ordene y previo consentimiento del adoptivo. El adoptante deberá ser oído en el proceso”.

El hijo es quien tiene las acciones de reclamación en cualquier tiempo. Si las pretensiones del adoptivo prosperan, no extinguen los efectos de la adopción. El adoptante será oído en el proceso.

Sobre las acciones de reclamación estas no son frecuentes, probablemente porque el proceso de restablecimiento de derechos –PARD– agotó cada una de las etapas o porque aún se tiene desconocimiento por parte de los interesados de esta norma.

ADOPCIÓN INTERNACIONAL

La adopción en general es un mecanismo que intenta materializar el derecho del niño, niña o adolescente a tener una familia, por tal razón, toda la institución jurídica, está sustentada en el interés superior del niño.

Los requisitos generales para solicitar la adopción se encuentran establecidos en el artículo 68 del Código de Infancia y Adolescencia, los cuales son exigidos a los solicitantes colombianos y extranjeros, para estos últimos también los requisitos establecidos en los Convenios y Tratados internacionales.

El Código de Infancia y Adolescencia consagra en el artículo 72, la situación de la adopción internacional, la cual debe cumplir con los requisitos de la legislación interna. Colombia ha incorporado a la legislación a través de la ley 265 de 1996 el **Convenio de la Haya relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional**, el cual fortalece los principios de la Convención de los Derechos del Niño, ofrece los parámetros de cómo realizar una adopción internacional siguiendo los requisitos mínimos. Tiene en cuenta los derechos del niño como también los derechos de la familia de origen y de las familias adoptivas.

El Convenio fue creado como un instrumento multilateral para dar un marco jurídico para la cooperación entre los Estados de Origen y de Recepción en materia de adopción internacional.

Cabe destacar que el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, establece que los Estados partes de origen y de recepción de los niños, deben establecer una Autoridad Central la cual cumple una función esencial para que todas las adopciones tengan un solo procedimiento y que el niño declarado adoptable

solo puede llegar a esa categoría cuando el Estado de origen ha realizado todo los procedimientos para que permaneciera con su familia de origen, o extensa y que en el país de origen no existiese una familia que quisiera adoptarle.

Colombia, tiene un sistema mixto para tramitar las adopciones, al tener autorizadas instituciones privadas para que tramiten adopciones.

Actualmente la Autoridad Central, ha restringido la adopción internacional y solo recibe expedientes de familias extranjeras que deseen adoptar niños, niñas y adolescentes con necesidades especiales: grupos de hermanos donde el mayor tenga 9 años, niños con enfermedades específicas, para lo cual tiene una tabla o listas de enfermedades las cuales puede escoger la familia. Este mecanismo ha permitido que niños, niñas y adolescentes en esa situación puedan ser adoptados, en el 2017 fueron adoptados por familias 1.263 niños y niñas de los cuales las familias extranjeras adoptaron 592 y las familias colombianas 671. Para el 2018 se encuentran en lista de espera familias extranjeras 976, en donde algunas llevan más de 8 o 9 años de espera y familias colombianas 253 para quienes la espera es relativamente corta⁷².

ETAPAS DE LA ADOPCIÓN

La adopción tiene dos etapas:

Administrativa. Tiene un trámite especial según el Código de Infancia y Adolescencia, se surte ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y en ella se declara adoptable al niño. Esta etapa de manera particular se adelanta en las Defensorías de Familia, en donde el Defensor de Familia y el equipo multidisciplinario integrado por un Trabajador Social, Psicólogo y Nutricionista, adelantan las diligencias correspondientes para determinar si es procedente o no la adoptabilidad del niño, niña o adolescente. El trámite a seguir es el indicado en el artículo 100 (actualmente modificado Ley 7898 del 9 de enero de 2018) y siguientes del Código de Infancia y Adolescencia y como parámetros de materialización, el ICBF cuenta con los Lineamientos Técnicos Administrativos los cuales se constituyen en una herramienta como ruta por medio de la cual el ICBF, indica las etapas técnicas para adelantar el proceso de restablecimiento de derechos y cuenta con un lineamiento específico para el trámite técnico de la adopción con el cual tiene la posibilidad para seleccionar y aprobar las familias adoptantes que garanticen un hogar estable y seguro para el desarrollo armónico del niño.

72 Recuperado de: www.icbf.gov.co

Los trámites que se adelantan en el ICBF con relación a la adopción son gratuitos. Los trámites de adopción en las Instituciones Autorizadas para Desarrollar el Proceso de Adopción (IAPAS), instituciones autorizadas por el ICBF para intermediar las adopciones nacionales e internacionales, generan unos costos por la preparación de las familias aspirantes a ser declaradas idóneas para la adopción. Los costos se encuentran publicados en página oficial del ICBF www.icbf.gov.co

Las entidades autorizadas para desarrollar el programa de Adopción, son vigiladas y controladas por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y están obligadas a seguir los lineamientos que para el efecto expide el ICBF.

Judicial. La adopción es decretada a través de sentencia judicial en los juzgados competentes y una vez debidamente ejecutoriada establece la relación paterno-filial.

La adopción es irrevocable. El adoptivo llevará los apellidos de los adoptantes. Por la adopción, el adoptivo deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue todo parentesco de consanguinidad, bajo la reserva del impedimento matrimonial del ordinal 9° del artículo 140 del Código Civil.

2. PERMISO PARA SALIR DEL PAÍS

Las normas establecidas en el Código de Infancia y Adolescencia fueron modificadas para tramitar el permiso de salida del país de un niño, niña o adolescente, con la Ley 1878 de 2008 que cambió el artículo 110 del estatuto mencionado, establece que la solicitud puede ser formulada por quien tenga en ese momento el cuidado personal del menor de edad, al Defensor de Familia quien sigue siendo el competente en los casos en que este carezca de representante legal o no se conozca su paradero o que la situación en que se encuentre no le permita otorgarlo. Ej. Condición de salud grave o incapacitado totalmente.

La solicitud se presenta y en ella debe consignarse los hechos por los cuales se solicita el permiso, el tiempo de permanencia del niño, niña o adolescente en el exterior, anexando el registro civil de nacimiento y las pruebas que pretenda hacer valer para sustentar los hechos de la solicitud. Estas deben estar dirigidas a demostrar que no se conoce el paradero del otro padre o representante del niño, niña o adolescente.

La citación al otro padre o al representante legal la realiza el Defensor de Familia.

Si la acción para obtener el permiso para salir del país, se inicia ante el Defensor de Familia, no puede al mismo tiempo iniciarse en demanda judicial ante la jurisdicción de familia, dado que no aplica la subsidiariedad, para estar favorecido en caso que rechacen una u otra.

Si transcurrido los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación o al emplazamiento no se presenta oposición, el Defensor de Familia debe continuar con el trámite abriendo a pruebas que considere necesarias y tomara una decisión.

El Defensor de Familia una vez esté en firme la resolución que concede el permiso, remite copia de ella al Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Unidad Administrativa Especial de Migración Colombia. El término de vigencia del permiso será de 60 días (60) hábiles contados a partir de su ejecutoria.

No se requerirá autorización de los padres a quienes se les suspendió o privó de la patria potestad.

En el evento en que se presente oposición a la solicitud de permiso por parte de algún interesado, el Defensor de Familia, envía o remite el expediente al Juez de Familia y comunicará por medio de telegrama a la otra parte interesada para que se presente al juzgado correspondiente según el reparto. El trámite es de única instancia ante el Juez de Familia (artículo 21 del C.G.P.).

En la situación en que un niño, niña o adolescente vaya a salir del país con uno de los padres o con una persona diferente a los representantes legales, debe obtener anticipadamente el permiso de aquel con quien no viaja, el permiso debe estar autenticado ante notario o entidad consular, siempre y cuando los padres estén de mutuo acuerdo para la autorización para el niño. De igual manera, el permiso debe contener el lugar de destino, el propósito del viaje y la fecha de salida y regreso nuevamente al país.

Cuando un niño, niña o adolescente con residencia habitual en el exterior, igual o superior a (1) año, y pretende salir del país con un solo padre, no requerirá autorización cuando decidan volver o regresar al país. Se les requerirá únicamente certificación de residencia en el exterior, expedido por el consulado competente o la inscripción en el consulado y la copia del documento donde conste que tiene la custodia con el padre que viajará. En el evento de la solicitud de custodia esta podrá presentarse ante la autoridad consular correspondiente, quienes remiten copia a la autoridad consular en Colombia.

Si el niño, niña o adolescente tiene residencia habitual en el exterior, igual o superior a (1) año y sale de viaje con un tercero debe acreditar el permiso de aquel padre que ostenta la custodia.

En situaciones de emergencia, el niño que requiera salir del país, el Defensor de Familia, otorga el *permiso de plano* según el Art. 82, núm. 7 y Art. 110, par. 2.

Las emergencias están determinadas así:

- a) Cuando el niño ingresa al programa de víctimas y testigos de la Fiscalía General de la Nación,
- b) Cuando los niños, las niñas o adolescentes desvinculados o testigos en procesos penales, cuando corre grave peligro su vida y su integridad personal,
- c) A los niños, las niñas o adolescentes que deban ir en misión deportiva, científica o cultural,
- d) Cuando el niño, niña o adolescente deba viajar a otro país a someterse a tratamientos médicos.

3. ALIMENTOS

El artículo 24 del Código de Infancia y Adolescencia define el derecho de alimentos de:

“los niños, niñas y los adolescentes tienen derecho de alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo a la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral del niño, las niñas y adolescentes. Los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto”.

De otro lado, la obligación alimentaria es otro de los efectos del parentesco, que tienen su origen en la particularización del principio que ella crea y establece entre las personas la obligación de ayudarse las unas a las otras, siempre buscando una ayuda mutua y recíproca de parte de quien tiene los recursos para procurar satisfacer las necesidades del otro. La fuente de obligación alimenticia se encuentra en la familia misma. Sus integrantes están en la obligación

de ayudarse y socorrerse mutuamente. En realidad, las obligaciones recíprocas entre los esposos, en cuanto a socorro y las obligaciones de padre a hijo en cuanto a crianza por parte del padre y ayuda por parte del hijo se traducen objetivamente en la pensión alimenticia.

La pensión alimenticia implica una obligación de carácter civil que pesa sobre determinadas personas específicamente señaladas por la ley y económicamente capaces, y la cual consiste en suministrar periódicamente a otras, de ordinario cónyuge o parientes, una suma de dinero para sufragar las necesidades de su existencia. Estos alimentos que se deben por ley, son distintos de los voluntarios que pueden proceder, o de una donación o de cualquier otro contrato, o de un legado⁷³.

Pero las circunstancias y la experiencia han demostrado que no basta concederle a esta ayuda alimenticia el simple carácter de un deber moral, sino que ha sido necesario dotarla de coercibilidad por parte de la ley positiva, como una obligación puramente civil, a fin de que el necesitado materialmente pueda exigir a quien esté en situaciones de hacerlo, el suministro de lo necesario para subsistir, y precisamente por los vínculos de familia que unen al necesitado con el que se halle en condiciones de solvencia económica.

CARACTERÍSTICAS DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Son características propias de los alimentos.

- Contiene una obligación civil. Inicialmente sus orígenes pueden tener el carácter de un deber moral, en el cual no existe una sanción legal, por el contrario, la obligación de carácter civil que puede exigirse su cumplimiento si el alimentante se niega a cumplirla aun teniendo capacidad económica.
- Está circunscrita a ciertas y determinadas personas. Generalmente, la pensión alimenticia sólo puede exigirse de ciertas y determinadas personas señaladas en la ley (Código Civil, art. 411).
- Tiene un carácter recíproco. De tal manera que quien en cierto momento se encuentra en condición de alimentante, puede más tarde pasar a la de alimentario si las situaciones de estado de necesidad y capacidad financiera se modifica.

73 Vélez F. (1973). *Estudio sobre el derecho civil colombiano* T. II, Imprenta París-América. p. 35.

- De ninguna manera admite transacción. No tiene validez la transacción extrajudicial sobre alimentos futuros de aquellas personas a quienes se deben por ley (art. 2474 del Código Civil).
- Es imprescriptible. Al alimentario no se le extingue el derecho por no hacer uso de él en tiempo prolongado, pudiéndolo ejercer en cualquier momento, sin importar desde cuándo se causaron los alimentos, pero, obviamente siempre y cuando se configuren los requisitos exigidos por la ley.
- Es perpetua. Lo que significa que se deben mientras subsista los elementos configurativos de la pensión alimenticia: condicionada a la vida del alimentante o del alimentario, salvo cuando la causa jurídica sea el testamento, caso en el cual se estará a voluntad del testador.
- Es irrenunciable. Siempre y cuando miren el interés individual del renunciante y que se renuncia no esté prohibida. Por expreso mandato del art. 424 del Código Civil, el derecho de alimentos es irrenunciable. El acto realizado contra esta prohibición estaría viciado de nulidad absoluta por adolecer de objeto ilícito y por contrariar normas de orden público.
- Es de carácter social. Aunque el fin inmediato de la pensión alimenticia es el de solucionarle al alimentario la situación de necesidad en que se encuentre, es indudable que redunda en un beneficio social. El Estado procura buscar soluciones de tipo general para subvenir a las necesidades de quienes no estén en condiciones de cubrir los gastos más imperiosos que demanda su subsistencia⁷⁴.

Igualmente, la Corte Constitucional ha señalado como características de la obligación alimentaria las siguientes:

“a. La obligación alimentaria no es una que difiera de las demás de naturaleza civil, por cuanto presupone la existencia de una norma jurídica y una situación de hecho, contemplada en ella como supuesto capaz de generar consecuencias en derecho.

b. Su especificidad radica en su fundamento y su finalidad, pues, la obligación alimentaria aparece en el marco del deber de solidaridad que

74 Suárez- F. R (s. f.). *Derecho de Familia*. Tomo II, Del Régimen de los Bienes. p. 374.

une a los miembros más cercanos de una familia, y tiene por finalidad la subsistencia de quienes son sus beneficiarios.

c. El deber de asistencia alimentaria se establece sobre dos requisitos fundamentales: i) la necesidad del beneficiario y ii) la capacidad del obligado, quien debe ayudar a la subsistencia de sus parientes, sin que ello implique el sacrificio de su propia existencia.

d. La obligación de dar alimentos y los derechos que de ella surgen tiene unos medios de protección efectiva, por cuanto el ordenamiento jurídico contiene normas relacionadas con los titulares del derecho, las clases de alimentos, las reglas para tasarlos, la duración de la obligación, los alimentos provisionales (arts. 411 a 427 del Código Civil); el concepto de la obligación, las vías judiciales para reclamarlos, el procedimiento que debe agotarse para el efecto, (arts. 133 a 159 del Código del Menor), y el trámite judicial para reclamar alimentos para mayores de edad (arts. 435 a 440 Código de Procedimiento Civil), todo lo cual permite, al beneficiario de la prestación alimentaria hacer efectiva su garantía, cuando el obligado eluda su responsabilidad”⁷⁵.

Es así como el derecho de alimentos se deriva sin lugar a equívocos del vínculo familiar y es una obligación que tiene fundamento en el principio de la solidaridad, con la premisa que el alimentario no está en la capacidad de asegurarse su propia subsistencia.

CLASIFICACIÓN DE LOS ALIMENTOS

Congruos y necesarios. El primero es aquel que permiten al alimentado vivir modestamente de acuerdo a su posición social, el segundo son los alimentos que permiten la subsistencia al alimentado. La diferencia de uno y otro radica realmente en la cuantía de lo que debe darse para satisfacer las necesidades respectivas del alimentado. Pues los alimentos de manera general comprenden el sustento, vestido, habitación, asistencia médica, recreación, formación integral educación o instrucción. Esta definición se encuentra en el artículo 24 del Código de Infancia y Adolescencia y con destino a los menores de edad, pero no son distintos de los alimentos que recibe este, teniendo en cuenta, que se excluye para los mayores de edad algunos beneficios, como por ej., la educación.

75 Corte Constitucional, Sentencia T-199 del 26 de marzo de 2009. M. P. Cristina Pardo Schiesinger.

ALIMENTOS DEBIDOS

Se deben alimentos: al cónyuge, a los descendientes, a los ascendientes, al cónyuge divorciado o separado de cuerpos, a los hijos extramatrimoniales, su posteridad y nietos extramatrimoniales, a los ascendientes extramatrimoniales, a los hijos adoptivos, a los padres adoptantes, a los hermanos y a quien hizo una donación cuantiosa sino hubiere sido revocada o rescindida.

DURACIÓN DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

La obligación alimentaria es permanente siempre que las condiciones de alimentante y del alimentario no varíen.

PROCESO DE ALIMENTOS SE SIGUEN LAS SIGUIENTES REGLAS

1. El Juez, desde la presentación de la demanda, ordena que se den alimentos provisionales, siempre que lo solicite el demandante y acompañe prueba siquiera sumaria de la capacidad económica del demandado.
2. Cuando se pretenda fijar la cuota alimentaria provisional por un valor superior a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, se deberá acreditar las necesidades del alimentario.
3. Para el cobro de alimentos provisionales se adelantará en el mismo expediente. Si se promueve proceso ejecutivo, no será admisible la intervención de terceros.
4. El Juez puede de oficio decretar pruebas para determinar la capacidad económica del demandado y las necesidades del demandante.
5. Para el pago de alimentos, puede disponer que los alimentos se paguen y aseguren con la constitución de un capital cuyos intereses satisfagan la pensión alimentaria.

Una vez ejecutoriada la sentencia, se podrá obtener el levantamiento de las medidas cautelares practicadas, si presta garantía suficiente para pagar la pensión asignada por los próximos dos (2) años.

Las peticiones de incremento, disminución y exoneración de alimentos se tramitarán ante el mismo Juez y en el mismo expediente, se definen en audiencia y con citación a la parte contraria. Para el ofrecimiento de alimentos, por parte del demandante su fijación, se aplica lo anteriormente ilustrado.

Para los alimentos de los niños, niñas y adolescentes se tendrán además en cuenta lo siguiente:

Están legitimados para solicitar alimentos y ejercer las acciones de cumplimiento de la pensión alimentaria: los representantes legales, quien lo tenga bajo su cuidado, el Ministerio Público y el Defensor de Familia.

Con el Código General del Proceso se unifica los procedimientos para mayores y menores de edad, que previamente existían en el Código de Procedimiento Civil para mayores de edad y el Código de la Infancia y Adolescencia para los niños, las niñas y adolescentes.

ALIMENTOS EN EL CÓDIGO DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA. TRÁMITE

La norma especializada en Infancia y Adolescencia, en su artículo 111, establece un trámite para fijación de cuota alimentaria:

1. La mujer en estado de gestación, podrá reclamar alimentos a favor del *nasciturus*, respecto del padre legítimo o del extramatrimonial que haya reconocido la paternidad. El Código General del Proceso, le da la capacidad al concebido, para la defensa de sus derechos, Art. 53.
2. Si se conoce la dirección del obligado a suministrar alimentos, se le citará por parte del Defensor de Familia o Comisario de Familia para audiencia de conciliación.
3. De lo contrario la autoridad competente elabora un informe que suplirá la demanda y lo remitirá al Juez de Familia para que inicie el correspondiente proceso.
4. Citado a la audiencia el responsable u obligado no compareció, o concurriendo no se logró la conciliación o acuerdo, el Defensor de Familia o Comisario de Familia puede fijar cuota provisional de alimentos, y solo remite al Juez el informe para que le dé el trámite de homologación, siempre y cuando una de las partes lo solicite dentro de los cinco (5) días siguientes hábiles a la diligencia.
5. Cuando se logre conciliación se levanta un acta en la que se señalará: monto de cuota alimentaria, como se reajustará periódicamente, el lugar y la forma de su cumplimiento, la persona a la que debe hacerse el pago, descuentos salariales, las garantías que ofrece el obligado y demás aspectos que estimen necesarios para asegurar

su cumplimiento. Igualmente puede promoverse por parte de la autoridad la conciliación sobre custodia, régimen de visitas y demás aspectos que sean necesarios. De igual manera se dará tratamiento trámite al ofrecimiento de alimentos a los niños, niñas o los adolescentes.

En “Concepto sobre Consulta sobre la edad límite para obligaciones alimentarias en Colombia. Derecho de Petición No. 1758253213 “de la Oficina Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar encontramos el siguiente aparte:

“La ley establece como edad límite para la obligación alimentaria los dieciocho (18) años, en concordancia con la Ley 27 de 1977 y las normas especiales sobre patria potestad que traen el Código Civil y sus normas complementarias, pero establece dos excepciones en el artículo 422 ibídem. La Constitución Política en su artículo 42, inciso 6, hace referencia a una de estas excepciones, y es el caso de la persona impedida físicamente para trabajar.

Se presume que al llegar a la mayoría de edad se adquiere un nivel de autonomía que le permite a la persona velar por su propia subsistencia, y es entonces cuando aparece la segunda excepción para aquellos casos en que ello no sucede así, como es la incapacidad económica, generada por la imposibilidad de ubicación laboral o retribución económica mínima, aspectos que no podemos perder de vista por ser hechos de notoria frecuencia en nuestro medio.

Pese a todo lo expuesto, el elemento esencial para extinguir la obligación alimentaria lo constituye la superación de las condiciones que dieron origen a la solicitud o requerimiento de alimentos y, mientras no se presente esta circunstancia, el sentido de solidaridad humana y la existencia del parentesco y la filiación no admiten barreras temporales para cesar la ayuda, y así lo han reconocido tanto la justicia ordinaria civil como la constitucional.

Lo que sí existe y es evidente es una diferencia entre la prevalencia propia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y los de los mayores de dieciocho (18) años, quienes, pese a gozar de la protección estatal, no pueden rotular sus derechos como “de interés superior y prevalente».

La tendencia marca una franja dentro de la cual, si bien la exigibilidad de la obligación alimentaria no es totalmente clara, sí es viable acudir a la jurisdicción para mantener la prestación. Esa franja es la que va de los dieciocho (18) a los veinticinco (25) años, es decir, que solo cesa de manera

casi absoluta al cumplirse los veinticinco (25) años, aunque la solidaridad familiar seguirá como elemento de exigencia ante la imposibilidad de subsistencia de una persona, independientemente de su edad”.

A pesar de constituirse en derecho, los alimentos para los niños, las niñas y adolescentes, en no pocas ocasiones, el incumplimiento por quien está en la obligación de proveer alimentos, aún con capacidad económica, se niegan a cumplir con la obligación para con sus hijos, genera que sus derechos se vean vulnerados.

4. FILIACIÓN

DESDE EL MARCO CONSTITUCIONAL

Es el lazo jurídico que enlaza al hijo con sus padres. Es también entendido como el vínculo de parentesco de consanguinidad entre dos personas, en donde una es padre o madre de la otra. Se fundamenta la filiación en las relaciones familiares y establece las relaciones de patria potestad, el orden sucesoral, el derecho alimentario, nacionalidad y autoridad de los padres. Las relaciones originadas en la filiación, las normas que las reglamenta son de orden público, no susceptibles de ser modificadas por las partes. De lo anterior se establece que los procesos de investigación e impugnación de la paternidad y la maternidad se encuentran dentro de la regulación jurídica de las relaciones de filiación, esto último de acuerdo a la Sentencia T-381 de 2013. M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

Inicialmente el artículo 14 de la Constitución Política establece que toda persona tiene derecho a la personalidad jurídica, esto se traduce que no es solo la capacidad de actuar jurídicamente, sino que lleva en sí atributos que recogen la esencia de la personalidad jurídica y otros que marcan la individualidad de la persona como sujetos de derechos.

La filiación tal como lo consagra la Constitución Política en el artículo 94 es un derecho innominado, por lo tanto, es un deber por parte del Juez actuar con diligencia y proactividad en los procesos que se adelanten de investigación e impugnación de la maternidad, teniendo en cuenta que las pruebas antroheredobiológicas son determinantes para proferir una decisión de fondo.

De igual manera, la Corte Constitucional ha determinado la filiación como derecho fundamental, atributo de la personalidad jurídica y elemento derivado el estado civil de acuerdo a la Sentencia T- 997 de 2003.

Los hijos son estudiados desde tres categorías: los nacidos de vínculos matrimoniales o de uniones maritales de hecho, los procreados por fuera de tales vínculos y los adoptivos. Tratándose de la primera y última modalidad no existe problema alguno. La filiación de los hijos procreados en vínculos matrimoniales o en uniones maritales de hecho, en principio, no constituye inconveniente en la medida que la ley da por sentada la filiación por el hecho de la cohabitación y la confianza entre las parejas.

Conforme con el artículo 213 del Código Civil, norma modificada por el artículo 1 de la Ley 1060 de 2006, el hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes.

De igual manera el artículo 214 del Código Civil, disposición igualmente modificada por la Ley 1060 de 2006 en su artículo 2, señala que el hijo que nace después de expirados los 180 días subsiguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho, se reputa concebido en el vínculo y tiene por padres a los cónyuges o a los compañeros permanente. Únicamente se exige que los padres se encuentren casados o en unión marital de hecho en aquel momento, por lo que no afectará para nada la circunstancia de que se produjere nulidad del vínculo posteriormente, como lo establece el artículo 149 del Código Civil.

Siguiendo a Rivera Martínez (pp. 70-71), se encuentra que en la situación anterior indica que, si el hijo concebido en el matrimonio o en la unión marital de hecho tendrá por padres a los cónyuges o a los compañeros permanentes, así se revela que el hijo determina tanto su filiación materna como la paterna. Se encuentran 4 elementos: a) la maternidad, la mujer ha dado a luz, se prueba con el acta de nacimiento b) que la mujer estaba casada o en unión marital de hecho, se prueba con el acta o registro de matrimonio o con el acta de la unión marital de hecho c) que el hijo fue concebido en el matrimonio o en la unión marital de hecho, en este punto, se compara la fecha del matrimonio o de la unión marital de hecho con la fecha de nacimiento d) que el padre es el marido o compañero permanente, situación que se verifica con el acta o registro de matrimonio o el documento de existencia de la unión marital de hecho.

Para la filiación surgida de la adopción, a través de la cual se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza, según lo establecido en el Código de Infancia y Adolescencia. Surgen los derechos y obligaciones propios de las relaciones paternofiliales. Así, el hijo adoptado ingresa a la familia de sus padres, alcance que se extiende

a la patria potestad, y aunque irrevocable es la adopción, puede ser objeto de revisión.

En otra modalidad encontramos los hijos concebidos por fuera del vínculo matrimonial o de las uniones maritales de hecho. En esta situación la filiación materna es cierta, y la paterna puede estar en duda. Pero puede ser que el hijo no sepa quién sea su padre.

Demostrar la maternidad tiene elementos que deben ser probados cuando el hijo quiere probar tal situación: a) que la mujer dio a luz, luego el acta de nacimiento debe decir el nombre de la mujer que dio a luz y la fecha del parto, 2) probar la existencia del vínculo en la época de la concepción, la prueba es el acta o registro de matrimonio, o el documento que contiene la prueba de la existencia de la unión marital de hecho.

PROCESOS DE INVESTIGACIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD Y LA MATERNIDAD

La filiación como derecho, está integrado por un conjunto normativo que regula la determinación, establecimiento o emplazamiento de la relación paterno-materna filial, así como la modificación y extinción de tales relaciones. En dicho marco normativo se encuentran los procesos legales de determinación de la filiación, tal y como lo son la investigación y la impugnación de la paternidad y la maternidad.

La investigación de la paternidad es un proceso de carácter judicial que tiene como fin restituir el derecho a la filiación de las personas, cuando no son reconocidas voluntariamente por sus progenitores, mientras que la impugnación de la paternidad o la maternidad corresponde a la oportunidad que tiene una persona para refutar la relación filial que fue previamente reconocida.

Las figuras anteriormente enunciadas tratan de resolver los conflictos producidos en las eventualidades en las que las relaciones paterno-maternas filiales no resultan completamente claras.

Respecto de los hijos que nacen después de transcurridos 180 días de la terminación del matrimonio o la declaración de la unión marital de hecho, el artículo 214 del Código Civil, modificado por la Ley 1060 de 2006, indica que aquellos se reputan concebidos durante el matrimonio o unión marital y tienen por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, cuya exigencia es tan solo que estos últimos se encuentren casados o conviviendo en unión marital de hecho para ese momento.

Es claro entonces que la condición de esta modalidad de hijo está basada en la presencia de cuatro elementos a saber: a) la maternidad, es decir, que la mujer ha dado a luz un ser humano; b) que la mujer que dio a luz se encontraba bajo los vínculos matrimoniales o de la unión marital de hecho; c) que el hijo fue concebido en el matrimonio o en la unión marital de hecho; d) que el padre es cónyuge o compañero permanente⁷⁶.

En cuanto a la filiación referida a los hijos adoptivos, se puede determinar que esta surge en la medida que la adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza⁽¹²⁾, esto es, entre los padres adoptantes y el hijo adoptado⁷⁷.

El proceso de investigación de paternidad se adelanta ante la jurisdicción y se encuentra reglado y con él se pretende restituir el derecho a la filiación de las personas cuando los padres no los han reconocido voluntariamente, el proceso se adelanta ante el Juez de Familia y dentro del proceso el Juez se soporta en la solicitud y practica de pruebas, con ellas puede determinar la paternidad, puede ordenar la prueba biológica del ADN o recibir el resultado si es aportada por las partes interesadas, así lo expresa el concepto No. 16 del 20 de febrero de 2012 de la oficina Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La paternidad, para mejor precisión está determinada si bien es cierto por la maternidad, su pilar radica en el momento de la concepción, dada la participación del hombre en el acto.

Cuando se inicia un proceso de investigación de la paternidad es un trámite que se puede realizar en cualquier momento, y se tramita a través del proceso verbal de que trata el artículo 368 y subsiguientes del Código General del Proceso. Debe incluir por lo menos el nombre del demandado, la ubicación del demandado, o proceder si no se conoce la dirección, bajo juramento informarlo, los datos completos del demandante, registro civil de nacimiento cuando aparece registrado por los padres, las pruebas que quiera hacer valer como documentos, cartas, fotografías, etc. y la relación de los hechos ubicando lo ocurrido en lo posible cronológicamente.

76 Escudero Alzate, María Cristina. *Procedimiento de Familia y del Menor*. Bogotá: Editorial Leyer, Vigésima Primera edición, 2014. p. 514.

77 Rivera Martínez, Alfonso. *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*. Bogotá: Editorial Leyer, Décima Sexta Edición, 2014. p. 79.

Además de asistirles el derecho a los hijos extramatrimoniales para investigar judicialmente su paternidad, pueden escoger por alcanzar el reconocimiento voluntario de su calidad como tales, de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 75 de 1968, es decir mediante: (i) escritura pública; (ii) por medio de testamento; caso en el cual la revocatoria de este no implica la del reconocimiento o (iii) por manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el objeto único y principal del acto que lo contiene.

Son titulares de la acción de investigación de la paternidad, el hijo menor de edad a través de su representante legal, el hijo mayor de edad, la persona o entidad que se haya encargado de la crianza o educación del menor de 18 años, el Defensor de Familia y el Ministerio Público.

Así en los procesos de impugnación de la maternidad y la paternidad, se debe decir que en términos generales, “la impugnación es el fenómeno jurídico en virtud del cual, se pretende atacar una relación filial que contraría la realidad para que se declare su inexistencia”⁷⁸.

Varios pronunciamientos de la Corte Constitucional se encuentran con respecto a la impugnación de la paternidad, así la Sentencia T 381 de 2013 M. P. Luis Guillermo Guerrero Pérez establece la impugnación como

“la oportunidad que tiene una persona para refutar la relación filial que fue reconocida en virtud de la ley. Dicha figura opera: i) para desvirtuar la presunción establecida en el artículo 214 del Código Civil; ii) para impugnar el reconocimiento que se dio a través de una manifestación voluntaria de quien aceptó ser padre; o, iii) cuando se repele la maternidad en el caso de un falso parto o de la suplantación del menor”.

En lo relacionado a las pruebas que se presenten en el proceso para declarar la paternidad, el artículo 7 de la Ley 75 de 1968 estableció que el juez de oficio o a solicitud de las partes “decretará los exámenes personales del hijo y sus ascendientes y de terceros, que aparezcan indispensables para reconocer pericialmente las características heredo-biológicas, con análisis de los grupos sanguíneos, los caracteres patológicos, morfológicos, fisiológicos e intelectuales transmisibles, que valorará según su fundamentación y pertinencia”.

Los avances científicos han contribuido también para establecer la filiación, de tal manera que en la Ley 721 de 2001 en el artículo 1 de la ley

78 Lafont Pianeta, Pedro. *Derecho de Familia. Derecho marital-filial-funcional derechos sexuales y reproductivos. Tomo II*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., Quinta edición, 2013. p. 369.

721 de 2001, el cual modificó el artículo 7 de la Ley 75 de 1968, que: “En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%. Hoy se aplica la técnica del ADN de manera científica y de descubrirse otro sistema técnico científico con mejor confiabilidad muy seguramente se aplicará.

De otra parte, la Sentencia C-476 de 2005 se pronunció sobre la exequibilidad de la anterior norma citada en donde expresó

“No puede el perito sustituir al juez del Estado, pues el dictamen es un medio de prueba que jamás puede confundirse con la sentencia. Una es la labor del auxiliar de la administración de justicia, y otra muy distinta la que corresponde al juez que en ejercicio de la competencia que se le asigna por la ley para el efecto al dictar sentencia manifiesta la voluntad del Estado para el caso concreto y conforme a la ley. Por ello el dictamen pericial a que se refiere la Ley 721 de 2001 se encuentra sometido, como cualquier otro, a las formalidades y a los requisitos de fondo exigidos por la ley y rige respecto del mismo el derecho de contradicción y la necesidad de la publicidad de la prueba, sin los cuales carece de validez. En tal virtud podrán las partes discutir, desde el principio, la idoneidad científica de quienes practiquen la prueba lo que incluye no solo a los profesionales sino a los laboratorios que actúen en la toma de las muestras que se requieran tanto respecto del padre presunto, de la mujer que se dice ser la madre, como del hijo cuya filiación se investigue y, cuando fuere el caso, de los parientes de éstos e inclusive, podrá discutirse acerca de éstos y otros asuntos cuando hubiere necesidad de la exhumación de un cadáver para la práctica de tales exámenes”.

A la postre, con la expedición de la Ley 1060 de 2006, nuevamente se modificó la norma en cuanto a la impugnación de la paternidad. Contempla la norma la necesidad de manera particular de la práctica de la prueba genética/científica⁷⁹.

79 Al respecto se dispuso que: “Artículo 5°. El artículo 217 del Código Civil quedará así: artículo 217. **El hijo podrá impugnar la paternidad o la maternidad en cualquier tiempo. En el respectivo proceso el juez establecerá el valor probatorio de la prueba científica** u otras si así lo considera. También podrá solicitarla el **padre, la madre o quien acredite** sumariamente ser el presunto padre o madre biológico. // La residencia del marido en el lugar del nacimiento del hijo hará presumir que lo supo inmediatamente, a menos de probarse que por parte de la mujer ha habido ocultación del parto. // Parágrafo. Las personas que soliciten la prueba científica lo harán por una sola vez y a costa del interesado; a menos que no cuenten con los recursos necesarios para solicitarla, podrán hacerlo siempre y cuando demuestren ante ICBF que no tienen los medios, para lo cual gozarán del beneficio de amparo de pobreza consagrado en la Ley 721 de 2001”.

LAS PRUEBAS CIENTÍFICAS ADN EN LOS PROCESOS DE FILIACIÓN

La jurisprudencia constitucional ha analizado la naturaleza y características del proceso de investigación de paternidad destacándose la importancia de la práctica y resultado de la prueba de ADN.

La Sentencia T-997-2003 M. P. Clara Inés Vargas Hernández, se pronuncia sobre un caso de un menor de edad que promoviendo un proceso de investigación de paternidad contra el presunto padre buscando que fuese declarado como tal, el demandado pese a que el Juez decretó la práctica de la prueba de ADN, el accionado nunca compareció sin que el Juez lograra tomar decisión alguna. La Corte se pronuncia sobre las particularidades que pueden presentarse en los procesos de Filiación: (i) la necesidad de contar con la prueba genética de ADN, (ii) con el papel del juez para su consecución, y (iii) los efectos que de la ausencia de ella se derivan...

En esta Sentencia la Corte también se pronuncia sobre los deberes y atribuciones del juez para obtener la prueba genética: *“Como director del proceso y por expreso mandato legal el juez está en la obligación de ordenar la prueba de ADN, pero su misión no se agota en ese momento, sino que se fortalece con miras a lograr su realización y en aras de los principios de prevalencia del derecho sustancial y acceso efectivo a la administración de justicia. Para ello, el ordenamiento le ofrece algunos mecanismos a los cuales puede apelar en procura de la verdad material, (...)”*. En esta misma Sentencia:

... “por mandato del Legislador en los procesos de investigación de la paternidad el juez tiene la obligación de decretar la prueba antropológico-biológica y de no hacerlo incurre en violación al debido proceso por defecto procedimental que más adelante se podría traducir en defecto fáctico, pues con ello anula la oportunidad de contar con un valioso elemento de valoración para solucionar la controversia (...)”.

En la Sentencia T-411 de 2004 M. P. Jaime Rentería Araújo Rentería, la Corte estudió el caso *“de un señor que había iniciado proceso de filiación extramatrimonial contra su presunto padre, pero a quien se le resolvió su situación sin el recaudo de la prueba de ADN.”* En el proceso la Corte reitera la posición de la importancia de la prueba de ADN para establecer la realidad de la filiación de las personas. También recordó la Corporación que al garantizar el derecho a la filiación se garantizan otros derechos como la personalidad jurídica. La dignidad humana, el derecho a tener otra familia y formar parte de ella, el derecho al estado civil y el derecho a conocer quiénes son sus verdaderos padres y sobre este último punto la Sentencia T-888 de 2010 manifiesta que el establecer la verdadera filiación de las personas se

logra la efectividad de los derechos sino también incide en las garantías de quienes son presentados como padre o madre.

Finalmente, en la Sentencia T-352 de 2012 la Corte afirmó con respecto al proceso de la paternidad

“El acto por el cual el padre reconoce a un hijo, por regla general, es libre y voluntario, y emana de la razón humana por el hecho natural y biológico que supone la procreación. A su vez, dicho acto se convierte en un deber de solidaridad que les asiste a los progenitores, que consiste en auxiliar y proteger a su descendiente próximo, para ayudarle en sus múltiples necesidades y para garantizarle un desarrollo armónico e integral.

Cuando el proceso de reconocimiento de un hijo de parte de sus padres no se hace voluntariamente, la intervención del Estado es necesaria, pues sólo así se obliga a estos a cumplir los deberes y responsabilidades que se derivan de su condición.

Entonces, para lograr la realización de los derechos de los hijos, el legislador, en materia de reconocimiento de la paternidad y maternidad, ha dotado al juez de mecanismos y herramientas procesales y probatorias para lograr el esclarecimiento de la verdad y la posterior efectividad de las garantías constitucionales y legales. Muestra de ello es la expedición de la Ley 721 de 2001, que en su artículo 1°, que modificó el artículo 7 de la Ley 75 de 1968, consagra que ‘en todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%’. Por su parte, el artículo 2 de la misma ley preceptúa que ‘mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza de que trata el presente artículo’”⁸⁰.

80 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-352 de 2012 M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<p>Ap</p>	<p>Investigación. Revise el contenido del artículo 61 del Código de la Infancia y la Adolescencia y determine si el concepto de adopción establecido cumple con la protección integral del niño, niña o adolescente.</p> <p>Reflexión. Considere los motivos que hacen que el cumplimiento de la pensión alimentaria en favor de los niños, niñas y a adolescentes por parte de los alimentantes aún con capacidad económica se incumpla.</p>
------------------	---

<p>Ae</p>	<p>CASO ENUNCIADO</p> <p>Jesús de 3 años de edad, acompaña a la progenitora a cuidar vehículos, un día de aquellos, Jesús va al parque y se pierde por 4 horas, finalmente el niño regresa al sitio donde se encuentra la madre, quien no se había dado cuenta de la ausencia del niño. El niño tiene una apariencia adormilada y llora mucho. La situación es denunciada por la dueña de un negocio ubicado frente al sitio donde trabaja informalmente la progenitora. El ICBF se presenta y lleva al niño a Medicina Legal, donde se determina que el niño ha sido abusado sexualmente. El niño queda en protección en el ICBF. Dentro del Proceso de Restablecimiento de derechos, el Defensor de Familia, declara la adoptabilidad por las condiciones de pobreza y falta de cuidado, negligencia en el cuidado del niño, la familia extensa según las pruebas que reposan en el expediente administrativo, no fue considerada idónea para ejercer el cuidado personal del niño. Se pidieron los conceptos de los programas alternativos a la jornada escolar que funcionan en la Alcaldía del municipio bajo la dirección de la Secretaría de Gobierno, pero no hubo respuesta.</p> <p>Recibido el trámite de adopción en su Despacho, ¿considera que las causas aducidas por la autoridad administrativa son idóneas para declarar la adoptabilidad del niño? Con la última modificación a la Ley 1098 de 2006, ¿Ud. acepta o rechaza la demanda de adopción? explique.</p>
------------------	---

<p style="text-align: center; font-size: 2em;"><i>J</i></p>	<p><i>Adopciones</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Sentencia T-814 de 2001 y C-710 de 2012 • Sentencia C-804 de 2009 • Sentencia T-844 de 2011 • Sentencia C-683 de 2015 <p><i>Alimentos</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Sentencia C-1033 de 2002 • Sentencia C- 156 de 2003 • Sentencia T-212 de 1993 <p><i>Filiación</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Sentencia C-800 de 2000
---	--

<p style="text-align: center; font-size: 2em;"><i>B</i></p>	<p>Bejarano Guzmán, Ramiro (s. f.) Código General del Proceso y Código de Procedimiento Civil Cuadro Comparativo. Universidad Externado de Colombia.</p> <p>Forero-Silva, Jorge (s. f.) Algunas reformas en los Procesos de Familia. Código General del Proceso Ley 1564 de 2012.</p> <p>Ley 1098 de 2006.</p> <p>Rivera, Alfonso (s. f.). Derecho Procesal Civil. Conforme con el Código General del Proceso. Uniacademia.</p> <p>Suárez-F. R (s. f). Derecho de Familia, Tomo II, Del Régimen de los Bienes. p. 374.</p> <p>Vélez F. (1973). Estudio sobre el derecho civil colombiano, t. II, Imprenta París – América. p. 35.</p>
---	--

APUNTES SOBRE LA LEGISLACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN AMÉRICA LATINA

En términos generales de normatividad protectora para los niños, niñas y adolescentes, se puede afirmar que las legislaciones de los países de América Latina han evolucionado de la situación irregular a la protección integral, de tal manera que una vez la Convención sobre los derechos del niño, fue ratificada en forma masiva, los países fueron adaptaron sus estatutos internos y de paso las políticas públicas.

Las legislaciones decidieron adoptar una línea similar para denominar los códigos o leyes, con títulos como Códigos de la Niñez, de Infancia, Protección a la niñez, entre otros. Esta normatividad tiene otra similitud y es unificar en un solo texto varias normas que se encontraban dispersas en sus ordenamientos internos. De otra parte, los códigos o leyes de infancia hacen inclusión a los derechos correspondientes a la familia y, por otro lado, incluyen las modificaciones o nuevas reglas en los procesos relativos a la justicia juvenil (antes código del menor). Sin embargo, y atendiendo lo dispuesto en varias legislaciones algunas han adelantado los procesos de modificación internas en sus instituciones jurídicas y programas de protección a la niñez y adolescencia, y otras, ha sido únicamente de carácter formal.

Los postulados de la Convención son acogidos en las legislaciones en el continente de manera particular el acogimiento a la definición de niño como toda persona menor de 18 años, aunque en varias las clasificaciones de infantes, púber, impúberes varíen en rangos de edad. Un aspecto a destacar es el derecho a la educación el cual es incluido en los Códigos en general, pero en algunos se hacen referencia directa como el Código de Honduras en Centro América que expresa en su artículo 2: *“«El objetivo general del presente Código es la protección integral de los niños en los términos que consagra la Constitución de la República y la Convención sobre los Derechos del Niño, así como la modernización e integración del ordenamiento jurídico de la República en esta materia. La Convención sobre los Derechos del Niño y los demás tratados o convenios de los que Honduras forme parte y que contengan disposiciones relacionadas con aquéllos son fuentes del Derecho aplicable a los niños”*. También las legislaciones de Bolivia, Colombia, Costa Rica, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y República Dominicana hacen esa mención en su articulado. Ecuador, México y Paraguay, contienen mandatos expresos de socializar la

Convención entre los niños, niñas y adolescentes y funcionarios públicos. Se destaca el derecho a la educación consagrado en las legislaciones acorde con lo establecido en el artículo 28 de la Convención, y la generalidad es la gratuidad hasta determinado grado escolar. El ingreso a la educación secundaria y universitaria, está determinada por las facilidades que los Estados consideran para sus conciudadanos. Otro aspecto en este tema de la educación es la prohibición expresa del maltrato escolar, las humillaciones y degradación del alumno, esto en franca referencia al principio de la dignidad humana⁸¹.

En razón a lo anterior, las legislaciones latinoamericanas recogen en el derecho a la educación el respeto por los derechos humanos, el respeto a los padres, la educación en valores, el respeto al medio ambiente, el respeto a la identidad.

En relación a los niños con discapacidad y su educación de manera expresa Colombia, Ecuador, El Salvador, Honduras y Brasil contemplan en la norma su acceso escolar, se reafirma así el principio de la No discriminación.

Con respecto a que se motive la educación en los niños, niñas y adolescentes para el desarrollo de su personalidad de acuerdo a su edad y circunstancias las legislaciones de Colombia, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, Ecuador, República Dominicana, Costa Rica así lo contemplan. Argentina, Venezuela, Uruguay Bolivia, además refieren la socialización a la infancia de los derechos humanos.

Las legislaciones en América Latina, se distinguen por imponer una serie de deberes y derechos, desde el fomento del idioma castellano (en el Salvador), reforzamiento del sistema educativo, hacen énfasis en la conservación del medio ambiente natural, situación que es contemplada en Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras y Perú.

Por lo general los Códigos contemplan para el sistema de responsabilidad penal juvenil, las sanciones como medidas socioeducativas, despojando al delito del joven de la pena impuesta al adulto.

Conclusiones: Los Códigos de la Niñez dictados en la mayoría de países de América Latina, siguiendo una larga tradición, adquirieron, con la ratificación de la CDN, una nueva perspectiva dentro de los derechos de la infancia. En este primer decenio del siglo XXI se reafirman.

81 Revista Española de Educación Comparada, 16 (2010), 213-233 227 ISSN: 1137-8654 Paulí Dávila y Luis Ma Naya.

Le han dado relevancia al derecho a la educación, y casi todos los países desarrollan este derecho en el mismo texto minimizando las situaciones discriminatorias y favoreciendo la participación y estableciendo un objetivo importante como es la educación en derechos humanos hoy día extendida en el continente⁸².

82 Revista Española de Educación Comparada, 16 (2010), 213-233 227 ISSN: 1137-8654 Paulí Dávila y Luis Ma Naya.