

**Vilma Lucía Riaño González**

**El principio del interés superior del niño. Una teoría para la  
interpretación constitucional**

**Universidad Libre de Colombia  
Facultad de Derecho. Instituto de Posgrados  
Doctorado en Derecho  
Bogotá D. C., Colombia  
2019**

**Vilma Lucía Riaño González**

**El principio del interés superior del niño. Una teoría para la interpretación  
constitucional**

**Tesis de grado para optar al título de Doctora en Derecho**

**Director: Germán Silva García**

**Universidad Libre de Colombia  
Facultad de Derecho. Instituto de posgrados  
Doctorado en Derecho  
Bogotá D. C., Colombia  
2019**

Universidad Libre de Colombia

Facultad de Derecho – Instituto de Posgrados

Doctorado en Derecho

Presidente Nacional: Jorge Alarcón Niño

Rector Nacional: Fernando D'janon Rodríguez

Presidente Seccional: Julio Roberto Galindo Hoyos

Rector Seccional: Jesús Hernando Álvarez Mora

Decano de la Facultad de Derecho: Fernando Salinas Suarez

Director del Instituto de Posgrados: Jhon Fitzgerald Martínez Vargas

Director del Doctorado en Derecho: Liliana Estupiñan Achury

Director de la tesis de grado: Germán Silva García

Jurado: María Cristina Gómez Isaza

Luis Bernardo Díaz Gamboa

Jorge Enrique Carvajal Martínez

### **Agradecimientos y menciones**

A la Universidad Libre de Colombia, especialmente a su Seccional de Barranquilla, donde me he sentido como en mi propia casa desde que me formé como abogada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, en la que he estado vinculada por más de 25 años, como docente de pregrado y posgrado, al apoyarme como becaria en mis estudios doctorales en la sede de Bogotá. Este es un agradecimiento a la institución que, por su apoyo y compromiso, convierte en una realidad su filosofía social y materializa el lema que la caracteriza a través de su acreditación de alta calidad académica e institucional.

Al director de esta investigación, doctor Germán Silva García, por brindarme el respaldo profesional y humano necesario, por su dedicación prudente y sabia, y su permanente acompañamiento para motivarme a investigar, lo que me permitió avanzar en el manejo del derecho con un sentido más social, para que realmente se resuelvan los conflictos sociales con las herramientas de los principios y del derecho.

## Contenido

	Pág.
Introducción .....	11
Capítulo 1. Descripción del problema y aspectos metodológicos .....	17
1.1 Hipótesis.....	20
1.2 Justificación.....	21
1.3 Objetivos .....	24
1.4. Estado del arte .....	25
1.5. Marco teórico .....	37
1.6. Marco jurídico.....	54
1.7. Marco conceptual .....	58
1.8. Estrategia metodológica .....	62
1.8.1 Tipo de investigación. ....	62
1.8.2 Método de investigación.....	63
1.8.3 Población y muestra de la investigación .....	68
Capitulo 2. Concepto histórico de la infancia y evolución legal de los derechos del niño.....	69
2.1 El concepto “niño”. Aspecto semántico y biológico.....	69
2.1.1 Desarrollo histórico del concepto de infancia: de la Edad Antigua a la Modernidad.	75
2.1.2 El niño en el siglo XX. El inicio de la internacionalización de sus derechos. ....	85
2.1.3 La constitucionalización del niño en Colombia. ....	87
2.2 Evolución legal del niño y sus derechos .....	95
2.2.1 Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño.....	96
2.2.2 En la declaración universal de los Derechos Humanos de 1948.....	96
2.2.3 En la Declaración de los derechos del niño de 1959 .....	97
2.2.4 El Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966.....	100
2.2.5 En la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	101
2.2.6 En la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989. ....	102

2.2.7 En el Código del Menor Decreto 2737 de 1989.....	104
2.2.8 En la Constitución Nacional de 1991. ....	104
2.2.9 En el Código de la Infancia y de la Adolescencia (Ley 1098 de 2006). ....	117
2.2.10 Evolución del concepto niño en la jurisprudencia constitucional. ....	121
Capítulo 3. El principio del interés superior del niño en la Convención Internacional, el Comité de los derechos del niño y la jurisprudencia.....	138
3.1 Concepto y función de los Principios.....	143
3.1.1 Los principios como criterios de justicia en un Estado Constitucional.....	153
3.1.2 El principio de interés superior en normas internacionales y en la legislación colombiana .....	156
3.2 Criterios jurisprudenciales de interpretación constitucional sobre el principio del interés superior del niño .....	173
3.2.1 Primer criterio: Garantía del desarrollo integral del niño.....	175
3.2.2 Segundo Criterio: La garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño.....	185
3.2.3 Tercer criterio: Protección frente a riesgos prohibidos .....	195
3.2.4 Cuarto criterio: Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus parientes biológicos .....	205
3.2.5 Quinto criterio: Necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado .....	213
Capítulo 4. El criterio del equilibrio de derechos, como una teoría de justicia .....	219
4.1 Una idea del deber para garantizar los derechos de los niños .....	222
4.2 Los criterios jurisprudenciales estudiados .....	226
4.3 Formulación de la teoría.....	227
4.3.1 ¿Qué es una teoría?.....	227
4.3.2 ¿Para qué sirve la teoría?.....	229
4.4 Situación de la niñez colombiana. Informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses .....	232
4.5. Lectura de los resultados del análisis estadístico descriptivo univariado-sentencias.....	236

4.6 Lectura de los resultados del análisis de conglomerados-sentencias .....	243
4.7 El equilibrio de derechos como una teoría de justicia para la infancia .....	245
4.7.1 El principio del interés superior como amplificador de los derechos del niño. ....	247
4.7.2 El interés superior del niño: hacia una síntesis de los derechos del niño y los valores culturales, según algunos autores consultados. ....	249
4.7.3 Pedagogía constitucional sobre el interés superior del niño.....	252
4.7.4 La dignidad humana como fin de la teoría de equilibrios de derechos. ....	253
4.7.5 El lenguaje del infante .....	254
4.8 conclusiones y propuesta.....	256
Lista de referencias .....	263

**Lista de Tablas**

	Pág.
Tabla 1. Frecuencias para la Variable 1: Año de sentencia.....	236
Tabla 2. Frecuencias para la Variable 2: Custodia del menor.....	237
Tabla 3 Frecuencias para la Variable 3: Daño al Niño.....	238
Tabla 4. Frecuencias para la Variable 4: Departamento del país.....	239
Tabla 5 Frecuencias para la Variable 5: Edad del niño.....	239
Tabla 6. Frecuencias para la Variable 6: Sexo del niño.....	240
Tabla 7. Frecuencias para la Variable 7: Derecho del Niño vulnerado.....	240
Tabla 8. Frecuencias para la Variable 8: Criterio de la Corte Constitucional fundamento de la sentencia.....	241
Tabla 9. Frecuencias para la Variable 9: Persona o entidad demandada.....	242
Tabla 10. Grupo I de sentencias.....	244
Tabla 11. Grupo II de sentencias.....	244
Tabla 12. Grupo III de sentencias.....	245



## Lista de Figuras

	Pág.
Figura 1. Violencia contra niños, niñas y adolescentes, casos y tasas por 100.000 habitantes.....	233

## Lista de Anexos

Pág.

Anexo A. Fallos de la Corte Constitucional colombiana relativos al Principio del Interés Superior del Niño 1991-2017 .....	279
--	-----

## Introducción

El principio de interés superior del niño, como piedra angular de la presente investigación, será analizado en función de su categoría “principalística”, inmerso en un modelo de Estado que rompe el paradigma del culto y apego estricto a la ley, para tomar como referencia de solución de casos, unos conceptos de textura más abierta que dan un rol más protagónico a la interpretación judicial y a la creación de derecho, otorgando cierto margen de discrecionalidad a la autoridad judicial. Tales conceptos, no son sino los *principios*. Su entrada en escena como factores jurídicos para la resolución de problemas, supone una redefinición a las vetustas concepciones de los sistemas de fuente del derecho, que permiten tener una nueva visión a la hora definir controversias.

Pues bien, los principios han de ser concebidos como instrumentos imprescindibles dentro de la caja de herramientas jurídicas con que cuenta el juez para solventar bajo criterios de justicia, los conflictos de que conoce. En ese sentido, la judicatura es el escenario por antonomasia, en el que se les da vida, interpretación, aplicación y fijación del alcance a los principios.

Principios que conforman la base del nuevo esquema o pirámide del Estado Social de Derecho. Es así como la Constitución Política de 1991 en su artículo 2º, al señalar los fines esenciales del nuevo Estado constitucional, consagra que este debe garantizar efectivamente, en el siguiente orden, “los principios, los derechos y los deberes”, de los miembros de la sociedad colombiana, para que alcancemos mejor calidad de vida y un orden social justo. En ese orden se inscribe el estudio realizado sobre el principio del interés superior del niño, que como principio

tiene un alcance mayor que cualquier regla jurídica de vigencia anterior o posterior a la Constitución Política.

Colombia puede ser considerado un país en el que se han conquistado grandes avances sociales a través de novedosos fallos jurisprudenciales fundamentados en principios, especialmente en el caso que atañe a la investigación, al principio de interés superior del niño. Tales resoluciones jurisdiccionales cautivan a juristas nacionales e internacionales, que, por apostarle la gestación de nuevos conocimientos, han generado una nueva conciencia normativa, necesaria para una mejor aplicación del derecho.

Dentro del contexto actual, en donde la violencia ha permeado gran parte de la sociedad, los niños se han convertido en los sujetos más vulnerables, sin darle la importancia que le ordenamiento jurídico establece para ellos, a partir de lo consagrado en la Carta Política y lo establecido en la ley.

La Constitución ha ratificado una serie de convenios, entre ellos, la Convención Internacional sobre de los Derechos del Niño (1989) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, ratificada por 196 países, en la cual se establece dentro de sus primeros artículos el principio del interés superior del niño, convirtiéndose así en parte del bloque de constitucionalidad y criterio básico a la hora de resolver conflictos en donde sean parte los menores de edad.

En consecuencia, en esta investigación se logra hacer un recorrido sobre el concepto de niño e infancia; la historia del principio del interés superior del niño; la búsqueda y estudio de un número considerable de pronunciamientos de la Corte Constitucional; su análisis estadístico a partir de las soluciones dadas en tales fallos; la transcripción de la realidad de violencia, abusos y

maltratos a los niños registrados por el Instituto Nacional de Medicina Legal. Todo ello para elaborar desde del análisis de los criterios expuestos por la Corte Constitucional, como máxima guardiana de nuestra Constitución, una teoría jurídica constitucional y pedagógica para aplicar el principio del interés superior como una contribución académica a la solución garantista de los derechos que resulten amenazados y vulnerados a los niños de Colombia.

Es así como el capítulo primero está dedicado a reseñar el estado del arte, marco teórico y jurídico, marco conceptual, la metodología, que comprende el uso del método estadístico para exponer la realidad relatada en los fallos jurisprudenciales en materia de estudio, centrado en dilucidar los alcances que en la historia reciente ha tenido la consagración y desarrollo del principio del interés superior de los niños.

El segundo capítulo está dedicado a la descripción analítica del concepto de niño, la historia de la categoría de infancia en el mundo occidental, la evolución normativa a nivel mundial de dicho principio. En ese aparte la investigación logra reseñar el contenido de las siguientes normas: la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, la Declaración universal de los Derechos Humanos de 1948, la Declaración de los derechos del niño de 1959, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 1969), la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, el Código del Menor (Decreto 2737, 1989), la Constitución Política de Colombia de 1991 y el Código de la Infancia y de la Adolescencia (Ley 1098, 2006).

En el tercer capítulo, la investigación se ocupa en exponer con un poco de amplitud el contenido y alcance del principio del interés superior como objeto de estudio. En ese capítulo se

aborda la reseña de los criterios que ha elaborado la Corte Constitucional colombiana al pronunciarse sobre diversos conflictos y su aplicación en la solución del principio del interés superior.

Del estudio analítico de los criterios jurisprudenciales hemos escogido, en el capítulo cuatro, el denominado criterio de equilibrio de los derechos para construir una propuesta de teoría de justicia que contemple la equidad como herramienta para ir gradualmente superando la discriminación, judicial y educativa que se tiene frente a los derechos del niño, que aún no se conciben como derechos fundamentales y prevalentes. En ese sentido, la teoría la denominamos *El criterio de equilibrio de derechos, como una teoría de justicia*.

Se propone una teoría constitucional, fundamentada en el principio del interés superior de niño, que contribuya en su práctica a garantizar su aplicación efectiva y que corresponda con el principio fundador del Estado constitucional y social de derecho colombiano de la dignidad humana. La jurisprudencia constitucional ha precisado estos criterios a raíz de aquellos casos en donde el fallador, en pro de garantizar la situación más favorable o garantista para el niño, niña o adolescente, se ve obligado a inaplicar preceptos, pues podrían resultar menos proteccionista para este, ante lo que puede invocar el principio del interés superior del niño, que le permite mayor margen de maniobrabilidad o discrecionalidad para adoptar aquellas medidas más convenientes.

Por medio de la jurisprudencia proveniente de la Corte Constitucional se realizará el estudio a fin de analizar solamente aquellas en donde el principio del interés superior del niño haya primado frente a la norma sustancial, es así, como se logrará contribuir al estudio de las providencias y lógicamente del asunto en mención, con el firme propósito de tomar al principio

del interés superior del niño, como fuente directa y fundamental en la solución de aquellos litigios en donde se encuentren en riesgo los derechos del niño.

En síntesis, para comprender la situación jurídica y social de la niñez será necesario en un primer término describir la evolución histórica y legal de los derechos de los niños, el tratamiento dado a la infancia desde la antigüedad hasta nuestros días, los convenios y tratados internacionales que reconocen sus derechos e imponen el principio del interés superior como norma rectora que regula y define los conflictos en los que se encuentren inmersos. Luego, se precisa el estudio sobre la relevancia y conceptualización del principio de interés superior y se examinan los criterios que ha tenido en cuenta el máximo juzgador constitucional colombiano para garantizar sus derechos fundamentales.

Finalmente, luego del análisis jurisprudencial y estadístico realizado y las conclusiones a partir de ellas extraídas se propone el equilibrio de derechos como una teoría de justicia, que tiene como eje mediador el derecho fundamental de los niños a expresar libremente su opinión en sus diferentes formas de lenguaje, convirtiéndose en una teoría de justicia cimentada en el criterio de equidad que establece la Constitución Política de Colombia de 1991, en su artículo 230, para ser desarrollado en la actividad judicial.

Metodológicamente se parte de la selección de 198 pronunciamientos constitucionales como fuente directa del análisis, por tratarse de estudios de casos judiciales que llegaron a conocimiento de la Corte Constitucional, teniendo como sujetos de los conflictos a los niños. Posteriormente, a partir del conglomerado de providencias recaudadas se identifican las variables que servirán de base para el análisis estadístico descriptivo, en el cual se apoyará la tesis propuesta.

Esta investigación se convierte en un tema innovador y de interés para la comunidad jurídica y no jurídica, por cuanto, beneficiará directamente a los niños, siendo ellos el futuro y el recurso indispensable para el desarrollo del país.

Al mismo tiempo, tratándose de un estudio basado en la jurisprudencia, criterio fundamental en el ordenamiento jurídico, el establecimiento del equilibrio de derechos, como una teoría especial de justicia para la interpretación y aplicación constitucional del interés superior del niño, aportará una conceptualización que cambiará las formas de entender y ejecutar este principio, siendo de esta manera más coherente con los fines del Estado social de derecho que es Colombia, al unificar el interés superior del niño con el principio de la dignidad humana. Razones por las cuales, el resultado de esta investigación trascenderá a la realidad social que a gritos clama por la solución de litigios basados en la justicia, en donde primen la calidad de vida de los sujetos, en este caso de los niños. Finalmente, la investigación arroja unas conclusiones y una propuesta.



## Capítulo 1

### Descripción del problema y aspectos metodológicos

En 1989 más de 100 países, incluida Colombia, firman la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño estableciendo como uno de sus principios universales el del interés superior del niño, haciéndolo un instrumento jurídico para la protección de la infancia, como lo define el artículo tercero de dicha Convención.

En ese mismo año se expide en Colombia el Código del Menor (Decreto 2737, 1989), pero realmente su contenido omitió dicho principio y solo estableció normas y procedimientos para atender a niños y niñas que se encontraran en las situaciones irregulares allí descritas.

El país ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño en 1991, pero el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) ha señalado que:

A pesar de haber firmado también en 1990 compromisos concretos en las Naciones Unidas para mejorar substantivamente la situación de la niñez, Colombia apenas hizo avances limitados en esos compromisos de la Cumbre Mundial por la Infancia. Hoy el país renueva esos y otros compromisos suscribiendo la declaración final de la Sesión Especial de la Asamblea de las Naciones Unidas en favor de la infancia. (2002, p. 2)

Solo hasta el año de 1991, cuando fue expedida la Constitución Nacional, se definió a la niñez como sujeto de derechos prevalentes, por considerarlos una población de especial protección constitucional, dando lugar a la expedición de fallos jurisprudenciales en aplicación del bloque de constitucionalidad, es decir, la carta magna, los tratados y convenios internacionales y las normas nacionales existentes para la infancia.

Pero fue realmente en el año 2006 cuando se consagró legalmente el principio del interés superior con la expedición de la Ley de Infancia y Adolescencia (Ley 1098, 2006). En ella, por primera vez en Colombia, fue incorporado el principio en la legislación al ser consagrado en el artículo 8 de la citada ley, lo que significó un avance legal importante, pues a pesar de la existencia del principio, esta incorporación le provee de una mayor fuerza, ya que muchos operadores del derecho han considerado equivocadamente que los principios deben estar incursos en normas para tener valor jurídico. Así mismo, estableció deberes para la familia, la sociedad y el Estado, para dar a la niñez, un ambiente de felicidad, amor y comprensión, a fin de lograr su desarrollo integral.

En consecuencia, desde la creación de la Corte Constitucional se han venido estableciendo en casos concretos la aplicación del principio del interés superior del niño y se han presentado una serie de inconvenientes que van desde la falta de información, hasta la ineficacia jurídica y social del principio, *verbi gratia*, el desconocimiento del principio por parte de la población civil y de los administradores de justicia, así como el viejo problema que ha agobiado a generaciones enteras en nuestro país, como lo es la poca congruencia existente entre realidad social y la efectividad de las normas jurídicas vigentes.

El Estado constitucional como modelo institucional cimentado en principios constitucionales representa un nuevo esquema dentro de la concepción del sistema tradicional de fuentes del derecho, que permite sin considerar primordial la intermediación legislativa, la aplicación directa de la constitución.

Bajo esas consideraciones, se ha instalado una nueva dinámica en la función judicial, en la que se tiene como elemento característico la utilización directa de los principios como

mecanismo para la resolución de conflictos. Este es uno de los rasgos de lo que Gustavo Zagrebelsky (2011) le llama Estado constitucional.

Los principios tienen la cualidad de maleabilidad, lo que permite encontrar pluralidad de soluciones para determinados casos. Para algunos autores, entre ellos Diego Freedman (2005), esa condición puede resultar desventajosa, ya que la imprecisión de la norma enmarcada como concepto jurídico indeterminado, puede traer como consecuencia que el juez interprete el principio, en este caso, el del interés superior del niño, teniendo en cuenta su subjetividad, valores personales y prejuicios.

Es por tal situación, que es pertinente cuestionarse por los criterios de interpretación que considera un juez para determinar el mejor interés para un niño y a partir de estos criterios, reiterados en decenas de pronunciamientos de la Corte Constitucional, plantear la necesidad de analizarlos y complementarlos con una contribución teórica o tesis que promueva nuevas formas de entender y aplicar el principio del interés superior.

En este orden, y dado que a pesar del llamado que ha realizado el alto tribunal constitucional, se siguen conculcando los derechos de los niños en la medida en que no se han materializado de manera efectiva, pues, como se verá en los resultados de esta investigación, es el Estado el principal responsable de las violaciones, se formula entonces el interrogante principal: **¿ Cómo debe materializarse el principio de interés superior del niño a partir de los criterios jurisprudenciales de aplicación, en el marco de un Estado social y democrático de derecho?**

A partir de este interrogante central, surgen las siguientes subpreguntas que guiarán el curso de la investigación:

¿Cómo ha sido concebida la infancia y la adolescencia a lo largo de la historia nacional e internacional y cuál ha sido la validez jurídica de la categoría niño en los tratados internacionales de derechos humanos y en la normatividad nacional?

¿Cuál es la importancia y el alcance del principio del interés superior del niño? Y apelando a su carácter constitucional como fuente de aplicación directa ¿Cuáles son los criterios jurisprudenciales para la aplicación del principio del interés superior del niño?

Finalmente, ¿Cómo una teoría de justicia especial para la infancia, basada en el criterio constitucional de equilibrio de derechos para la aplicación del principio de interés superior del niño, puede mejorar la condición de la niñez colombiana?

### **1.1 Hipótesis**

Al iniciar la presente investigación se presentó la siguiente hipótesis que marcó la pauta a seguir durante todo el proceso: a partir de la expedición de la Ley de Infancia y Adolescencia (Ley 1098, 2006) se ha establecido la prevalencia del principio del interés superior del niño en el orden normativo y constitucional, a través de criterios jurisprudenciales. No obstante, inconvenientes jurídicos y pedagógicos para la aplicación de estos criterios han impedido una mejoría en la condición de la infancia y la adolescencia colombiana, por el contrario, las decisiones judiciales evidencian cada vez más las debilidades y negligencias del mismo Estado, que terminan violentando derechos fundamentales de los niños, tal como se expondrá más adelante.

Encontrándonos en un Estado constitucional y social de derecho, los principios bajo él emanados, como el del interés superior del niño, son de aplicación directa y, por consiguiente, aunque el tribunal constitucional ha dado directrices sobre cómo interpretarlo y aplicarlo se

observa la necesidad de un cambio en el paradigma educativo y especialmente en la actividad judicial que tiene bajo su responsabilidad decisiones que afectan de manera directa a los niños. Es por esto que, cimentado bajo la dignidad humana que pregona el Preámbulo de la Constitución Política de 1991 y bajo el criterio de equidad que debe imperar en la actuación judicial, la aplicación del principio del interés superior del niño se materializa mediante el equilibrio de derechos como una teoría de justicia, en el que se tenga a los niños sujetos de derechos fundamentales, y como tal personas humanas a quienes se les tiene que garantizar, sin distinción alguna, sus derechos inalienables, como la libertad, la vida, la propiedad sobre su vida, como individuo y como miembros de una familia y por ende, de una sociedad igualitaria. Un sujeto en igualdad de derechos ante la Ley, en el que su voz, más allá de ser simplemente oída, sea escuchada e interpretada con inteligencia e imparcialidad en sus diferentes formas de expresividad humana y sea valorada para la resolución de los conflictos que les afectan.

## **1.2 Justificación**

Con la consagración, en la Constitución Política de 1991, de los derechos fundamentales de los niños, que los convierten en sujeto de derecho de igual naturaleza y prevalencia frente a los derechos de los demás, la enseñanza, el aprendizaje y la aplicación judicial y educativa de la disciplina jurídica denominada derecho de familia, exige una nueva perspectiva de estudio, ya que el artículo 44 de la Constitución y su desarrollo legislativo en el Código de Infancia y Adolescencia (Ley 1098, 2006) entregan a jueces, tribunales, pedagogos y a la sociedad en general una visión realmente revolucionaria para desarrollar los postulados del Estado Social de Derecho, a partir del respeto y garantía de los derechos fundamentales de los niños. Sólo la existencia de la norma constitucional y de su desarrollo legal justifican el abordaje del tema de la

presente investigación, que se centra en el estudio del principio del interés superior del niño como columna vertebral de la protección integral de la niñez en nuestro país.

Con la creación de la Corte Constitucional y la ratificación de tratados internacionales se establece la aplicación del principio del interés superior, para responder a la necesidad fehaciente de mejorar las condiciones de vida de los sujetos más vulnerables de la sociedad colombiana, los niños, niñas y adolescentes.

Siendo los niños el presente y futuro de cualquier país, todos los estudios investigativos o propuestas normativas que lleven a la reflexión acerca de sus condiciones de vida y respeto por la garantía de sus derechos fundamentales, serán siempre útiles, por cuanto merecen una protección realmente efectiva por parte del Estado, de la familia y de la sociedad. Es ahí donde la presente investigación toma su relevancia y transcendencia jurídico social, debido no solo a la fuente de estudio, es decir, la jurisprudencia y sus objetivos, sino a la implementación y aplicación de manera prevalente del principio del interés superior del niño sobre las normas contradictorias e ineficaces que reinan dentro de la cultura jurídica del derecho de familia.

A partir del estudio del banco jurisprudencial proveniente de la Corte Constitucional colombiana relacionado con la aplicación del principio del interés superior del niño, permitirá obtener criterios jurisprudenciales sólidos y básicos, que ayuden a jueces, educadores, padres de familia, estudiantes y comunidad en general a obtener cimientos jurídicos conceptuales frente a tal principio y su prevalencia, basado en los criterios jurisprudenciales y los presupuestos de aplicación y no solo en la literalidad de la regla legal, ya que la jurisprudencia es un criterio auxiliador para resolver en equidad los conflictos, siempre en favor de la niñez.

Es oportuno desde la academia, de los medios de comunicación social, de la empresa privada, de la familia, la sociedad, el Estado, es decir, de toda la comunidad en general, conocer y promocionar los principios, los derechos y deberes consagrados en la Constitución Política; conocer su implementación y la forma de hacerlas valer, prevalecer y garantizar. Para lograr las condiciones legales y sociales ideales, al contribuir con el deber constitucional de los colombianos de promover el respeto, la solidaridad y la paz y por encima de todo, los derechos de los niños, que son derechos humanos.

La presente investigación parte del concepto de principios como la base estructural de todo el nuevo ordenamiento normativo político en consecuencia, al momento de hablar del principio del interés superior de los niños y niñas se hace referencia al punto de partida, a los cimientos, bajo los cuales se edificaron los fallos relacionados con los niños, de esta manera, es como debe ser conocido, tratado y analizado por toda la población al conocer los conflictos de los niños. Debido a esto, todos y cada uno de los individuos que conforman la sociedad colombiana, debe tener conocimientos mínimos, pero básicos, con respecto a los principios que involucran el desarrollo de los niños y niñas dentro y fuera del territorio nacional.

Esta investigación propone un estudio innovador, pero sobre todo útil para la comunidad judicial y educativa, por cuanto, es una investigación que profundiza determinados conflictos y frente a estos buscará proponer una solución, y sobre todo su objetivo principal, es lograr la aplicación jurídica real del principio del interés superior, por cuanto, a partir del mismo, se garantiza a los niños un desarrollo de la personalidad y a la sociedad colombiana unos mejores ciudadanos.

Con esta investigación doctoral se busca presentar una teoría jurídico social que propugne por generar un impacto dentro de la sociedad, debido a que la jurisprudencia es una fuente del

derecho, generadora de nuevos conocimientos, y de forma novedosa agrupar las sentencias para extraer conclusiones con respecto a los criterios aplicados por la Corte Constitucional y darle mejor aplicación a los preceptos legales con fundamento en una teoría de justicia para la niñez colombiana, que corrija no solo la realidad y la ley cuando esta es beneficiosa sólo para los padres o el Estado y no para los niños y que le da sentido a los fines esenciales del Estado Social de Derecho, entre ellos una calidad de vida y un orden social justo.

### 1.3 Objetivos

Se establece como objetivo general de esta investigación: Elaborar, desde el análisis crítico de los criterios jurisprudenciales expuestos por la Corte Constitucional colombiana, en más de un centenar de fallos de tutela y de constitucionalidad, una teoría de la justicia para interpretar y aplicar en cada conflicto judicial el principio del interés superior del niño, desde la perspectiva de sus derechos fundamentales como prevalentes. Esa teoría la denominaremos *El Criterio del Equilibrio de Derechos, como una Teoría de Justicia* y está fundamentada en el estudio analítico de la realidad social de la niñez confrontada con los criterios interpretativos de nuestra jurisprudencia, en especial el criterio del equilibrio de derechos.

Como objetivos específicos:

1. Explicar la evolución histórica del concepto *niño* y el desarrollo normativo en el plano mundial.
2. Señalar la importancia y el alcance del Principio del Interés Superior del Niño en lo consagrado en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y su desarrollo en los criterios jurisprudenciales colombianos.



3. Estudiar el criterio de equilibrio de derechos en la interpretación constitucional del principio del interés superior del niño, desde la teoría de justicia en equidad, para aplicar en la actividad judicial de infancia y adolescencia.

#### **1.4. Estado del arte**

A continuación, el lector no va a encontrar un “estado del arte” en el que sea expuesto un debate entre teorías constitucionales acerca del interés superior del niño, ni la presentación de posiciones que introduzcan teorías constitucionales sobre el tema, puesto que ellas no han sido postuladas. Lo que habrá de encontrar el lector es una relación de publicaciones sobre la temática que nos convoca, las cuales aportan elementos de relevancia para trabajar el tema, aun cuando no tengan relación directa con el problema de investigación postulado en este trabajo. Entre esas opiniones, tal vez las más destacadas son las que cuestionan la naturaleza indeterminada del concepto de interés superior del niño y, a la par, expresan su preocupación sobre los usos discrecionales y, acaso, arbitrarios a los que puede llevar.

Con el nacimiento del principio del interés superior del niño surge en la conciencia crítica de los investigadores y administradores de justicia a nivel nacional e internacional, la elaboración de una serie de investigaciones jurídicas relacionadas con el principio en mención. Tal es el caso de Jean Zermatten (2003) titulado *El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico*. En este, se encargará de analizar la definición de interés superior dada por la Convención, pero al mismo tiempo se encarga de brindar una serie de características al principio como lo son, el ser un concepto indeterminado el cual deberá ser precisado por la práctica y su aplicación dependerá del tiempo y del lugar de la situación objeto de solución jurídica.

Por otro lado, en el Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Gonzalo Aguilar Cavallo (2008), quien en su publicación titulada *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, establece que la finalidad directa del principio es que los intereses de los niños prevalezcan a la hora de tomar decisiones que les afecten y, al mismo tiempo, ser reconocidos como sujetos de derecho por parte de los Estados y la comunidad en general.

Acerca del interés superior, Francisco Pilotti (2001) en *Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto*, expresó:

Al considerar desde la perspectiva de la diversidad cultural el interés superior del niño, principio central y orientador de la Convención, queda en evidencia la complejidad del problema planteado. Refiriéndose a este tema, Alston reconoce que el significado de este principio puede adquirir connotaciones distintas en contextos culturales diferentes señalando, a título de ejemplo, que en los países altamente industrializados el interés superior del niño puede considerarse vinculado a aquellas medidas que estimulen al máximo su autonomía e individualidad, mientras que en países más tradicionales, puede predominar la noción que dicha autonomía debe estar subordinada, en aras del propio interés superior del niño, a las necesidades de la familia. (p. 61)

El Comité de los Derechos del Niño de la ONU publica en el año 2013 la Observación General número 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, en la cual su objetivo será que los Estados partes garanticen los efectos del principio y, al mismo tiempo, define los requisitos para su debida consideración y respeto. En general, es

una guía para los gobernantes de ciertos Estados, a fin, de garantizar la efectiva protección del menor de edad.

En el plano nacional, Silvia Juliana Pradilla-Rivera (2011), en su artículo titulado *Aplicación del principio del interés superior del niño como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y no ser separado de ella*, se centra en la creación de una línea jurisprudencial a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, frente a las acciones de tutela instauradas por considerar que se vulneraban derechos fundamentales de los menores. Lo anterior es propuesto frente a aquella hipótesis fáctica en las que uno de los padres se encuentra privado de la libertad. y bajo esos supuestos fácticos se entrará a analizar el principio del interés superior del niño.

En *Estado del arte sobre política pública nacional de primera infancia*, desarrollado por Rosa Elizabeth Guío Camargo (2009), se consignó:

En relación con los derechos de los niños el artículo 44 de la Constitución Política de Colombia, - en el capítulo de derechos sociales, económicos y culturales-, enuncia sus derechos fundamentales y establece el deber de asistencia, protección y garantía de los derechos de los niños en cabeza de la familia, la sociedad y el Estado; así como también la prevalencia de sus derechos frente a los de las demás personas. Este objetivo de garantía, protección y restablecimiento de derechos quedó plasmado en la Ley 1098 del 2006 que expone el Código de la Infancia y la Adolescencia, herramienta jurídica para el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de políticas públicas que permiten garantizar a los niños, niñas y adolescentes de Colombia el goce efectivo de sus derechos fundamentales. (p. 33)

Más adelante señala:

Para el desarrollo de la investigación se optó por la definición de André-Noël Roth Deubel según la cual la política pública es “un conjunto conformado por uno o varios objetivos colectivos considerados como necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratados, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar el comportamiento de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática (Roth Deubel; 2002, p. 27). ( Guio, p. 45)

En el *Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños de las Naciones Unidas*, del 29 de agosto de 2006, se indica que se hace necesario, para reconocer la profundidad de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1991 respecto de los derechos de los niños, conocer con suma claridad qué tanto se avanzó con la actual constitución respecto de nuestra normatividad constitucional anterior, consagrada en el año de 1886, para poder comprender lo esencial de sus conceptos y el completo catálogo de derechos y deberes que se establecen para cada uno de los integrantes del Estado.

Es así como debe iniciarse el análisis de los cambios que introdujo la nueva Constitución en el ordenamiento jurídico colombiano, en materia de derechos fundamentales, cambios cimentados en el artículo 1, en el que define a Colombia como un Estado social de derecho que se fundamenta en el respeto a la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran, en su calidad democrática, participativa y pluralista. Realmente, lo que plantea es la no discriminación y el reconocimiento del otro, como seres interdependientes sujetos de derechos en la misma dimensión humana.

Dentro de las acciones posteriores a la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño y la firma sucesiva de tratados internacionales, el gobierno colombiano implementó a los diez años siguientes, el *Plan de Acción en Favor de la Infancia 1991 - 1994*, en el que adoptó metas de la *Cumbre Mundial en Favor de la Infancia* de 1990 forjada en el seno de las Naciones Unidas y priorizó a la niñez en la agenda política, económica y social del Estado.

Dentro de todo este resurgir del reconocimiento de la Infancia como sujetos de derechos, se incluyó la situación de la niñez en los planes de desarrollo de los gobiernos desde 1990 hasta el 2002. Se propuso la revisión y actualización normativa, así como la reforma del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) como ente rector del sistema de bienestar familiar en el país. Se trabajó en la *Política Nacional para la Construcción de Paz y Convivencia Familiar* (2000), dando prioridad a la prevención y atención del maltrato infantil, a través del programa *Haz Paz*.

Se entiende que solo con la aplicación de principios universales de protección a la infancia, es como se podrá garantizar, a los niños y las niñas, su desarrollo integral en un ambiente presente de felicidad, amor y comprensión que les permita desarrollarse como seres humanos sanos en lo cognitivo, lo social y lo personal.

Con lo anterior se evidencia, primero que todo, cómo el interés superior de los niños y niñas ha sido tratado y analizado no solo por la comunidad internacional, sino que también ha logrado captar el interés de los gobernantes en el territorio nacional, pero también es notorio, cómo no ha existido un análisis jurisprudencial, ni la construcción de una teoría constitucional sobre este tema. No se puede debilitar la tutela de los derechos de los niños y como la caracterización del principio de interés superior no es clara en la realidad colombiana, ni

específica, se genera una serie de dudas, convirtiéndose entonces, en un objetivo clave de este trabajo doctoral.

Para Ana Cecilia Garay Molina (2004),

El interés superior del niño se consagra como un principio inspirador, que tiene su origen en el derecho común, en el cual cumple la función de solucionar conflictos de interés entre un niño y otra persona, en la cual priman los intereses del niño; lo que implica que, este principio favorece la protección de los derechos del niño y, el lugar central que ocupa en la Convención constituye un valioso aporte a la ideología de los derechos del niño. La Convención, además permite imponer a los derechos del niño límites destinados a asegurar la “protección especial” que necesitan las personas menores de edad, debido a su mayor vulnerabilidad y limitada madurez, esa posibilidad no se deriva del principio de los intereses superiores del niño exclusivamente, sino que está reconocida en varias disposiciones de la Convención. (p. 6)

En cuanto al alcance de este principio, Garay (2004) sostiene que el concepto del interés superior del niño fue recogido del principio 2 de la Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959, que dispone que el interés superior del niño debe de ser considerado fundamental únicamente en cuanto a la promulgación de leyes destinadas a la protección y bienestar del niño; la Convención amplía el alcance de éste principio, que, debe inspirar no sólo a la legislación sino también a “todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas” (p. 6).

Por su parte Miguel Cillero Bruñol (1997) enseña que este principio se especifica y se desarrolla con el derecho del niño a expresar su opinión o punto de vista, en todos los asuntos

que le afecten. Ahora bien, como las niñas y los niños son parte de la humanidad y sus derechos no se ejercen separada o contrariamente al de las otras personas, el principio no está formulado en términos absolutos, sino que el interés superior del niño es catalogado como una consideración primordial. El principio es de prioridad y no de exclusión de otros derechos o intereses.

Cillero (1997) conceptúa que, si bien no es posible abordar todas las aristas de este principio, es necesario afirmar que el interés superior del niño no alude, ni puede aludir más que a la satisfacción de sus derechos fundamentales. El interés superior del niño es, siempre, la satisfacción de sus derechos y nunca se puede aducir un interés del niño superior a la vigencia efectiva de sus derechos.

Un aspecto que hace trascendental este principio es su valor polémico o su mensaje subyacente: ni el interés de los padres, ni el del Estado puede ser considerado en adelante el único interés relevante para la satisfacción de los derechos de la infancia; ellos tienen derecho a que su interés se considere prioritariamente en el diseño de las políticas, en su ejecución, en los mecanismos de asignación de recursos y de resolución de conflictos. También, el principio es un criterio orientador para resolver conflictos de derechos en que puedan verse involucrados los niños y jóvenes, que rige y obliga expresamente al legislador, los tribunales, los órganos administrativos y los servicios de bienestar públicos y privados; en este sentido es un principio que pretende realizar la justicia y no es un mero lineamiento u objetivo social.

Una interesante muestra de la aplicación del principio es el contenido en el artículo 9.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que funda en este criterio la resolución del conflicto latente entre el derecho del niño a la convivencia familiar y derecho a la integridad personal en

caso de maltrato. En estos casos, mediando siempre reserva judicial, podrá separarse a un niño en contra de la voluntad de sus padres si el interés superior del niño lo hace necesario para salvaguardar otros derechos de mayor entidad cuyo ejercicio conjunto con el de vivir con sus padres se ha tornado imposible, tal como manifiesta Cillero (1997).

Una crítica importante que hace Cillero Bruñol (1998) con relación a este principio, la expresa señalando que es:

Una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico.

[...] Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en 'el interés superior' se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitan la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra. (p. 48)

Una posición muy particular respecto a este principio es la esbozada por Diego Freedman (2007) para quien el concepto jurídico del interés superior del niño inserto en la Convención sobre los Derechos del niño es un "Caballo de Troya". Dicha aseveración surge de que este enunciado normativo suministra al órgano aplicador de la Convención un anclaje normativo para ejercer con un gran ámbito de discrecionalidad prácticas tutelares, cuyas consecuencias jurídicas son la restricción de la autonomía personal y el resto de los derechos de los niños.

El mismo Freedman señala que la Convención de los Derechos del Niño, establece en el artículo 3 que en todas las medidas que afecten a la infancia deberá tenerse en cuenta primordialmente al interés superior del niño. De modo, que este concepto jurídico pasaría a ser la



cúspide del orden jurídico cuando se aplica a la infancia. Parecería que, sobre todos los derechos, en primer lugar, debe respetarse el interés superior del niño.

En diferentes normas de la Convención se admite la restricción de los derechos del niño en tutela del interés superior del niño. Es decir, que la Convención faculta a las autoridades que aplican sus normas jurídicas a restringir algunos de los derechos de los niños para proteger su interés superior.

A la postre, arguye Freedman (2007) que el interés del menor de ninguna manera es siempre el verdadero interés de un niño concreto, actual y expresado; sino que es sólo una frase justificadora de las decisiones restrictivas de derechos, adoptada por el órgano aplicador del derecho de menores.

Entre tanto, Geraldina González de la Vega (2011) indica que el principio es un concepto abierto e indeterminado que permite su uso para justificar decisiones discrecionales no justificadas. A pesar de que se ha intentado definir este concepto por parte de instancias internacionales, este sigue permitiendo la discrecionalidad de autoridades que toman decisiones en casos donde hay niños involucrados. Existen diversos casos en que el interés superior del niño ha sido abusado para discriminar a padres o madres que tienen una orientación sexual diversa en casos de custodia, pues es convertido en un concepto excluyente por parte del juez, justificando a través de este la discriminación.

La Corte Europea ha intentado resolver estos casos a través del principio de proporcionalidad, sin embargo, ello desdibuja la persona del niño y su titularidad de derechos. Se requiere entonces dotar de contenido al interés superior del niño a través de los derechos que la propia Convención reconoce a los niños. En este trabajo, se propone dotarle un contenido

esencial y absoluto del interés superior del niño, y analizarle como una regla y no como un principio (de acuerdo con la teoría de Robert Alexy) con la finalidad de limitar la discrecionalidad de la autoridad en su aplicación.

La noción del interés superior del niño es un concepto indeterminado que permite un alto grado de discrecionalidad en su interpretación y aplicación por parte del legislador, así como de las autoridades administrativas y jurisdiccionales. Al respecto, manifiesta González De la Vega que:

En casos en que se disputa la custodia de hijos de padre o madre homosexual, o en casos de adopción por parte de personas o parejas homosexuales, al no ser claro cuál es el contenido del interés superior del niño, es posible que las autoridades introduzcan en su ámbito prejuicios y visiones particulares y subjetivas que lastiman derechos humanos, en particular el principio de igualdad y no discriminación. Ello es un abuso del interés superior del niño, pues permite que en su nombre se discrimine a las personas por su orientación sexual y a sus hijos, dañando precisamente lo que se intenta proteger. (2011, p. 9)

En esa misma dirección Irene Ortega Guerrero (2002), en el estudio *El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la Unión Europea*, señala que:

Este principio supone un criterio instrumental para la toma de decisiones, pero su indeterminación conduce a que, en ocasiones pesen demasiado los criterios subjetivos de los profesionales que intervienen en el proceso. Es necesario arbitrar fórmulas que procuren la solución autónoma de conflictos para favorecer la coparentalidad y la

permanencia de un contexto familiar adecuado para el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes. (p. 88)

En ese mismo sentido Ortega Guerrero, citando a Díez-Picazo (1973), expresa que “el interés superior del niño toma, en ordenamientos jurídicos, la forma de concepto jurídico indeterminado, los cuales son criterios de valor que por su imprecisión han de ser perfilados al momento de aplicarlos según criterios de experiencia común” (p. 89), y continúa:

Se emplean para referirse a realidades que engloban un gran número de hipotéticos casos, de tal forma que la norma no puede precisar a priori el modo de proceder en cada uno de ellos. El concepto jurídico indeterminado ofrece un criterio para valorar y tomar decisiones conforme al mismo, de modo que aplicándolo a una determinada situación, se llega a una solución que excluye a otras posibles. (p. 89)

Ahora bien, Ortega Guerrero haciendo alusión a su país, expresa que en un ordenamiento continental como el español, se encuentran muy pocos criterios que procuren dotar de contenido a este concepto jurídico indeterminado. Explica además cómo funciona en su sistema jurídico:

El legislador opta por remitir al juez o a la administración, la tarea de determinar para cada caso concreto en qué consiste tal interés. Esto mismo ocurre en Francia, en Italia y en Noruega. Estos sistemas en la práctica judicial, dejan entrever en mayor o menor medida, cuales son los criterios por los que se rigen los jueces a la hora de tomar decisiones en los procesos de separación y divorcio. En este sentido, la jurisprudencia española se destaca por su gran casuismo; en efecto, los jueces y tribunales han llegado a soluciones muy dispares en el tratamiento de cada caso. Estos contrastes hacen pensar, como señala la doctrina anglosajona, que en la determinación del interés del niño pesan

enormemente las creencias, ideas y perspectivas del juez. Este hecho muchas veces trae como consecuencia que se desconozcan los intereses y puntos de vista de los protagonistas del conflicto, lo cual dificulta el ulterior cumplimiento de las medidas tomadas. (p. 90)

En concepto de Isaac Ravetllat Ballesté (2012):

El principio del interés superior del niño configurado – tal y como hacen mayoritariamente los sistemas normativos europeos continentales - es una cláusula general o un concepto jurídico indeterminado, difícil de definir y de aplicar. En este sentido, es más partidario de un acercamiento hacia un modelo mixto, técnica legislativa prototípica de los ordenamientos anglosajones, en los que junto a enunciados legales del tipo cláusula general, como sería el *welfare principle* o el *best interests principle*, conviven un abanico de criterios indicativos que pretenden especificar y facilitar la delimitación en cada caso concreto del interés del menor. En definitiva, se trataría de incluir en nuestras normas un listado abierto de situaciones que quedarían integradas dentro del concepto general del interés del niño. (p. 89)

Este autor toma por ejemplo el caso de países como Reino Unido, citando la *Children Act* Británica de 1989, cuya sección 105 (1), establece que los Tribunales están obligados a considerar el bienestar de las personas menores de edad “*as the paramount consideration*”, y en su sección (3) identifican este bienestar a través de una “*check list*” que incluye referencias relativas a la edad y la capacidad de raciocinio; las necesidades físicas, emocionales y educativas; los posibles efectos de un cambio de circunstancias; y el entorno del individuo (p. 89).

Alegría Borrás (1993) sostiene que partir del interés superior del menor conlleva englobar dentro de esta categoría general todas aquellas instituciones que, tras cualquier forma o apariencia, pretendan dar respuesta a su efectiva protección, con total independencia de cuál sea la situación personal o familiar que se presente.

Es preciso descollar la postura de René Joyal (1991), cuando define el interés superior del niño como la unión entre sus necesidades y sus derechos, por lo que esta noción debe apreciarse, en cuanto a los derechos del niño, como principio de interpretación de la ley. En ese mismo sentido, al intervenir para resolver casos que involucren a menores de edad, son consideraciones llamadas directivas, para dar contenido al estándar del interés superior, que no es otra cosa si no tomar la alternativa menos perjudicial posible, así:

Con frecuencia los jueces confunden su autoridad con su capacidad para actuar; coincidimos en que quienes tiene la potestad de decidir y las mismas legislaturas no deben permitir que sus buenas intenciones oculten el daño que éstas producen a los niños. (Goldstein, Freud y Solnit, 1979, p. 6)

### **1.5. Marco teórico**

El eje teórico que sostiene esta investigación comprende los conceptos de *justicia* y *equidad*, que se analizan en este marco teórico a través de los postulados filosóficos de Aristóteles y John Rawls, para quienes la equidad es un criterio imperativo de impartición de justicia dentro de los conflictos que devienen del quehacer social humano. Igualmente, no sólo basta con analizar la equidad para comprender su alcance como teoría de justicia, sino que es imprescindible abordar el concepto de *principio* y su carácter imperativo en los casos de conflictos de aplicación frente a las normas jurídicas.

Las interacciones de estos tres ejes temáticos constituyen la columna teórica que dará soporte a una propuesta de teoría de justicia, pues será posible, a través de este núcleo y el análisis estadístico de casos, comprender la realidad jurídica y social de los niños, que se pretender exponer en esta tesis doctoral.

En *La Ética de Nicómaco*, Aristóteles dedica el Libro V a la justicia como la virtud más necesaria para la supervivencia de las sociedades. Al igual que las demás virtudes descritas en otros capítulos de esta obra, la justicia es una virtud que debe ser ejercida, pues no basta solamente con poseer la virtud de ser justo, sino que debe expresarse en los actos que afectan a terceros. Aristóteles describe la justicia como esa “cualidad moral que obliga a los hombres a practicar cosas justas, y que es causa de que se hagan y de que se quieran hacer” (trad. 1995).

La justicia es la mayor de las virtudes, quien es justo posee en él todas las demás virtudes, pues no podrá obrar en perjuicio de otro, por cuanto considerará que causarle un menoscabo a su semejante es un acto injusto y contrario a la equidad.

Al dar una definición de justicia acude a los usos que habitualmente le asignaban al término en la práctica cotidiana, así, podría considerarse injusto aquel que es transgresor de la ley (*paranomós*), como aquel que fuera codicioso (*pleonektês*), aproximando la justicia a lo legal y al respeto a la igualdad, o en palabras de Enrique Serrano, “aquello que impide la generación de desigualdades no justificadas” (2005, p. 124). Así las cosas, “debe llamarse justo al que obedece las leyes y al que observa con los demás las reglas de la igualdad; quien viola la ley es inicuo, y la iniquidad comprende también esta idea de la injusticia; actúa contrario a las reglas de la equidad” (Aristóteles, trad. 1995). Para Aristóteles la violación de la igualdad se convierte también en injusticia, por consiguiente, lo justo es lo que se enmarca en lo legal y equitativo.

Se observa entonces dos sentidos del término justicia: la primera referida a la legalidad, según la cual todo acto contrario a la ley es injusto; y la segunda, según la cual se considera injusto todo acto contrario a las reglas de la equidad. El primer enfoque ha sido denominado justicia universal o general, el segundo, justicia particular (Serrano, 2005, p. 124). Ambos enfoques son ejemplares del género de la virtud y tienen en común que su objetivo se centra en las relaciones con los otros y la preocupación por el bien ajeno. No obstante, la justicia particular es una parte de la justicia universal (una parte del todo), y esta última es la virtud social por excelencia, pues comprende todas las demás virtudes (el todo), y se aplica al conjunto de las relaciones sociales, mientras que la justicia particular solo se enfoca en relaciones entre individuos y a la distribución e intercambio de bienes de acuerdo a las reglas de la equidad (Serrano, 2005, p. 124).

Pero más allá de la existencia de una justicia universal o particular, lo que a esta investigación le interesa es el enfoque de la equidad como justicia particular explicada por Aristóteles. Para el filósofo, lo equitativo es justo, igualando la equidad con la justicia. Sin embargo, existe cierta paradoja en cuanto a la definición de este término, pues lo equitativo termina siendo mejor que lo justo, presentándose a su vez una contradicción en la definición de equidad. Esta contradicción surge al entender la equidad como una cierta especie de justicia, de mayor trascendencia, en la medida que otorga un mayor grado de bienestar al ajustarse a necesidades que superan la generalidad habitualmente tratada por la justicia universal (Serrano, 2005, p. 135).

Para el filósofo, el gobernante debe expedir leyes que promuevan la legalidad y la igualdad, y su objetivo es favorecer el interés general, por lo que las leyes son justas cuando crean o conservan para la asociación política el bienestar de los individuos. De aquí que, dentro

del compendio teórico de Aristóteles encontremos principios de contractualismo, en la medida en que los ciudadanos deben contar con la posibilidad de actuar frente a leyes injustas, pues la función del legislador es la de expedir normas que garanticen el bienestar general, lo que conlleva a la aceptación y obediencia de las leyes por parte de los individuos, aproximándose esta situación a lo que corresponde a un contrato social.

Pero las leyes también pueden ser injustas, tal como veremos a continuación, ya sea porque se desvían de su objetivo principal, que es el bien común, o porque la aplicación homogénea de las normas a todos los sujetos puede llegar a desconocer criterios específicos que deben valorarse a la hora de impartir justicia, puesto que no están contemplados en la generalidad de la norma.

Conviene ahora analizar lo que implica la equidad como justicia: lo equitativo es justo, no tanto por su adecuación a la ley, sino porque es una corrección de esta cuando es injusta o insuficiente. Esta discordancia con la legalidad se origina porque la universalidad de las leyes no puede aplicarse a todos los casos, pues el tratamiento igualitario de los asuntos ajustados a la justicia universal de la legalidad puede degenerar en injusticia.

De la anterior aseveración se infiere que la justicia que se predica de la legalidad, esto es, las leyes escritas (justicia política) y no escritas (costumbre) vigentes en una sociedad, no siempre son justas (Serrano, 2005, p. 136), por cuanto entre las leyes de la costumbre y las leyes de las instituciones siempre habrá un grado variable de discrepancia. Y es que la justicia universal de la legalidad supone un trato igualitario hacia los individuos, aplicándose en igual medida a todos los ciudadanos, pero las variables empíricas no previstas por el legislador sustraen ciertas situaciones de ser resueltas de acuerdo a la generalidad e igualdad que supone la



ley. Del mismo modo, las transformaciones sociales generan variaciones materiales que no pueden desestimarse a la hora de aplicar la ley, por lo que debe preverse la diversidad de estas variables y establecer una mediación entre la ley general y estas situaciones particulares (Serrano, 2005, p. 136).

El aforismo *Summum ius summa iniuria* resume esta tesis: aplicar la ley de forma automática y general, desconociendo la multiplicidad de casos particulares y la pluralidad que caracteriza al ser humano, conduce a la injusticia (Serrano, 2005, p. 136). La equidad comprende dos elementos a saber: las personas a las cuales se aplica y las cosas que son objeto de distribución. La distribución equitativa presupone la distribución de bienes sociales, en la cual le corresponde a cada quien igual proporción de lo que está en conflicto. Pero si existen variables a la generalidad, la distribución no podrá ser proporcional, sino que se deberá definir un criterio de distribución y el mérito de cada individuo, a fin de otorgar un tratamiento acorde a las particularidades del caso, correspondiendo un trato igual a los que son iguales y desigual a los que son desiguales, lo que se conoce con el nombre de justicia distributiva, y esta, en razón a la equidad, puede llegar a adoptar resoluciones que incluso pueden no ser compatibles con las disposiciones legales positivas (Aristóteles, trad. 1995).

Esta forma de aplicar justicia no implica que el operador judicial actúe fuera de lo legal; se trata de un acto de perfeccionamiento de la legalidad, una corrección de la ley, pues su universalidad la vuelve incompleta o insuficiente, por lo que el operador judicial al determinar la imposibilidad de aplicar una ley general por resultar injusta, interviene aplicando criterios de equidad mediante decretos derivados a su vez de una ley general, adaptándola al caso concreto, a través de la interpretación más justa para el sujeto en cuestión. En este orden, “el juez debe ser una persona equitativa que, sin dejar de tener la ley de su lado, puede apartarse de la estricta

justicia y sus peores rigores, para emitir decretos o sentencias que respondan a la complejidad del hecho que debe juzgar” (Serrano, 2005, p. 137).

En la *Retórica*, Aristóteles señala a la equidad como un criterio que resuelve los conflictos que se suscitan entre la ley y la intencionalidad del legislador. Este criterio suple las lagunas o errores de la norma en la búsqueda de una recta ponderación de las conductas humanas, aplicándose también a aquellos casos en los que no es fácil distinguir lo justo, a causa de la indeterminación de la ley. Así lo explica el filósofo:

Porque, en efecto, lo equitativo parece ser justo, pero lo equitativo es lo justo que está fuera de la ley escrita. Ello sucede, ciertamente, en parte con la voluntad y, en parte, contra la voluntad de los legisladores: contra su voluntad, cuando no pueden reducirlo a una definición, sino que les es forzoso hablar universalmente, aunque no valga sino para la mayoría de los casos. [...] También (es propio de) la equidad ser indulgente con las cosas humanas. Y mirar no a la ley, sino al legislador; no a la letra, sino a la inteligencia del legislador; no al hecho, sino a la intención; no a la parte, sino al todo; no a cómo es ahora uno, sino a cómo era siempre o la mayoría de las veces. (trad. 1994, p. 287)

La equidad se convierte entonces en una herramienta para el juzgador, quien bajo la luz de este principio resuelve el litigio recurriendo a la intención del legislador, mediante una interpretación racional ajustada al caso concreto, apartándose de la estricta interpretación de la norma, por cuanto lo justo debe ser equitativo y lo equitativo en este caso se aleja de una aplicación universal de la ley.

En este sentido, la equidad constituye la brújula que señala el camino hacia un tipo de justicia que rompe los paradigmas de la universalidad de la ley y de la aplicación homogénea de

las normas y que corrige la legalidad de acuerdo con las exigencias de la experiencia. No en vano la equidad se convierte en un criterio de aplicación de la ley, incluso en el ordenamiento jurídico colombiano, tal como dispone el artículo 230 de la Constitución Política de 1991, al someter a los jueces al imperio de la ley, y su actividad judicial a los criterios auxiliares de la justicia, como lo es, entre otros, la equidad.

Para Aristóteles, la justicia entendida de esta manera es una virtud desarrollada en su mejor expresión; la virtud misma. Pero esta apreciación de la justicia como virtud le ha costado a este filósofo la marginación dentro de los principios de justicia que actualmente poseen mayor interés en el mundo académico. Sin embargo, debe precisarse que la hipótesis de la equidad como criterio imperativo de justicia aún tiene vigencia dentro del ordenamiento jurídico de los Estados, como el caso colombiano, incluso, en el ordenamiento jurídico internacional, al promoverse desde organismos como las Naciones Unidas, el enfoque de equidad de derechos en los programas y políticas públicas adoptados por los Estados, especialmente cuando de la infancia se trata.

Actualmente los postulados aristotélicos sobre la justicia no son muy acogidos por los autores contemporáneos, bien por la función teleológica que le asigna o por el merecimiento moral como factor determinante para la distribución de los bienes sociales (meritocracia). Las teorías actuales sobre la justicia intentan separar las cuestiones relativas a la equidad y los derechos de la virtud y el merecimiento moral, orientándose a la búsqueda de “unos principios de justicia que sean neutrales en lo que se refiere a los fines y autorizan a las personas a escoger y perseguir sus propios fines” (Sandel, 2011, p. 295).

Sin duda, la promoción de las virtudes por medio de las leyes se contrapone con la libertad de elección que tiene cada quien de conducir sus vidas de la forma en que consideran que mejor les conviene. La promoción de las virtudes por medio de las leyes resulta peligrosa por cuanto puede ocasionar la construcción de prejuicios injustos e infundados. No obstante, lo cierto es que la tesis aristotélica de la justicia sienta las bases de la concepción de la equidad como un elemento orientador en la práctica de la justicia, que no deja de ser valiosa y aplicable en el contexto actual. Razón por la cual, se ha tomado esta tesis como punto de referencia filosófica para la proposición de una teoría de justicia basada en la equidad, pero en este caso, dirigida a un sector especialmente vulnerable como son los niños. La equidad aristotélica se convierte en un referente para aquellos casos en los que debe superarse la ley cuando su aplicación rígida degenera en injusticia.

Ahora bien, una vez analizada la postura de este filósofo antiguo sobre la equidad y la justicia, conviene dirigirnos hacia el pensamiento de John Rawls, quien en *Teoría de la Justicia* (1995) adopta aspectos de la justicia distributiva de Aristóteles.

Si bien en la tesis aristotélica se distinguen principios de contractualismo, base teórica de los postulados de Rawls, este no se identifica con la justicia del filósofo griego, por el contrario, realiza algunas críticas calificándola de insuficiente, al considerar que el sentido de la justicia de Aristóteles es la abstención la *pleonexia*, es decir, “evitar la obtención para uno mismo de cierta ventaja apoderándose de lo que pertenece a otro, sus propiedades, sus remuneraciones, su empleo o cosas semejantes; o negándole a una persona lo que le es debido, el cumplimiento de una promesa, el pago de una deuda, el mostrarle el debido respeto, etc.” (1995, p. 23). Sin embargo, como veremos, toma en cuenta la justicia particular de distribución equitativa de los bienes sociales, convirtiéndose éste en el punto de encuentro entre estos dos teóricos.

Para Rawls el objeto primario de la justicia es la estructura básica de la sociedad y “el modo en que las instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social” (1995, p. 20). Las instituciones a las que se refiere están definidas por la Constitución, y las disposiciones sociales y económicas que determinan el rumbo de la actividad estatal. La justicia que surge de estas instituciones deberá estar encaminada a superar las desigualdades mediante la aplicación de principios de justicia y estos principios de justicia establecen las pautas para la asignación de los derechos y deberes fundamentales, las oportunidades económicas y las condiciones sociales en los diversos sectores de la sociedad.

Las estructuras sociales y sus instituciones no surgen de la improvisación, sino que son el resultado de un consenso al que se ha llegado por medio de un contrato social. Rawls parte del modelo contractualista para determinar los principios básicos de justicia que deben guiar la estructura básica de toda sociedad, estos principios determinan a su vez la constitución y funcionalidad de las instituciones que reconocen los derechos y los deberes de los individuos. La visión contractualista de Rawls se origina a partir de una situación hipotética en la que pone en un mismo nivel de intereses a los individuos que pactan la constitución de un contrato social, y esta situación es llamada por Rawls como *posición originaria*, equivalente al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social. En ella, los individuos actuando bajo el *velo de la ignorancia*, son incapaces de percibir su condición particular, el lugar que ocupan en la sociedad, su posición, clase o estatus social, como tampoco su suerte en la distribución de ventajas y capacidades naturales, su inteligencia, su fortaleza (1995, p. 25), escogiendo bajo estas circunstancias los principios de justicia que regirán la sociedad y sus instituciones.

Finalmente, es a través de un contrato social consensuado en el que se pactan los principios de justicia aplicables.

La participación de cada individuo en este procedimiento hipotético es equitativa, es decir, bajo el plano hipotético de que todos se encuentran en la misma posición original de igualdad e ignorando las diferencias que los dividen o separan. Así es como escogen, en igualdad de condiciones y para el beneficio recíproco, los principios de justicia que fundamentarán las instituciones de la sociedad. De esta manera, la sociedad podrá llegar a través del consenso a un contrato social equitativo, en el cual prevalecerán dos principios fundamentales: igualdad en las libertades individuales e igualdad en las oportunidades sociales y económicas.

Así lo explica este autor:

Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos.

La existencia de un contrato social aprobado por todos los individuos que, al encontrarse en la misma posición originaria de igualdad, sin que prevalezcan unos intereses sobre otros, permitirá, según Rawls, que los principios escogidos sean de igual beneficio para todos y que se apliquen de manera equitativa a la hora de impartir justicia. El primero de los principios confiere iguales libertades básicas para todos los individuos; las libertades reconocidas tendrían prioridad ante consideraciones de utilidad social y el bienestar general. De acuerdo a este primer principio, no habría espacio para el sacrificio de libertades individuales en razón del mayor disfrute de

beneficios del interés general, lo que se opone a la tesis utilitarista de autores como Jeremy Benthan y John Stuart Mill.

Por otro lado, el segundo principio arroja una visión de la justicia como equidad cuyo objetivo es el cumplimiento de las expectativas de una justicia distributiva en la sociedad. Este principio se refiere a las condiciones de igualdad social y económica que se debe garantizar a cada individuo, para lo cual el Estado asume un papel activo en el proceso de distribución de derechos que permita superar, sin lesionar la libertad, las desigualdades injustificadas, especialmente aquellas que son el resultado de las diferentes formas de dominación (Serrano, 2005, p. 157), lo que es descrito por Rawls como el *principio de la diferencia*.

Pero el principio de la diferencia no implica una distribución igual de las rentas y del patrimonio, esta sólo admite aquellas desigualdades sociales y económicas que ayuden a mejorar la situación de las personas menos prosperas de la sociedad, aquellas que se encuentran en una posición más desfavorable, a través de medidas como la discriminación positiva, por ejemplo (Sandel, 2011, p. 223). Las instituciones nacientes del contrato social deben garantizar, por consiguiente, la formación de un sistema económico y social justo.

Ahora bien, establecidos los principios de justicia que direccionan la actividad de las instituciones y el orden social, es evidente que los individuos que han participado en la construcción del contrato social deben someterse en igual medida a esos principios y quieran beneficiarse de ellos, observándose aquí dos elementos indispensables del contrato social: la autonomía del individuo y la reciprocidad en el ejercicio y goce de los beneficios establecidos contractualmente. Explicado por Sandel, “los contratos reales tienen peso moral en la medida en que realicen dos ideales, la autonomía y la reciprocidad” (2011, p. 227), pues en la negociación,

además de la imparcialidad que caracteriza al velo de la ignorancia, la autonomía libre de vicios legitima el consenso, producto de acuerdos de voluntades, y consecuentemente, las obligaciones y beneficios que de la relación contractual se desprendan, serán de aplicación recíproca entre los contratantes.

Para dar solución a las inequidades que puedan surgir, Rawls recurre al principio de la diferencia, con el que pretende corregir las desigualdades sociales y económicas, a través de la redistribución de los beneficios obtenidos por aquellos que poseen mejores aptitudes y dones. Rawls, trata de compensar socialmente a aquellos que no tienen las mismas ventajas, para lo cual, las personas aventajadas deben poder desarrollar sus talentos en la sociedad en la que se ubican y esta debe permitirselos. El principio de la diferencia hace parte del segundo principio de justicia que propone Rawls y se ocupa principalmente de la justicia distributiva basada en la equidad.

Aquí es en donde se observan las aparentes diferencias con la perspectiva aristotélica del merecimiento moral, que define la distribución de la justicia a través de la meritocracia. Para el autor contemporáneo la justicia distributiva no consiste en premiar el merecimiento moral, pues bajo esta perspectiva la distribución de los beneficios que corresponden a cada uno se basan en factores que moralmente resultan arbitrarios, como el accidente del lugar del nacimiento, o las ventajas sociales y económicas que derivan de pertenecer a familias acaudaladas, o por aptitudes y capacidades naturales que posicionan a algunos individuos en una situación privilegiada respecto a los demás. Para Rawls, la justicia distributiva basada en el principio de la diferencia consiste en reconocer derechos adquiridos bajo los supuestos de expectativas legítimas derivadas del contrato social previamente acordado.



La justicia distributiva, por lo tanto, no busca premiar el merecimiento moral, sino satisfacer las expectativas legítimas adquiridas; en palabras de Sandel “al contrario que en la vindicación de un mérito, un derecho adquirido solo se genera cuando se han establecido ya ciertas reglas del juego” (2011, p. 254). En este orden, previamente han de determinarse las reglas que definirán las relaciones que surgen de la cooperación social, pues sólo de esta manera se podrán identificar los derechos que a cada quien le corresponde.

Rawls sostiene que la función de la justicia distributiva es satisfacer esas expectativas legítimas una vez se han instaurado las reglas de toda cooperación social, pues cuando los principios de justicia han determinado estas reglas, los participantes en el consenso habrán adquirido el derecho de percibir los beneficios que se obtengan conforme a ellas. Afirma que “cuando las personas y los grupos toman parte en acuerdos justos, adquieren ciertos derechos unos sobre otros, precisados por reglas públicamente reconocidas. Habiendo actuado alentados por los acuerdos existentes, tienen ahora ciertos derechos, y las porciones distributivas justas respetan estas exigencias” (Rawls, 1995, p. 287).

Es de esta manera que una estructura social justa responde a los derechos que las personas han adquirido y están autorizadas a exigir; este esquema satisface sus legítimas expectativas a través de las instituciones sociales, pero aclara este autor, que lo que están autorizados a exigir no está basado en el merecimiento moral, dado que la tendencia de esta última responde generalmente a factores morales arbitrarios, que concluyen en injusticias.

La solución que da Rawls a las inequidades a partir del principio de la diferencia se resume en la práctica, en la necesidad de establecer un sistema impositivo y redistributivo que actúe en favor de los más vulnerables y desfavorecidos. Así las cosas, la organización social

debe preocuparse por que las poblaciones que se encuentran en posición desventajosa, por el motivo que sea, cuenten con la garantía de que podrán beneficiarse de los derechos que por la sociedad contractualmente establecida han adquirido de manera legítima. Incluiremos en este grupo de personas a los niños.

Si bien en *Teoría de la Justicia* Rawls no da una definición precisa de qué personas o grupos de personas entran en lo que él denomina como menos favorecidos, se entiende que se refiere a todas las personas que se encuentran en una posición de vulnerabilidad, limitación, o disminución en las oportunidades de acceder en igualdad de condiciones a los recursos económicos y sociales ofrecidos por el Estado. Para el caso de los niños e identificando su posición dentro de la teoría rawlsiana y su principio de la diferencia, es de Perogrullo que su situación los ubica en una posición de vulnerabilidad manifiesta, siendo necesaria la intervención del Estado para una distribución especial de sus derechos, con el fin de que los niños tengan la oportunidad de alcanzar posiciones sociales favorables. En este orden, los niños al igual que el resto de los individuos poseen la expectativa legítima de poder disfrutar de las libertades individuales básicas y de oportunidades sociales y económicas sin discriminación. El principio de la diferencia de Rawls propende por una justicia equitativa, no en consideración de los talentos o virtudes del individuo sino por el hecho de que, al ser parte de la sociedad consensuada, han adquirido el legítimo derecho de exigir la garantía de esas libertades e igualdades sociales y económicas.

No será en este acápite en donde se realice la sinergia de los postulados de Aristóteles y Rawls en función de la teoría de justicia que esta investigadora pretende construir; lo que aquí nos llama, es la estructura teórica que soportará la propuesta de justicia especial para los niños.

Del breve estudio de las teorías de justicia de Rawls y Aristóteles entendemos que la exigencia de la equidad no se limita a la corrección del contenido de una norma jurídica, sino que, además precisa la obligación de crear condiciones sociales que permitan una distribución equitativa de los derechos y las libertades. Y es que a pesar de la distancia histórica que nos separa de la teoría aristotélica de la justicia, insistimos en que esta aún puede sugerir distintos enfoques destinados a resolver los problemas de toda organización social, de manera que sus instituciones sean cada vez más justas, especialmente cuando se trata de los niños.

La equidad que caracteriza al principio de la diferencia permite orientar la mirada hacia un tipo de justicia particular dirigida a esa población de seres humanos, en razón a las desigualdades evidentes que los rodean. Los niños, dentro de la postura rawlsiana, han adquirido unas expectativas legítimas de disfrutar de derechos especiales que difieren y son superiores al derecho de los adultos en virtud del principio de la diferencia. Es en la interacción de esta postura, junto a la justicia distributiva de Aristóteles y la práctica jurídica y social de los derechos de los niños, en donde se evidenciará la necesidad de esbozar una teoría de justicia especial para ellos, coherente con principios constitucionales.

Después de este análisis conceptual, se hace pertinente establecer la definición de la palabra *principio*. El debate de principios vs reglas ha captado la atención de juristas, estudiantes y en general, de toda la población desde tiempos inmemoriales, razón por la cual es de vital importancia, fundado en los modelos constitucionales y métodos de interpretación constitucional, entrar a estudiar su caso detenidamente. Dworkin fundamenta su crítica al positivismo jurídico y realiza un análisis basado en las conclusiones a las cuales llega Hart. “El aspecto central en la teoría de Hart, consiste en la construcción de un sistema general y descriptivo fundado en un análisis lógico- empírico de la estructura de sistemas jurídicos nacionales” (Ott, 1976). Según

Hart, el derecho es un sistema complejo de reglas, el cual resultará ser general en la medida en que busca delinear la estructura de cualquier sistema Jurídico, al mismo tiempo neutral por renunciar a propósitos justificadores (Hart, 1961).

En ese orden de ideas, para el tratadista el sistema de reglas se integra desde un punto de vista lógico y a partir de esto todo ordenamiento jurídico se compone de dos tipos de reglas, las primeras relacionadas con aquellas que prescriben el comportamiento, bien sea para autorizar determinadas conductas o para esperar la realización de algunas. Estas serán reglas imperativas y llevarán a la realización de conductas específicas, las cuales se entenderán como reglas primarias; este tipo de reglas, tal y como se mencionó anteriormente, forman parte de cualquier ordenamiento jurídico. Las segundas reglas, están destinadas a subsanar defectos propios de las reglas primarias, *verbi gratia*, indeterminabilidad de su contenido, su carácter estatal e inefectividad social, en consecuencia, Hart realiza una distinción o categorización de estas reglas secundarias de la siguiente manera: *Reglas de decisión, reglas de modificación, reglas de reconocimiento*.

Las *reglas de decisión* están encaminadas a atribuirle competencia a determinadas personas a fin de que, declaren la inefectividad de determinada regla dentro del contorno social, es decir, en pocas palabras cumple con dos funciones fundamentales, la primera el declarar la inefectividad social de esa norma primaria y la segunda, los efectos que dentro del ordenamiento jurídico puede tener esa declaración.

Frente a las *reglas de modificación*, el mismo sistema jurídico establece de qué forma o bajo qué condiciones las normas del ordenamiento jurídico pueden ser modificadas, eliminadas y cuales podrán vincularse al ordenamiento jurídico u obtener el carácter de estatal.

Ahora bien, la última categorización de las reglas secundarias se relaciona con las *reglas de reconocimiento*, destinadas a cubrir el defecto de indeterminabilidad, es decir, de conocer cuales reglas se encuentran dentro del ordenamiento jurídico y cuáles no, en ese orden de ideas, estas se destinan especialmente a definir bajo cuales criterios una regla forma parte del ordenamiento jurídico.

Así las cosas, resulta evidente como cada una de estas categorías se encuentran íntimamente ligadas y la existencia de la una, presume o conlleva al nacimiento de la otra, y estas en conjunto al reconocimiento y prevalencia de las reglas primarias. Estas reglas, se consideran el principal punto de partida para la crítica que con posterioridad Dworkin realiza.

Hart señala enfáticamente, lo siguiente:

Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones. (1961, p. 101)

Frente a estas consideraciones, Dworkin es enfático al mencionar que la teoría del derecho tiene que estar encaminada a aclarar como los jueces deciden en los casos en donde existen reglas poco claras o en donde de plano no existen y se basen en los principios para la solución de los mismos.

Entre estos otros tipos de estándares, Dworkin señala dos (aunque deja ver que puede haber otros): *principles* y *policies*. Dworkin definió los principios como un estándar para la solución jurídica. Señala Dworkin que los principios son “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (2009, p. 72).

## **1.6. Marco jurídico**

Hay que resaltar el reconocimiento de los derechos humanos y del niño, inicialmente en el plano Internacional con la Declaración de 1924. La Sociedad de Naciones (SDN) adoptó la Declaración de Ginebra, un texto histórico que reconoce y afirma, por primera vez, la existencia de derechos específicos para los niños y las niñas, pero sobre todo la responsabilidad de los adultos hacia ellos.

La presentación de la declaración de Ginebra toca la historia de la primera Declaración de los Derechos del Niño, según esta:

Eglantyne Jebb, marcada por los horrores de la Primera Guerra Mundial, advirtió la necesidad de protección especial para los niños. Con ayuda de su hermana, Dorothy Buxton, fundó en Londres en 1919, Save the Children Fund, para ayudar y proteger a los niños afectados por la guerra. En 1920, Save the Children Fund se organizó y se

estructuró en torno a la Union Internationale de Secours aux Enfants (UISE), con el apoyo del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR). El 23 de febrero de 1923, la Alianza Internacional Save the Children adoptó en su IV Congreso General, la primera Declaración de los Derechos del Niño, que luego fue ratificada por el V Congreso General el 28 de febrero de 1924. En 1923, Save the Children formuló la declaración, y la envió a la SDN y finalmente fue adoptada en diciembre de 1924 por esta última en su V Asamblea”. (Humanium, s.f., párr. 2)

De igual manera se firma la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño:

Es el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que incorpora toda la gama de derechos humanos: civiles, culturales, económicos, políticos y sociales.

En 1989, los dirigentes mundiales decidieron que los niños y niñas debían de tener una Convención especial destinada exclusivamente a ellos ya que los menores de 18 años precisan de cuidados y protección especiales, que los adultos no necesitan. Los dirigentes querían también asegurar que el mundo reconociera que los niños y niñas tenían también derechos humanos. (UNICEF, s.f., párr. 3)

Señala UNICEF que:

La Convención establece estos derechos en 54 artículos y dos Protocolos Facultativos.

Define los derechos humanos básicos que disfrutan los niños y niñas en todas partes: el derecho a la supervivencia; al desarrollo pleno; a la protección contra influencias peligrosas, los malos tratos y la explotación; y a la plena participación en la vida familiar, cultural y social. Los cuatro principios fundamentales de la Convención **son la no discriminación; la dedicación al interés superior del niño; el derecho a la vida, la**

supervivencia y desarrollo; y el respeto por los puntos de vista del niño. Todos los derechos que se definen en la Convención son inherentes a la dignidad humana y el desarrollo armonioso de todos los niños y niñas. (s.f., párr. 4)

De otra parte, se firma el Pacto de San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre de 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su Preámbulo se lee:

Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, tanto de ámbito universal como regional; sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales. (Organización de los Estados Americanos [OEA] , 1969, párr. 4)

En el año 2000, en la Declaración de Buenos Aires más de sesenta delegados de diversos países del mundo aprobaron en la capital de Argentina, una declaración conjunta en la que se comprometieron a fortalecer las estrategias de atención primaria en salud, reconocer el papel del Estado como rector de políticas sanitarias y asegurar el adecuado financiamiento de las prestaciones para que lleguen a toda la población.

En el plano nacional, el Código Civil colombiano (Ley 84, 1873) estableció:

Llamase infante o niño, todo el que no ha cumplido siete años; impúber, el que no ha cumplido catorce años; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o



simplemente mayor, el que ha cumplido veintiún<sup>1</sup> años, y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos. ( art. 4)

El inciso 3° del artículo 1504 del mismo Código se señala que:

Son también incapaces los menores adultos que no han obtenido habilitación de edad y los disipadores que se hallen bajo interdicción. Pero la incapacidad de estas personas no es absoluta y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. (Ley 84, 1873, art. 1504)

Posteriormente, en 1989, en materia de infancia se expidió en Colombia el Código del Menor, que expone:

Artículo 28.- Se entiende por menor a quien no haya cumplido los dieciocho (18) años. Cuando no haya certeza acerca de la edad de la persona que requiera la protección prevista en este Código y se tengan razones motivos de duda, el juez, antes de tomar las medidas aplicables a los mayores, la determinará mediante los medios de prueba legalmente establecidos. (Decreto, 1989, art. 28)

Y es a partir de 1991, con la promulgación de la Constitución Política, se cambia el concepto de niño, niña, como sujeto de derechos, es así como señala un nuevo compendio de derechos:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia

---

<sup>1</sup> El Código de Infancia y adolescencia aclara “Artículo 3. [...] Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años”.

y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro [...]. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. (Const., 1991, art. 44)

Se da efectividad al interés superior del niño en el derecho constitucional colombiano, ya que desde 1991 se cuenta con el reconocimiento y respaldo de sus derechos prevalentes. Es así como se describe la carta magna: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad” (Const., 1991, art. 5).

Con la entrada en vigencia de la Constitución, el pueblo colombiano empezará a identificar el especial interés que el constituyente le impregna al documento con respecto a la protección del menor, la importancia de la familia y el reconocimiento de derechos fundamentales.

## 1.7. Marco conceptual

Para el desarrollo de este trabajo resulta indispensable la conceptualización de una serie de palabras que durante todo este trabajo doctoral se estarán mencionando:

a. **Línea Jurisprudencial:** Una línea jurisprudencial es una pregunta o problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas. Este espacio abierto con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer si existe un patrón de desarrollo decisional. (López Medina, 1997, p. 26).

Así pues, a partir de esta cita desembocamos al concepto de Línea Jurisprudencial, la cual será fundamental para el efectivo desarrollo de este trabajo, en consecuencia, se podría definir a la Línea Jurisprudencial como aquella agrupación, conglomeración de sentencias que poseen factores fácticos análogos y un problema jurídico definido, la importancia de la Línea Jurisprudencial es indiscutible por cuanto se considerará como una herramienta de aprendizaje.

b. **Niño:** El Diccionario de la Real Academia Española lo define como: Persona que cuenta con poca edad, y que aún se encuentra viviendo en la etapa desde el nacimiento hasta la edad de la adolescencia, la cual se define como la etapa que sucede a la niñez y que puede notarse a los 4 primeros indicios de la pubertad. Considerándose desde esta etapa hasta llegar a ser un adulto. (RAE, 2001)

Por otro lado, la ONU en la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su Artículo 1 el concepto de niño, al cual nos acogeremos: se entenderá por niño todo ser humano menor de 18 años.

c. **Principio:** Al hablar sobre la conceptualización de la palabra *principios* se hace indispensable analizar la definición que sobre esta palabra realiza el filósofo del derecho Ronald Dworkin, quien sostuvo que el sistema jurídico no se compone solo de reglas (primarias y secundarias), sino que comprende también a los Principios. Para Dworkin los principios cumplen en este esquema la función de incorporar la moral en el Derecho. Se trata de un tipo de normas que, contrario a lo que sostenía el positivismo, no aumentan la discrecionalidad del juez, sino que la reducen, al obligarlo a justificar cómo y de qué forma su interpretación se incorpora en una narrativa más amplia que incluye a los precedentes y a las normas vigentes. Los jueces en los casos difíciles deben acudir a los principios. Pero como no hay una jerarquía preestablecida de

principios es posible que estos puedan fundamentar decisiones distintas. Dworkin sostiene que los principios son dinámicos y cambian con gran rapidez y que todo intento de canonizarlos está condenado al fracaso. Por esa razón la aplicación de los principios no es automática, sino que exige el razonamiento judicial y la integración del razonamiento en una teoría. El juez ante un caso difícil debe balancear los principios y decidirse por el que tiene más peso. El reconstruccionismo conduce a la búsqueda incesante de criterios objetivos.

Compartimos el concepto de Dworkin como filósofo del Derecho para lograr una mejor comprensión en los casos que lo ameriten, que el autor citado llama difíciles y deben resolverse con Principios y con el análisis racional del juez en cada caso. Es de anotar que, si ese caso que se adelanta o estudia involucra a un menor de edad, serán los principios universales para la defensa de los derechos del niños los que deban aplicarse, por su condición de ser una población de especial protección constitucional.

d. **Interés:** Según la Academia de la Lengua española se entiende como interés “aquel provecho, utilidad, ganancia o valor de algo o también como la inclinación del ánimo hacia una persona o cosa.” (RAE, 2001).

e. **Principio del interés superior del niño:** Para definir integralmente el concepto de principio del interés superior se hace necesario citar la definición que del mismo introduce la Convención de los Derechos del Niño, a nivel internacional, a nivel nacional en la Ley de Infancia y Adolescencia y en los fallos de la Corte Constitucional donde se han planteado las condiciones necesarias para su aplicabilidad, que más adelante se desarrollan.

La Convención sobre los Derechos del Niño contempla el principio de la siguiente manera:

1. 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. 2. Los Estados Partes 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 y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. (1989, art. 3)

En la jurisdicción nacional se entiende como principio de interés superior “aquel imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral de todos sus derechos humanos que son universales, prevalentes e interdependientes” (Ley de Infancia y Adolescencia, 2006, art. 8).

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional nacional, en sentencia T-260 de 2012, se define como:

[...] Un principio garantista, ya que su razón de ser, su esencia, es la plena satisfacción de los derechos de los menores. En este sentido resulta claro que el contenido del principio son los propios derechos de los niños, y por ello en este caso puede decirse que interés y derecho se identifican. (Corte Constitucional, 2012, sentencia T -260)

## 1.8. Estrategia metodológica

En esta sección se desarrollarán los aspectos vitales de la metodología, tales como el enfoque, tipo de investigación, método de investigación y fuentes, técnicas e instrumentos de recolección de información. Es importante resaltar que como lo señala el profesor Pablo Elías González Monguí (2013) en relación a la investigación científica, no existe un método universal ni incontrovertible. Ninguna persona podrá atribuirse la última palabra en materia de la metodología de la investigación, por cuanto el propio investigador tendrá la facultad de combinar varios métodos generales de investigación a fin de comprender y explicar la realidad social y su desarrollo en el pensamiento humano.

En primer lugar, para identificar el tipo de investigación en el que se enmarca esta tesis doctoral, basta decir que se trata de una investigación exploratoria de enfoque mixto, combinando los enfoques cualitativo y cuantitativo, concretados principalmente a través del análisis jurisprudencial y del estadístico realizado a lo largo de esta tesis doctoral. En este orden, además del estudio de la jurisprudencia, se recurre a la estadística descriptiva tomando como muestra las sentencias de la Corte Constitucional referidas al objeto de estudio, esto es, el interés superior del niño, identificándose las variables que en ellas predominaron y que marcaron la pauta para la construcción de la hipótesis de esta investigación.

**1.8.1 Tipo de investigación.** La presente investigación es de carácter exploratorio, en la medida en que el objetivo consiste en examinar un problema de investigación poco estudiado o que no ha sido abordado antes. Se observa desde el estado del arte en la presente investigación, que no existen investigaciones tendientes a sintetizar los criterios en una teoría que represente el interés constitucional del niño y proponga nuevas posturas filosóficas, jurídicas y hasta pedagógicas para materializar su interés superior; razón por la cual esta tesis doctoral se adecua al tipo de investigación inicialmente mencionado,

toda vez que se pretende “indagar desde una perspectiva innovadora, ayudar a identificar conceptos promisorios y preparar el terreno para nuevos estudios” (Hernández Sampieri, Fernández Collado, Baptista Lucio, 2014, p. 89).

Al mismo tiempo es una investigación de tipo descriptiva, por cuanto después de explorar e indagar en nuevos terrenos fácticos jurisprudenciales se procederá a describir y especificar la caracterización de elementos importantes, como son los criterios que consideran los jueces en sus jurisprudencias para determinar el interés superior del niño.

**1.8.2 Método de investigación.** La investigación utiliza los métodos analítico y descriptivo, pues a partir del estudio, análisis y cotejo estadístico de la jurisprudencia de la Corte Constitucional se establecerán posiciones que permitan identificar criterios que den luces acerca de la materialización del interés superior del niño. Asimismo, se describen y explican estos criterios jurisprudenciales, sintetizándose en una teoría de interpretación constitucional, concebida a su vez como una teoría de justicia denominada *El Criterio del Equilibrio de Derechos, como una Teoría de Justicia*.

Se trata además de una investigación con enfoque mixto, en la medida en que los datos cualitativos están emparentados y complementados con datos cuantitativos, con el fin de enriquecer la metodología y los resultados de la investigación. De esta manera, como destaca Van der Maren (2003), el enfoque mixto en una investigación emplea dos grandes estrategias: la monográfica y la estadística; que, en lo referido a esta investigación, corresponden al análisis jurisprudencial y la estadística descriptiva.

Autores como Hernández, Fernández y Baptista (2014), destacan la importancia de combinar diferentes métodos con el fin de enfrentar el problema de investigación. Se trata entonces de un empleo mixto de los enfoques, de manera coherente y organizada.

Asimismo, al recurrir a la estadística descriptiva se recolectan, analizan, caracterizan y presentan los datos de una población en forma de tablas y gráficas, empleándose para resumir de forma numérica o gráfica, un conjunto de datos que sirven para describir las características y comportamientos del objeto bajo estudio. Esta comprende cualquier actividad relacionada con los datos y está diseñada para resumir o describir los mismos sin factores adicionales, es decir, sin intentar inferir nada que vaya más allá de los datos como tales.

En este orden, el enriquecimiento estadístico de esta investigación se realiza a través de la recolección de 198 sentencias de la Corte Constitucional, que datan de su fundación como máximo intérprete de la Constitución Política hasta el año 2017. Una vez recolectadas se escogieron nueve (9) variables seleccionadas en razón al interés de esta investigación, esto es, el interés superior del niño, discriminadas de la siguiente manera: Año (V1), Custodia (V2), Daño (V3), Lugar (V4), Grupo etario (V5), Sexo (V6), Derecho vulnerado (V7), Criterio de la Corte Constitucional (V8) y Demandado (V9). Los resultados estadísticos se obtienen con apoyo en la herramienta tecnológica SPAD.N.

Seguidamente, se procede a realizar el análisis de los datos provenientes de cada variable. Este análisis arroja unas estadísticas descritas en tablas, que informan cifras reales, las cuales se ilustran en el último acápite de esta tesis doctoral, que finalmente llevan a corroborar la hipótesis de esta investigación.



**1.8.2.1 Metodología de la estadística descriptiva.** Luego de haber realizado un recorrido por la historia, la filosofía, la ley y la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en lo referente a las diversas situaciones en las que se ven afectados los niños y las niñas, se ha realizado un ejercicio matemático y estadístico donde se escogieron como muestra 198 sentencias proferidas por la Corte Constitucional colombiana, desde el año 1992 hasta el año 2017.

Para la realización de este ejercicio se tuvo acompañamiento del docente estadístico, Ramón Matos Mareña, con quien se utilizó el software SPAD.N (*Système Protable pur l'Analyses de Données*), el cual “es un paquete estadístico general que implementa métodos descriptivos y multidimensionales aplicables a grandes matrices de datos cuantitativos, cualitativos o textuales” (Millet, s.f.).

El programa incluye utilidades propias de un sistema de software general tales como: selección de variables y casos, recodificación de datos, utilización de ficheras de trabajo y auxiliares, uso de etiquetas para la identificación de las variables, tabulación y representaciones gráficas de los resultados.

De forma general los métodos que presenta el paquete se pueden catalogar en los siguientes grandes grupos:

Métodos estadísticos descriptivos básicos. Métodos factoriales.

Análisis de correspondencias simples y múltiples.

Análisis en componentes principales.

Análisis lineal discriminante.

Métodos de clasificación. (Millet, s.f ., p. 133)

El objetivo del trabajo estadístico desarrollado fue establecer grupos homogéneos de casos, para determinar las tipologías de las sentencias, su comportamiento y su dinámica dentro de la estructura construida por la Corte Constitucional colombiana, en relación con los casos que vinculan a niños, niñas y adolescentes desde 1991.

El ejercicio permitió visualizar patrones a través de la selección de nueve (9) variables correspondientes a: 1) Año de la sentencia; 2) Custodia; 3) Daño causado al Niño; 4) Departamento del país; 5) Edad; 6) Sexo; 7) Derecho más vulnerado; 8) Criterio empleado por la Corte; 9) Persona, entidad demandada o agresor. De esta manera se realizaron nueve grupos conformados por sentencias que coincidían en los aspectos establecidos en cada variable, y así se pudieron obtener cifras que explican la dinámica de las sentencias en su dimensión.

**1.8.2.2 Análisis de conglomerados o agrupamiento.** Conglomerado o agrupamiento, en el mundo de la estadística, se refiere a un conjunto de objetos (en nuestro caso sentencias de la Corte Constitucional) que poseen características similares. La palabra conglomerado es la traducción más cercana al término cluster, conocida también como clustering.

El análisis de conglomerados busca la partición de un conjunto de objetos en grupos, de tal forma que los objetos de un mismo grupo sean similares y los objetos de grupos diferentes sean disímiles. Así, el análisis de conglomerados tiene como objetivo principal definir la estructura de los datos colocando las observaciones más parecidas en grupos (Soto, 2006).

Los propósitos más frecuentes para la construcción y análisis de conglomerados son los siguientes:

- La identificación de una estructura natural en los objetos; es decir, el desarrollo de una tipología o clasificación de los objetos.

- La búsqueda de esquemas conceptuales útiles que expliquen el agrupamiento de algunos objetos.
- La formulación de hipótesis mediante la descripción y exploración de los grupos conformados.

Para la situación que se analiza se ha considerado utilizar el método jerárquico, el cual sigue el siguiente algoritmo:

- Empieza con el cálculo de la matriz de distancias entre los objetos (sentencias). Se forman grupos de manera aglomerativa o por un proceso de división.
- Cada uno de los objetos empieza formando un conglomerado (grupos unitarios). Grupos cercanos se mezclan sucesivamente hasta que todos los objetos quedan dentro de un mismo conglomerado. Los métodos de división inician con todos los objetos dentro de un mismo conglomerado, este es dividido luego en dos grupos, estos en otros dos hasta que cada objeto llega a ser un conglomerado.

Finalmente, a través de la estadística descriptiva *se* resumen los datos de los conglomerados con uno o dos elementos de información (medidas descriptivas) que caracterizan la totalidad de estos.

La estadística descriptiva recolecta, describe, analiza, interpreta y presenta los datos de una población en forma de tablas y gráficas; presenta la información en forma de tablas y gráficas. Es el método de obtener de un conjunto de datos conclusiones sobre sí mismos y no sobrepasan el conocimiento proporcionado por estos. Puede utilizarse para resumir o describir cualquier conjunto ya sea que se trate de una población o de una muestra, cuando en la etapa preliminar de la inferencia estadística se conocen los elementos de una muestra. De esta manera

se presentan las gráficas que reflejan los resultados de las tipologías de las sentencias, así como el análisis estadístico descriptivo de cada una de las variables propuestas.

**1.8.3 Población y muestra de la investigación.** Según voces de Tamayo (2005) la población se encuentra compuesta por el conjunto integral de individuos, sujetos, fenómenos o cosas que están estrechamente vinculados al problema a estudiar, en donde las unidades poseen una característica común, la cual se analiza para dar origen a los datos de trascendencia para la investigación.

Bajo estas precisiones, no existe una población singularizada en un grupo de individuos, pues las principales muestras recaudadas para realizar el estudio se encuentran constituidas por 198 sentencias expedidas por la Corte Constitucional, convirtiéndose en el universo objeto de la investigación.

## Capítulo 2

### Concepto histórico de la infancia y evolución legal de los derechos del niño

#### 2.1 El concepto “niño”. Aspecto semántico y biológico

En un primer término, este capítulo definirá la palabra categoría, para entender la raíz etimológica de la palabra niño y la evolución que ha tenido dicho concepto a través de las distintas épocas y sociedades de la civilización. Categoría es una palabra polisémica, es decir, que tiene varios significados. La Real Academia Española establece las siguientes:

1. f. Cada una de las clases establecidas en una profesión, carrera o actividad.
2. f. Condición social de unas personas respecto de las demás.
3. f. Uno de los diferentes elementos de clasificación que suelen emplearse en las ciencias.
4. f. Fil. En la lógica aristotélica, cada una de las diez nociones abstractas y generales, es decir, la sustancia, la cantidad, la cualidad, la relación, la acción, la pasión, el lugar, el tiempo, la situación y el hábito.
5. f. Fil. En la crítica de Kant, cada una de las formas del entendimiento, es decir, la cantidad, la cualidad, la relación y la modalidad.
6. f. Fil. En los sistemas panteísticos, cada uno de los conceptos puros o nociones a priori con valor trascendental al par lógico y ontológico.
7. f. Gram. Accidente gramatical. (RAE, 2015)

Para los fines que interesan a esta tesis doctoral, la investigadora opta por acogerse a la segunda definición de la palabra categoría otorgada por la RAE, que define este término como la

“condición social de unas personas respecto de las demás”. Se puede señalar que los niños ostentan una categoría especial, por lo menos, bajo un ordenamiento jurídico como el colombiano, que protege a la infancia mediante la constitución política y otros instrumentos normativos nacionales e internacionales que componen el bloque de constitucionalidad.

Por su parte Aristóteles, en el *Libro de las Categorías* (trad., 2005) señala a su vez que tales categorías son la sustancia, la cantidad, la cualidad, la relación, la acción, la pasión, el lugar, el tiempo, la situación y el hábito. Se debe pensar entonces, en dos de estas categorías, la sustancia y la cualidad, y a partir de ellas se realizará un análisis sobre la infancia. En primer lugar, la sustancia, señala Aristóteles se divide en primaria y secundaria.

La primera clasificación de esta categoría corresponde a “aquello que nunca se predica de otra cosa ni puede hallarse en un sujeto” (cap. 5) y establece como ejemplo un hombre concreto o un caballo concreto, de manera que se puede decir que un ejemplo de esta sustancia primaria podría ser un niño en concreto; por el otro lado se tiene la sustancia secundaria, entre las cuales es posible destacar las especies y los géneros, de manera que un niño en concreto, Juan, por ejemplo, es a su vez un humano. Es, por tanto, que no se puede soslayar la realidad obvia de que todo niño es ser humano y por ende merece respeto por ese solo hecho.

A propósito de esto, se puede ver cómo el derecho establece esta lógica mediante una interpretación sistemática de las normas (en el caso colombiano). Establece el Código Civil colombiano en su artículo 74 que “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición” .

Bajo los postulados aristotélicos se tiene también una sustancia secundaria, esta se trata de una especie que en este caso corresponde a la especie humana, la cual no varía por razón de la edad, sexo o por cualquier otra condición. Esta definición encaja favorablemente en el concepto contenido en la Convención sobre los Derechos del Niño, un niño es “todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (1989, art. 1). Se puede afirmar que el niño no pierde su sustancia, puesto que el hecho de tener una edad determinada tal como se mencionó no desdibuja de ninguna manera el hecho de ser humano.

Continuando con el análisis de las categorías, es menester tener claro que los niños poseen cualidades especiales y teniendo en cuenta que la cualidad es la segunda categoría, se procederá a analizarla.

Se advierte que la cualidad distingue la sustancia, por tanto un humano puede ser adulto o puede ser niño, por ejemplo, luego entonces ¿qué cualidad o cualidades tiene un niño que lo distinguen?. Se podrían mencionar muchas, sin embargo, es la edad un factor de suma importancia, puesto que es la que determina al niño, ya que la niñez se trata de un estado de debilidad y vulneración como consecuencia de “su condición de ser un humano en proceso de formación y desarrollo” (Corte Constitucional, sentencia T-923, 2013). Asimismo, “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” (Corte Constitucional, sentencia T – 557, 2011).

Es por esto por lo que el niño no solo merece respeto por el simple hecho de ser persona, sino que además es merecedor de un trato especial por parte del Estado, la familia y la sociedad.

Esto, en virtud de que su condición así lo sugiere, de tal suerte que nuestro ordenamiento jurídico y sobre todo la Constitución, ha establecido normas tendientes a garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos de la infancia.

Ahora bien, abarcar el concepto de infancia implica un estudio desde múltiples puntos de vista, y no se puede dejar a un lado su significado semántico. En primer lugar, vale la pena señalar que en términos lingüísticos *significado* es el “concepto o la representación mental que evoca del significante” (RAE, 2015), luego entonces, el significado de la palabra infancia es el concepto o representación mental que evoca de la palabra misma.

De acuerdo a la RAE (2015), la infancia es el “período de la vida humana desde que se nace hasta la pubertad”, o bien el “conjunto de los niños de tal edad”. Etimológicamente infancia proviene del latín *infantia*, que a su vez proviene de *infans*, lo que se puede traducir como “el que no habla”.

Una vez definido el aspecto semántico de la palabra infancia, se abordará el aspecto biológico del niño, no sin antes mencionar que, dado que el lenguaje nos presenta ciertas problemáticas inherentes al ser humano y su individualidad, el concepto que se tiene sobre la infancia, o sobre el niño no es unánime, y depende del contexto histórico al que nos enfrentemos. En este orden, partiendo de que la edad de la persona es directamente proporcional al desarrollo de esta, en cuestión de infancia resulta más desarrollado un adolescente que un niño (hablando en sentido estricto).

Para efectos del desarrollo biológico del niño, se puede realizar una clasificación atendiendo al aspecto cronológico de la vida misma, es decir, para efectos prácticos del análisis que la investigadora propone realizar, resulta conveniente hacer una breve referencia a las etapas



de este periodo de la vida del ser humano, desde que nace, hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, que para el caso colombiano serían los 18 años. Esto debido a que el enfoque de la presente investigación está dirigido al niño, además de resultar en consonancia con lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 aprobada en Colombia por la Ley 12 de 1991, y que tiene por niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, “en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (art.1).

Siguiendo con lo propuesto, resulta conveniente señalar la primera etapa de la vida, la infancia, reconocida en el Código Civil colombiano en su artículo 34, donde se tiene como infante a todo niño que no ha cumplido siete años de edad, teniendo en cuenta que es posible realizar una subclasificación de esta categoría, señalando que hasta los seis años puede hablarse de “primera infancia”. Se comienza con la etapa del nacimiento que, de acuerdo al portal web *Crecer juntos*, es una etapa en la que el recién nacido no ha completado el desarrollo de algunas de sus funciones corporales, es una etapa de reconocimiento del mundo exterior, la “visión es algo borrosa y necesita una distancia de 30 cm. para poder ver y pone principal atención a los rostros y a las cosas con alto contraste” (s.f., párr. 1).

El nacimiento es una etapa en la cual los “niños y niñas emprenden una vertiginosa carrera que comienza en la indefensión del recién nacido hasta alcanzar el dinamismo de los tres años de edad “ (UNICEF, s.f., párr. 5). El recién nacido, conforme sigue creciendo, se sigue desarrollando, de ahí que en los primeros meses de vida vaya experimentando cambios biológicos, al primer mes de vida “empieza a explorar su cuerpo. Lo hace empezando por las extremidades, que son las partes que más ve. Ya sostiene la cabeza por más tiempo debido a que los músculos del cuello se están fortaleciendo” (*Crecer juntos a*, s.f., párr. 1).

A los 7 meses “adquiere mayor destreza [...]. todavía no puede recordar cosas por largos períodos de tiempo” (Crecer juntos *b*, s.f. párr. 3). A los 8 meses “algunos bebés ya se paran con ayuda y pueden sostenerse por unos minutos agarrados del borde del corralito, de un sofá o de una silla estable” (Crecer juntos *c*, s.f., párr. 2). A los 10 meses, el bebé “se sienta con las piernas totalmente extendidas y la espalda recta, manteniendo perfectamente el equilibrio. Gatea con seguridad usando sus manos y rodillas y mantiene la espalda paralela al piso” (Crecer juntos *d*, s.f., párr. 1). Al año, el bebé “abocará muchos esfuerzos a fortalecer sus piernas y mantener el equilibrio para poder caminar [...] algunos bebés caminan recién a los 15 meses de edad y eso no implica un retraso en su desarrollo” (Crecer juntos *e*, s.f., párr. 1).

Luego en una etapa un poco más tardía, de los 2 a los 6 años, cierra la primera infancia e inicia la fase durante la cual va a desarrollar un desarrollo cognitivo significativo, tanto es así que “el cerebro a los 6 años posee ya el tamaño que tendrá el resto de la vida, convirtiéndose en un período determinante para las posibilidades de desarrollo del individuo” (Consejo Nacional de Política Económica Social [CONPES], 2007, p. 4). Asimismo, con respecto a los dos primeros años de vida se dice que son “definitivos para el crecimiento físico, la nutrición, la interconexión neuronal así como para la vinculación afectiva con las figuras materna y paterna. [...] En este período, la lactancia materna es el alimento ideal para un adecuado desarrollo del cerebro; además de favorecer los vínculos entre el niño o la niña y la madre. (CONPES, 2007, p. 4 – 5).

En conclusión, la infancia y en particular la primera infancia, es una etapa que requiere especial atención, pues representa una fase que de una u otra forma repercutirá en las demás etapas de la vida, incluso en la edad adulta, por tanto, el niño requiere de un ambiente de amor, protección, esparcimiento y en general de factores propicios para lograr un desarrollo armónico, pleno e integral.

**2.1.1 Desarrollo histórico del concepto de infancia: de la Edad Antigua a la Modernidad.** Para comprender la variedad de cambios que históricamente ha sufrido el concepto de infancia en las principales civilizaciones antiguas y a lo largo de las edades históricas de la humanidad, se hará alusión al filósofo Heráclito (2015), quien sostiene que “ningún hombre puede cruzar el mismo río dos veces, porque ni el hombre ni el agua serán los mismos”, es decir, todo se encuentra en constante cambio; sea así o no, lo cierto es que el concepto de la infancia se ha asimilado de forma distinta a través de la historia, no siempre otorgando al niño la importancia que merece, es decir, este no siempre ha gozado de su condición privilegiada y mucho menos han sido sujetos de especial protección, como lo son actualmente.

De esta forma, podemos señalar cómo se concebía la infancia en distintos periodos históricos, tales como en la antigua Grecia y Roma, la Edad Media, el Renacimiento y los siglos XVIII, IX y XX. Empezando por la antigua Grecia, es válido afirmar que en este periodo se le dio cierta importancia al niño, sobre todo en lo concerniente a la educación, ya que “es en Grecia donde nace el concepto de educación liberal y de desarrollo "integral" de la persona (cuerpo-mente)” (Enesco, 2000, p. 1). Algunos filósofos como Aristóteles demuestran su interés por la educación “con el fin de contribuir a la formación de hombres libres. Habla de distintos periodos para la educación infantil” (Enesco, 2000., p.1); tal sería el caso de su libro *Política*, expresando que:

Hasta los 2 años (primer periodo) conviene ir endureciendo a los niños, acostumbrándoles a dificultades como el frío [...]. En el periodo subsiguiente, hasta la edad de 5 años, tiempo en que todavía no es bueno orientarlos a un estudio ni a trabajos coactivos a fin de que esto no impida el crecimiento, se les debe, no obstante, permitir bastante movimiento

para evitar la inactividad corporal; y este ejercicio puede obtenerse por varios sistemas, especialmente por el juego [...]. La mayoría de los juegos de la infancia deberían ser imitaciones de las ocupaciones serias de la edad futura. (Aristóteles, citado por Enesco, 2000, p.1)

Platón sugirió también la importancia de la educación en la infancia en su libro *La República* (trad. 1872) señalando: “Debemos, pues, según parece, vigilar ante todo a los forjadores de mitos y aceptar los creados por ellos cuando estén bien y rechazarlos cuando no; y convencer a las madres y ayas para que cuenten a los niños los mitos autorizados, moldeando de este modo sus almas por medio de las fábulas mejor todavía que sus cuerpos con las manos. Y habrá que rechazar la mayor parte de los que ahora cuentan (p. 57). En este aparte de su libro, el filósofo trata de explicar que los niños poseen la cualidad de ser moldeados fácilmente y que por ello solo deben recibir cierto tipo de enseñanzas, haciendo uso de la censura para aquellas historias que no se ajusten a los postulados por él planteados.

Como se puede ver, en la antigua Grecia se propendió por una educación integral, en la que participaban los niños, tanto varones como mujeres, sin embargo, es bien sabido que en esta civilización existía una profunda discriminación hacia la mujer, esta “es considerada inferior al hombre, por naturaleza, y su deber es obedecerlo” (Enesco, 2000, p. 1). Por lo anterior, se puede afirmar que la mujer se encontraba en una situación de inferioridad que se observaba incluso desde la educación en su infancia.

También podemos destacar lo que ocurría con los niños en Esparta, donde “los recién nacidos eran examinados para ver si tenían algún tipo de malformación o eran completamente aptos para prestar servicios a la ciudad. En el caso de que se localizara algún defecto físico eran

arrojados a un barranco [...]. Las niñas [...] eran obligadas a reprimir sus sentimientos y a endurecer su “corazón”. Su misión era engendrar hijos aptos para el desarrollo militar y ser la mujer de valerosos guerreros. (Antolín Tomás, et al., 2013, p.173). De esta forma se puede afirmar que la infancia no había adquirido un valor fundamental dentro de la sociedad, sino que por el contrario resultaba relegada ante otras necesidades.

En la antigua Roma el núcleo de la sociedad romana era la familia, y el control sobre esta institución básica lo ostentaba el *pater familias* (padre de familia), ya que tal como manifiesta Bustamante (2012), este era un “ciudadano independiente, *homo sui iuris*, bajo cuyo control estaban todos los bienes y todas las personas que pertenecían a la casa” (p. 140). Era tal el poder que recaía sobre el *pater familia* que este podía vender como esclavo o incluso disponer de la vida de cualquier miembro de la familia que estuviera bajo su potestad, incluyendo sus hijos. Tal facultad para disponer de la vida “subsistió desde el derecho antiguo y más o menos hasta el año 375 después de Cristo” (Echeverría Esquivel y Echeverría Acuña, 2010, p. 75).

Una autoridad y poder carentes de límites como los ejercidos por el *pater familias* suponen a su vez una falta de protección hacia la infancia, de manera que durante esta etapa de la historia romana el niño no goza del amparo que por su condición necesita. En este periodo de la historia, los cambios se evidencian principalmente porque “pierde relevancia la educación liberal y hay mucha menos atención a la educación física y el deporte” (Enesco, 2000, p. 1).

Destacamos de esta época que:

Solo accedían a la educación los ciudadanos libres. Hasta los 12 años, las escuelas eran mixtas y, a partir de esa edad, el destino de niños y niñas se separaba (como el de ricos y pobres). Sólo proseguían estudios los varones de familias acomodadas y,

excepcionalmente, alguna chica con un preceptor (ello dependía exclusivamente de la voluntad de su padre). Pero por lo general, el que la mujer estudiara filosofía o similares contenidos se consideraba una senda “peligrosa”, “próxima al “libertinaje”. (Enesco, s.f., p. 1).

En conclusión, el panorama resulta muy similar al griego en cuanto al trato y protección que se le da a la infancia, en donde sin duda lo que se observa es un escenario que social y jurídicamente no brinda las garantías suficientes al niño; no obstante, cabe resaltar la importancia que tiene la educación (a pesar de la discriminación con que se impartía) en estas dos sociedades. A pesar de que existen diferencias entre ambas civilizaciones en cuanto al objetivo, existe una notable similitud con respecto a que “la institución social más importante y la encargada de la educación era el Estado” (Enesco, 2000, p. 1) sobre todo por cuanto se promovió la formación del ser humano con base en un espíritu libre pensador, comenzando por la etapa más temprana del mismo.

En la Edad Media el concepto niño adopta otro significado al entendido durante la época anterior, de manera que este se concibe como un “ser perverso y corrupto que debe ser socializado, redimido mediante la disciplina y el castigo.” (Enesco, 2000, p. 2). La institución dominante fue la Iglesia Católica, y era esta quien establecía los dogmas en la sociedad. El concepto de niño adopta un sentido despectivo ya que de acuerdo a Delval (2008), la infancia era entendida como “una etapa peligrosa, ya que habíamos nacido con el pecado original y solo mediante nuestras obras podíamos librarnos completamente de él (p. 24).

Como personaje representativo de la Iglesia Católica de aquel periodo se puede encontrar al teólogo y filósofo Tomás de Aquino, quien consideraba que "sólo el tiempo puede curar de la niñez, y de sus imperfecciones" (Enesco, 2000, p.2). Se puede reflejar entonces el carácter negativo mediante el cual se definía ser niño.

En esta edad de la historia desaparece por completo la idea de educación liberal. No se trata ya de formar a "librepensadores", sino que el objetivo de la educación es preparar al niño para servir a Dios, a la Iglesia y a sus representantes, con un sometimiento completo a la autoridad de la Iglesia. "Se elimina la educación física ya que se considera que el cuerpo es fuente de pecado [...]. Sólo acceden a la educación algunos varones, no las mujeres" (Enesco, 2000, pp. 1 – 2). Cabe destacar, que durante esta época existía una alta tasa de mortalidad infantil y se dice que solo uno de cada dos niños superaba los primeros años de vida, además de que estos eran utilizados como mano de obra.

De lo anterior se puede concluir que es evidente el cambio en la mentalidad de la sociedad, puesto que los postulados cristianos y sobre todo la Iglesia Católica, ejercieron la mayor influencia sobre este periodo histórico. Con respecto al niño, tal como se mencionó, tenía una connotación eminentemente negativa, relacionada principalmente con la idea del pecado original y en últimas no existía un interés prevalente sobre la infancia.

Durante el Renacimiento se presenta un cambio cultural y científico de la Europa occidental. Es un movimiento durante el cual el teocentrismo fue sustituido por el antropocentrismo y con ello emana una transformación en la mentalidad de la sociedad e indefectiblemente se adopta una nueva visión de la infancia. Durante el Renacimiento "se produce un auge de las observaciones de niños que revelan un nuevo interés por el desarrollo

infantil” (Enesco, 2000, p. 2). Autores como Erasmo de Rotterdam, revelaron interés por la educación y por cómo esta debía impartirse a la infancia, establecía los métodos por los cuales debía enseñarse el latín y el cristianismo siendo más amables con los niños: “el latín elemental y el cristianismo básico han de enseñarse en el hogar antes de empezar el bachillerato formal a los siete años [...]. También es avanzada su defensa de la educación física, su crítica a la disciplina severa y su insistencia en despertar el interés de los alumnos” (El Portal de la Palabra, s.f., párr. 2).

Comenius, creador del texto *Orbis pictus u Orbis sensualium pictus* (El mundo en imágenes), “obra revolucionaria y verdadera enciclopedia original e ilustrada de los conocimientos humanos de principios del siglo XVII” (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura [UNESCO], 1957, p. 8), es considerado el primer libro de dibujos para niños (Morrison, 2005, p. 59). Comenius era un notable pedagogo, que además defendió ideas como la escolarización obligatoria hasta los 12 años, el papel de la madre como primera educadora y las ventajas de la enseñanza elemental en lengua materna, no en latín (Enesco, 2000, p. 2).

Por su parte el humanista, filósofo y pedagogo español Juan Luis Vives, expresó su preocupación por “la evolución del niño, por las diferencias individuales, por la educación de “anormales”, y por la necesidad de “adaptación de la educación a los distintos casos y niveles” (Enesco, 2000, p. 2).

Acorde con los cambios suscitados en este periodo histórico surgen las ideas del filósofo y médico inglés John Locke, el cual propuso la idea (entre otras) de la tabula rasa, que básicamente señala que son las experiencias las que van dando forma a las personas, luego



entonces, los niños no nacen malos o buenos, sino que eso dependerá de las experiencias que reciban; de allí su preocupación por la educación desde temprano. Lo anterior, se puede concluir a partir de la siguiente afirmación realizada por el citado autor:

Pienso que puede afirmarse que todos los hombres con que tropezamos, nueve partes de diez son lo que son, buenos o malos, útiles o inútiles, por la educación que han recibido. Esta es la causa de la gran diferencia entre los hombres. Las menores y más insensibles impresiones que recibimos en nuestra más tierna infancia tienen consecuencias muy importantes y duraderas (Locke [1986], citado por Gallo, 2006, p. 7).

Ciertamente se produjo un cambio en la mentalidad de la sociedad durante el Renacimiento, se retomaron de las ideas clásicas de una educación integral, aspectos como la educación física nuevamente adquirieron relevancia, se adoptó una visión mucho menos discriminatoria que en la Edad Media e incluso que la misma época clásica, las ideas empiristas dieron lugar a tesis (entre otras) como la tabula rasa, se adaptó de la educación a los niños gracias a pensadores como Erasmo, y en general se visionó al hombre de otra manera. Se produjo entonces un desarrollo notorio en cuanto a las ideas del hombre, lo que indefectiblemente repercutió positivamente en la infancia.

Ya en el siglo XVIII es conocido como el “siglo de las luces”, época durante la cual germinaron grandes pensadores como Rousseau, quien indiscutiblemente demostró un interés especial por los niños, prueba de esto se refleja en su obra *Émile ou de l'éducation* (Emilio o de la educación), que contiene principios básicos sobre la educación y donde encontramos apartados dedicados a los niños, en lo que podemos destacar su postura frente al hombre y en últimas frente a la infancia. Y es que Rousseau señaló que “el ser humano es naturalmente bueno y la sociedad

le corrompe” (Rousseau, 1985, p. 20), de allí que contrario a la teoría sostenida por Locke, que manifiesta que la naturaleza del hombre depende de las experiencias, para Rousseau el hombre nace bueno. Este escritor, filósofo, músico, botánico y naturalista franco-helvético, defiende con vigor que toda educación debe adaptarse al nivel del niño, destaca la importancia de la acción y experiencia, y no solo de la palabra, para adquirir el conocimiento. De igual forma critica las prácticas instructivas excesivamente memorísticas. Con igual orientación Rousseau afirmó que el niño es un ser con características propias, y que la educación debe ser obligatoria y debe incluir a la mujer, tal como manifiesta Enesco (2000).

Un aspecto curioso que se puede hallar en muchos de estos pensadores es que a pesar de que plantearon ideas revolucionarias para su época, no terminaban de quebrar el yugo de la influencia de su entorno y acababan defendiendo doctrinas que hoy día, resultarían reprochables por lo menos desde la óptica de la mayoría de los sistemas jurídicos vigentes (hablando específicamente, y para el caso concreto, de discriminación sexual). En el caso de Rousseau (1985), se encuentran rasgos evidentes de sexismo, deducidos verbigracia a partir de mensajes contenidos en su obra, Emilio, en este texto este influyente pensador expresó lo siguiente:

Desde que se ha demostrado de una vez no están ni deben estar constituidos de lo mismo, de carácter ni de temperamento, se desprende que no deben tener la misma educación [...]. La mujer y el hombre están hechos el uno para el otro, pero no es igual su mutua dependencia: los hombres dependen de las mujeres por sus deseos; las mujeres dependen de los hombres por sus deseos y por sus necesidades; subsistiremos mucho más sin ellas que ellas sin nosotros. [...] La primera y más importante cualidad de una mujer es la dulzura: formada para obedecer a un ser tan imperfecto como el hombre, con frecuencia tan lleno de vicios y siempre tan lleno de defectos, debe aprender con anticipación a

sufrir incluso la injusticia y a soportar las sinrazones de un marido sin quejarse. [...] La mujer está hecha para someterse al hombre y para soportar incluso su injusticia. (pp. 418 – 458).

De lo anterior, se podría discernir que el interés que emana de Rousseau hacia la educación pareciera perder credibilidad cuando se analiza la discriminación que permea sus planteamientos, no obstante, cabe resaltar que ese era el contexto social y cultural, y que este siempre ejerce presión sobre los individuos, por lo que no se puede desconocer todos los aspectos positivos y revolucionarios que en efecto se hallan en los postulados de este trascendental escritor.

Otro ilustre intelectual que corresponde a este periodo (siglos XVIII y XIX), es el pedagogo alemán Friedrich Fröbel, quien vivió entre los años 1782 y 1852, y conocido en los países hispano parlantes con el nombre de Federico Froebel; su mayor aporte fue la idea del "kindergarten" (escuela preescolar) (Enesco, 2000, p. 3), aunque de igual forma podemos destacar otros planteamientos como “la continuidad educativa entre escuela-hogar-comunidad, la importancia del juego infantil para su desarrollo y la necesidad de interacción y contacto entre padres e hijos” (p. 3).

Realmente en los siglos XVII y XIX abundan las observaciones realizadas a los niños, y a su vez estas resultan cada vez más sistemáticas. Es notable el trabajo realizado por pedagogos, filósofos y académicos; como los mencionados anteriormente (Rousseau y Froebel), aunque no podemos descartar los aportes realizados, por ejemplo, por el psicólogo de nacimiento inglés, William Thierry Preyer, quien desarrolló obras sobre psicología evolutiva como *Die Seele des Kindes*, que traducido al español sería “El alma del niño”; o el caso del pedagogo suizo Enrique

Pestalozzi (1819), quien destacó, entre muchas otras cosas, que la madre debe “convertirse en el agente principal en el desenvolvimiento del niño” (Enesco 2000, p. 4), refiriéndose a la labor educativa que aquella debe llevar, y pidiendo como requisito de esta enseñanza un “amor reflexivo”. Esto solo por mencionar algunos de los pensadores más influyentes de la época.

Con todo, y como aún persiste en nuestros días, no existe unanimidad en el concepto que se tiene sobre el niño en aquella etapa de la historia, la discordancia en cuanto a la adopción de un modelo educativo se evidenciaba entre la Europa continental por un lado, y Estados Unidos e Inglaterra por el otro, ya que mientras en la primera “persiste la influencia del pensamiento de Rousseau que defiende la bondad natural del niño y la idea de una educación permisiva” (Enesco, 2000, p. 3), en EEUU e Inglaterra, “es la tradición calvinista la más influyente: el niño debe ser reformado mediante una educación autoritaria que haga uso del castigo físico y público” (p. 3).

En lo que respecta al niño, durante el siglo de las luces (siglo XVIII) y el siglo XIX, se evidencia un notable cambio de la mentalidad de la sociedad, que trajo como consecuencia la adopción de una concepción bondadosa y noble del niño, esto con base en las ideas de Rousseau (preponderantes durante la época), a su vez, y como antes se señaló, el desarrollo de estudios que tuvieron como objeto la infancia, fue amplio, y en su mayoría dirigidos hacia cómo debía impartirse la educación hacia estos. De la misma forma podemos observar que aún persistían las ideas sexistas (aunque un tanto mermadas) y que ocupaban un lugar casi inexorable en las obras de muchos de los pensadores más influyentes de este periodo de la historia, con todo, el avance, resulta significativo, y se va marcando aún más la orientación global de las ideas que se tienen en relación con el niño, el cual, no es si no, brindarles la importancia que merecen, y buscar la protección que necesitan.

### **2.1.2 El niño en el siglo XX. El inicio de la internacionalización de sus derechos.**

Durante el siglo XX, la preocupación por la infancia adopta una perspectiva más globalizada, fue en el año 1924 cuando “la Liga de las Naciones aprueba la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño” (UNICEF, s.f., p. 1), la cual posee un corto, aunque significativo contenido, cuyo contenido reconoce:

Primero. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente, desde el punto de vista material y espiritual.

Segundo. El niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser atendido, el niño deficiente debe ser ayudado, el niño desadaptado debe ser radicado, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.

Tercero. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.

Cuarto. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.

Quinto. El niño debe ser educado inculcándose el sentido del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo. (SDN, 1924, p. 1 – 2)

De esta forma, se pueden observar cinco principios que buscan concientizar a la comunidad internacional acerca de la importancia que la infancia representa para toda la humanidad. Se establecieron cinco principios elementales en relación con el niño, todo en búsqueda de promoverles una mejor calidad de vida.

El siglo XX fue sinónimo de proliferación de instrumentos de derecho internacional a favor de la infancia, por cuanto el trabajo no finalizó con la aprobación de la Declaración de Ginebra de 1924, sino que, en el mismo sentido, en 1948 se aprobó por parte de la Asamblea

General de las Naciones Unidas la Declaración de Derechos Humanos, en lo que podemos resaltar el numeral segundo de su artículo 25, que señala que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social” (ONU, 1948, art. 25.2).

En la misma orientación se podrían mencionar los siguientes instrumentos de derecho internacional que tienen su origen en el siglo XX: la Declaración de los Derechos del Niño (1959); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); el Convenio No. 138 sobre la edad mínima de admisión al empleo, que establece los 18 años como la edad mínima para realizar todo trabajo que pueda ser peligroso para la salud, la seguridad o la moral de un individuo; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); la Convención sobre los Derechos del Niño (1989); la Declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño, junto a un plan de acción para ponerla en práctica en el decenio de 1990 (1990); el Convenio No. 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación (1999), entrando en vigor el diecinueve de noviembre del año 2000, y por último, la aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de dos Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño: uno sobre la participación de los niños en los conflictos armados y el otro sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, ambos del año 2000.

Sea que aquellas normas de derecho internacional tuviesen como objeto principal o no a la infancia, lo cierto es que de ellas derivó un impacto positivo hacia los niños, pues, desde lo normativo, el derecho internacional e inclusive el derecho interno, realizaron un aporte a la protección de la infancia, otorgándole derechos inalienables y garantías a su favor.

**2.1.3 La constitucionalización del niño en Colombia.** La Constitución Política de 1991 trajo consigo la transición de Estado de derecho a Estado social de derecho, lo que implicó una evolución del concepto del Estado mismo, al respecto afirma la Corte Constitucional:

La acepción Estado de derecho se refiere a que la actividad del Estado está regida por las normas jurídicas, es decir, que se ciñe al derecho. La norma jurídica fundamental es la Constitución, lo cual implica que toda la actividad del Estado debe realizarse dentro del marco de la última. En esta situación se habla entonces de Estado constitucional de derecho.

Con el término social se señala que la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de este que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales. (1998, Sentencia SU – 747)

De esta forma el Estado no solo se ciñe al derecho, incluso bajo el marco de la Constitución, sino que esta última debe estar dirigida a garantizar condiciones de vida dignidad para los asociados. Resulta acorde con este postulado que, la carta magna establezca preceptos que garanticen igualdad material para todos los integrantes del Estado, y en efecto así lo estableció el constituyente.

Prueba fehaciente de la voluntad del constituyente, de promover la igualdad no solo formal, sino material, se encuentra en el artículo 13 superior, el cual señala:

Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (Constitución, 1991, art. 13)

El Estado vio la necesidad de elevar a rango constitucional aquella norma, y de señalar de manera expresa el principio de igualdad material, pero la constitución no solo establece dicho principio, sino que crea prerrogativas específicamente en favor de la infancia, y es que resulta apenas lógico, si se tiene que cuenta que esta población es ciertamente vulnerable, tal como se expuso con antelación.

Dentro de las citadas normas específicas se pueden encontrar, por ejemplo, los artículos 44 y 45. El primero, haciendo alusión a los derechos, señala:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos



riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos.

Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. (Constitución Política, 1991, art. 44

Seguidamente el artículo 45 constitucional, remite a la protección que se debe a la adolescencia, de la siguiente manera:

El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud. (Constitución Política, 1991, art. 45)

De esta forma, y tal como se puede ver en la carta política colombiana de 1991, el niño queda protegido expresamente en dicha norma fundamental. Adquiere una garantía normativa evidente, toda vez que en favor de ellos se consagran múltiples derechos específicos y además se les resguarda con los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. Incluso si se realiza el análisis de la norma hasta este aparte, se puede afirmar su condición privilegiada en relación con los demás asociados; sin embargo, el artículo 44 deja claro el carácter prevalente que reviste a los

derechos de los niños, esto cuando señala que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

El Congreso de la República a través de la Ley 1098 de 2006, expidió el Código de la Infancia y la adolescencia (CIA), el cual derogó el Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor). Mediante Ley 1098 de 2006 se buscó generar un nuevo concepto de los niños (hablando en un sentido amplio), de tal forma que la norma expresa que “son sujetos titulares de derechos todas las personas menores de 18 años” (art. 3).

Ser titular de derecho, o más concretamente ser “sujetos de derecho” tal como lo señala el CIA en su artículo 7, implica una nueva forma de ver al menor de edad, esto en virtud del principio de interés superior, que inicialmente emanó de la constitución política en su artículo 44, y con la llegada de este código se reafirmó, en el sentido de ser desarrollado legalmente.

La Ley de la Infancia y la Adolescencia establece la definición de niño y adolescente, señalando que “se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y los 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad” (Ley 1098, 2006, art. 3). Esta distinción antes de ser arbitraria es por el contrario apropiado y acorde con los postulados de la Constitución Política de 1991, esto por cuanto que la norma fundamental determinó entre sus disposiciones esta clasificación. Adicional a esto, la carta magna establece los derechos de estos, al determinar: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física [...]” (Constitución Política, 1991, art. 44), y por el otro, en su artículo 45 señaló: “El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral” (Constitución Política, 1991, art. 45). De esta forma el CIA lo que hizo fue reconocer la distinción realizada previamente por la carta magna.

Ahora bien, necesariamente surge la duda respecto del tratamiento jurídico que ha de recibir (con base en la Ley 1098 de 2006) un niño y un adolescente, más si se tiene en cuenta que no obstante la clasificación existente, ambas categorías presentan un punto en común, pues son en cualquier caso menores de 18 años de edad. De responderse afirmativamente, es decir, que en efecto un niño y un adolescente deban ser tratados de forma distinta, jurídicamente hablando, y en el contexto normativo en mención, surgiría otro interrogante y es: ¿Tienen los niños y los adolescentes colombianos, los mismos derechos?

En primer lugar, para abordar la primera problemática (en cuanto al tratamiento diferenciado o no), resulta ineludible traer a colación lo que la Corte Constitucional ha mencionado al respecto:

Las definiciones de niño o niña, como la persona entre cero y los 12 años de edad, y de adolescente, como la persona entre los 12 y los 18 años de edad, no privan a los adolescentes de la protección especial que les brindan la Constitución colombiana y la Convención sobre los Derechos del Niño, en armonía con otros instrumentos internacionales, y en cambio son definiciones necesarias en la regulación legal sobre la protección de los menores, que permiten determinar los marcos respectivos para el diseño y la ejecución de los planes y programas sobre los niños en sentido estricto o restringido y sobre los adolescentes. (Corte Constitucional, 2008, Sentencia C-740).

De esta manera, se observa que tal como lo señala la honorable Corte Constitucional, dichas definiciones son necesarias para la determinación de marcos relativos al diseño y ejecución de planes y programas dirigidos a niños y adolescentes, por tanto, tendremos que decir que el tratamiento es necesariamente diferenciado, esto debido a que ciertamente las diferencias

de edades suponen un mayor o menor grado de desarrollo, lo que se traduce en que el proceder del menor atiende al factor cronológico, así como que el tratamiento hacia el mismo, resultará más efectivo si se tiene en cuenta dicho factor.

Es así, como el Código de la Infancia y la Adolescencia establece medidas diferenciadas según la edad que tenga el niño, por ejemplo, tratándose de responsabilidad penal para adolescentes, la ley establece una exclusión de responsabilidad que obedece al criterio de la edad, y es que:

Sin perjuicio de la responsabilidad civil de los padres o representantes legales, así como la responsabilidad penal consagrada en el numeral 2 del artículo 25 del Código Penal, las personas menores de catorce (14) años, no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible. La persona menor de catorce (14) años deberá ser entregada inmediatamente por la policía de infancia y adolescencia ante la autoridad competente para la verificación de la garantía de sus derechos de acuerdo con lo establecido en esta ley. La policía procederá a su identificación y a la recolección de los datos de la conducta punible. (Ley 1098, 2006, Art. 142)

Se observa que la ley excluye de responsabilidad penal a los menores de catorce años, lo que en términos estrictos corresponde a la totalidad de la categoría niño, es decir, entre los 0 y 12 años, y una parte de la categoría adolescente, es decir, aquella correspondiente a los mayores de 12 y menores de 14 años. Pero la ley no deja sin solución jurídica a los excluidos del sistema de responsabilidad penal para adolescentes, puesto que plantea que:

Cuando una persona menor de catorce (14) años incurra en la comisión de un delito sólo se le aplicarán medidas de verificación de la garantía de derechos, de su restablecimiento y deberán vincularse a procesos de educación y de protección dentro del Sistema Nacional de Bienestar Familiar, los cuales observarán todas las garantías propias del debido proceso y el derecho de defensa. (Ley 1098, 2006, Art. 143)

De manera que los menores de catorce años que han incurrido en la comisión de un delito solo pueden ser vinculados a procesos de educación y protección, por lo que la naturaleza de la medida adoptada se torna ante todo pedagógica. Cabe destacar que el “ICBF establecerá los lineamientos técnicos para los programas especiales de protección y restablecimiento de derechos, destinados a la atención de los niños, niñas o adolescentes menores de catorce (14) años que han cometido delitos”. (Ley 1098, 2006, Art. 143)

En el mismo sentido se puede observar que tratándose de la materia laboral, también existen afortunadas diferencias en cuanto al trato brindado a los menores según la edad que estos tengan. Es el caso de lo señalado en relación con la jornada de trabajo, al respecto vemos que:

La duración máxima de la jornada laboral de los adolescentes autorizados para trabajar se sujetará a las siguientes reglas:

1. Los adolescentes mayores de 15 y menores de 17 años, sólo podrán trabajar en jornada diurna máxima de seis horas diarias y treinta horas a la semana y hasta las 6:00 de la tarde.
2. Los adolescentes mayores de diecisiete (17) años, sólo podrán trabajar en una jornada máxima de ocho horas diarias y 40 horas a la semana y hasta las 8:00 de la noche. (Ley 1098, 2006, Art. 114)

Nuevamente, la ley ofrece tratamientos jurídicos distintos los cuales no resultan arbitrarios, sino como antes se mencionó, resultan necesarios toda vez que no podemos desconocer las diferencias que la edad trae consigo.

No obstante lo anterior, resulta desacertado desconocer que a pesar de que la Ley de Infancia y Adolescencia estableció la diferenciación del menor en las categorías de niño y adolescente, esto no implica en ninguna forma de que los últimos no gocen de los mismos derechos, pues tal como se pudo observar en el aparte traído a colación con anterioridad, dichas definiciones “no privan a los adolescentes de la protección especial que les brindan la Constitución colombiana y la Convención sobre los Derechos del Niño, en armonía con otros instrumentos internacionales” (Corte Constitucional, 2008, Sentencia C-740). Con esto, se abre el telón de lo que sería la respuesta a la segunda problemática planteada, y es que de hecho la Corte a través de una interpretación del artículo 44 superior, concluyó que:

En relación con la protección constitucional a los adolescentes, la Corte Constitucional ha considerado que ellos están comprendidos en el concepto amplio de “niños” de que trata el Artículo 44 de la Constitución y por tanto gozan de protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado y son titulares de los derechos fundamentales en él consagrados, que prevalecen sobre los derechos de los demás. En este sentido ha señalado que la distinción constitucional entre niños y adolescentes no tiene como finalidad otorgar a estos últimos distinta protección, sino otorgarles participación en los organismos públicos y privados que adopten decisiones que les conciernen, teniendo en cuenta su mayor grado de desarrollo respecto de los primeros. (Corte Constitucional, 2008, Sentencia C-740)

La Corte adopta una posición garantista en favor de los adolescentes, señalando que estos se encuentran inmersos en el concepto amplio de *niños*, y que por tanto gozan de los mismos derechos, y en la misma forma prevalente. Por tanto, se puede decir conforme a lo mencionado, que los adolescentes no solo tienen los mismos derechos que los niños (en sentido estricto), sino que a vez son titulares de otros derechos de carácter político, esto en razón a su mayor grado de desarrollo respecto de los primeros.

## **2.2 Evolución legal del niño y sus derechos**

Actualmente los componentes sociales que rodean a la comunidad son diversos, sus necesidades se encuentran en constante cambio, razón por la cual la posición de los niños dentro del ordenamiento jurídico ha sufrido significativos avances. En consideración a que el ser humano es un ser sociable por naturaleza, y que, a partir de esta característica esencial y vital, se estructurará el ordenamiento jurídico y la sociedad como tal. En razón a su carácter social se ejecutará y edificará el sistema jurídico vigente, en aras de garantizar una normal y efectiva interrelación entre los individuos que residen en determinado territorio. Así las cosas, el ordenamiento jurídico es constantemente modificado, fundamentado en las necesidades, cambios ideológicos y nuevas problemáticas que se generan dentro de la población.

En consecuencia, en esta sección se procederá a revisar el tratamiento jurídico del niño, en un breve recuento histórico normativo, de esta manera se generarán cimientos conceptuales sólidos para la estructuración y análisis crítico de la evolución del concepto, como elemento fundamental de la presente tesis doctoral.

**2.2.1 Declaración de Ginebra de 1924 sobre los derechos del niño.** Inicialmente en el plano internacional con la Declaración de Ginebra de 1924 que se constituye en un texto histórico que reconoce y afirma, por primera vez, la existencia de derechos específicos para los niños y las niñas, pero sobre todo la responsabilidad de los adultos hacia ellos.

El 23 de febrero de 1923, la Alianza Internacional Save the Children adoptó en su IV Congreso General, la primera Declaración de los Derechos del Niño, que luego fue ratificada por el V Congreso General el 28 de febrero de 1924. En 1923, Save the Children formuló la declaración, y la envió a la Sociedad de Naciones (SDN) y finalmente fue adoptada en diciembre de 1924 por esta última en su V Asamblea, tal como se consigna más abajo. Eglantyne Jebb envió este texto a la SDN que estaba “convencida de que se deben exigir ciertos derechos para la infancia y trabajar en pro de un reconocimiento general de estos derechos”. (Humanium, s.f.a., párr. 3).

Es así como, la Declaración de Ginebra de 1924 consagró el principio de interés superior, basado en el criterio de la protección especial que merecen los niños, niñas y adolescentes en cinco cortos, sencillos, pero contundentes artículos, consagrando además que “la humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle” (preámbulo).

**2.2.2 En la declaración universal de los Derechos Humanos de 1948.** Establece el artículo 25 numeral 2 de este instrumento internacional que, “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.



**2.2.3 En la Declaración de los derechos del niño de 1959.** Después de que la Sociedad de Naciones aprobara la Declaración de Ginebra de 1924, por primera vez quedó establecido un documento que “reconocía y afirmaba la existencia de derechos específicos de los niños, así como la responsabilidad de los adultos hacia ellos” (Humanium, s.f., párr. 1). Luego de la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, se dijo que la Declaración de Ginebra tenía algunas deficiencias que debían ser modificadas. Fue así como a raíz de esto, varios Estados miembros de la ONU decidieron elaborar una segunda Declaración de los Derechos del Niño, basándose nuevamente en la premisa que la humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle.

El 20 de noviembre de 1959, se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño de manera unánime por todos los 78 Estados miembros de la ONU. Esta fue adoptada y aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su resolución 1386 (XIV) en la Resolución 1386 (XIV). (Humanium, s.f., párr. 5)

En este orden de ideas, cabe resaltar la manera cómo el Principio del interés superior de los niños fue establecido en esta Declaración desde su Preámbulo:

Considerando que el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.

Considerando que la necesidad de esa protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y reconocida por la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en los convenios constitutivos de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el

bienestar del niño, Considerando que la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle [...]. (Declaración de los Derechos del Niño, 1959, preámbulo)

Además, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 en su segundo principio estableció:

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se atenderá será el interés superior del niño. (Declaración de los Derechos del Niño, 1959, principio 2)

La Declaración de los Derechos del Niño de 1959 establece total diez (10) principios:

1. El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad.
2. El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño.
3. El derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento.
4. El derecho a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados.
5. El derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.
6. El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad.
7. El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita.
8. El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia.
9. El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y

explotación.

10. El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal. (Humanium, s.f., párr. 9)

Se observa , en la lectura de estos principios, que el interés superior del niño está relacionado con el que alude a la protección especial debido a su falta de madurez física y mental. Concepto que no se manejaba en la Antigua Grecia y en la antigua Roma, donde “el niño no existía como individuo, ya que se le consideraba un pequeño hombre desprovisto del habla” (Sánchez, 2011, p. 94). Es así, por ejemplo, como en el libro *Ética a Nicómaco*, al cual alude Mayra Sánchez Rodríguez (2011), Aristóteles compara al niño con los animales, porque no tiene libertad de actuar según la razón: “El alma del niño no es diferente a la de las bestias” (p. 94). Negando así la existencia legal y física del niño; lo que hace pensar que debido a la incapacidad que este tiene para contraer obligaciones, tampoco le permitía tener derechos.

Sin embargo, durante el siglo XX surge un interés particular por los derechos de la infancia, y es así como la sociedad y la comunidad internacional empieza a hacer presencia en las nuevas realidades de los niños, niñas y adolescentes, a través de textos universales y con poder vinculante para todos los países. Entonces, la mirada hacia la infancia se vuelve urgente, y se torna en una decisión política. Es precisamente por esa incapacidad, por ese estado de indefensión, por el que se dice que con mayor razón los derechos de los niños deben ser protegidos y prevalecer por encima de los derechos de los demás. Por último, “el niño es reconocido universalmente como un ser humano que debe ser capaz de desarrollarse física, mental, social, moral y espiritualmente con libertad y dignidad”. (Declaración de los Derechos del Niño, 1959)

**2.2.4 El Pacto internacional de derechos civiles y políticos de 1966.** El Pacto es adaptado y ratificado por la Asamblea General del 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Este contempla 53 artículos dedicados a la responsabilidad que debe asumir cada Estado parte al ser humano y al reconocimiento de su personalidad jurídica, a garantizar los derechos y las libertades de las personas y a cumplir lo enunciado en la Carta de las Naciones Unidas, sus principios, justicia, libertad y paz en el mundo.

En su artículo 24 trata de los derechos de los niños en tres numerales, iniciando con la no discriminación, con la inscripción de su nombre al nacimiento y con su derecho a la nacionalidad. En la no discriminación, vale la pena resaltar que los motivos no podrán ser la raza, el idioma, el sexo, la religión, el origen, la posición económica o las medidas de protección que por su condición requiera, ya sea por parte de la familia, la sociedad o el Estado.

En este sentido, el artículo establece:

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.
2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Político, 1966, artículo 24)

**2.2.5 En la Convención Americana sobre Derechos Humanos. (Pacto de San José de Costa Rica de 1969).** En esta convención, el avance radica en la protección de los derechos civiles y políticos, incluyendo los de los niños. Dentro de los bienes jurídicos tutelables que se protegen, se encuentran la honra y dignidad, libertad de conciencia y religión, libertad de pensamiento y de expresión, a la reunión, derecho al nombre, derecho a la nacionalidad, protección judicial, entre otros.

El seguimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes, estará a cargo de la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Convención regula la Comisión, en lo relacionado con los requisitos, las funciones, la competencia, el procedimiento, la organización y unas disposiciones comunes; y finalmente, la firma, el protocolo y la denuncia de la Convención.

Específicamente para la protección del niño, la Convención dedica un artículo a los derechos del niño, indicando que deben definirse las medidas de protección que favorezcan de mejor manera cada caso, para lo cual exige la participación de la familia, la sociedad y el Estado. Lo que en la actualidad pudiera relacionarse con el principio consagrado en la Ley de Infancia de la Corresponsabilidad, que no es otra cosa que la responsabilidad compartida para responder de manera más efectiva en el reconocimiento de sus derechos.

A continuación, se transcribe el artículo que contempla lo relativo a los derechos del niño, y que se relaciona con las medidas de protección que se deben dar conforme a la situación que cada caso requiera, ya que establece en su artículo 19 los derechos del niño, manifestando que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 19).

Una de las medidas que deben adoptar los Estados Partes con este Pacto, es la reducción de la mortalidad y la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños, lo que hoy día constituye uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, hoy Objetivos de Desarrollo Sostenible (2015-2030).

**2.2.6 En la Convención Internacional de los Derechos del Niño de 1989.** En el año de 1989 Colombia, al igual que más de ciento cincuenta países, firman la Convención Internacional de los Derechos del Niño, donde se estableció que los Estados partes se comprometen a cumplir, además de adecuar su marco normativo a los principios señalados en la Convención y a destinar todos los esfuerzos necesarios para que cada niño disfrute de sus derechos. Es de resaltar como uno de sus principios universales, el principio del interés superior del niño es convertido en un instrumento jurídico para el universo de la infancia, como lo define el artículo tercero de dicha Convención: “Todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su interés superior. Corresponde al Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo” (Convención Internacional de los Derechos del Niño, 1989, art. 3).

Para esa época ya existía el antecedente en las Naciones Unidas, cuando en 1959 se aprobó una Declaración de los Derechos del Niño que incluía 10 Principios, los que fueron insuficientes ya que no eran obligatorios para los Estados partes.

Así mismo, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 define el término *niño* así: “Un niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (UNICEF, 2002, p. 2).

En el año 1991 se inicia en el país una transformación al ratificar la Convención de los derechos de la infancia, constituyéndose en muestra de sensibilidad hacia el niño, situación que, a nivel interno, presiona al Congreso para que se realice la expedición de un código que regulara de manera más eficaz la situación de miles de niños que requerían, se resolviera su situación legal dadas las condiciones de vulneración de sus derechos, sin contar con una reglamentación normativa suficiente, clara, ágil y decidida por su impostergable condición de prevalencia.

Es necesario decir que, en cuanto al concepto niño, el Diccionario de la Real Academia Española, lo define como:

Persona que cuenta con poca edad, y que aún se encuentra viviendo en la etapa desde el nacimiento hasta la edad de la adolescencia, la cual se define como la etapa que sucede a la niñez y que puede notarse a los 4 primeros indicios de la pubertad. Considerándose desde esta etapa hasta llegar a ser un adulto. (RAE, 2001)

Se debe resaltar que la Real Academia Española involucra inicialmente para definir al niño el concepto de persona, el cual es para el derecho colombiano, de acuerdo al artículo 74 del Código Civil todos los individuos de la especie humana sin importar su edad, sexo, estirpe o condición. Lo que significa no considerar ningún nivel social, individual, ni familiar. Manifiesta en su definición la citada Academia, que esa persona (el niño) cuenta con poca edad y que se encuentra viviendo desde el nacimiento hasta la edad de la adolescencia, es decir, la que va de la niñez hasta la pubertad.

Hoy día, el concepto de niño se identifica en la definición de infancia como etapa evolutiva del ser humano que va de 0 a 12 años, edad en donde comienza la adolescencia. Dicha infancia a su vez se divide en primera infancia, siendo esta prevalente ya que va desde el mismo

momento en que está en el vientre materno hasta los primeros 6 años de vida, por lo que es considerada como la etapa fundamental del ser humano donde se desarrolla integralmente su potencial, en sus aspectos cognitivo, cultural y social que redundarán durante toda su vida.

**2.2.7 En el Código del Menor, Decreto 2737 de 1989.** En el año de 1989 se expide en Colombia el Código del Menor (Decreto 2737), pero realmente en su contenido se omitió el principio del interés superior. Por primera vez en nuestra legislación se establecieron normas y procedimientos ágiles, claros, con competencias y enfocados en atender niños y niñas que se encontraran en situaciones irregulares. Dichas situaciones se encontraban descritas taxativamente, ya que hasta ese momento carecían de un manejo eficaz y efectivo en relación a la defensa de los derechos de la infancia. Cabe destacar, que se señalaron siete situaciones irregulares en las que pudiera encontrarse un menor de edad, tales como el abandono, el maltrato infantil, la explotación sexual, explotación laboral, poner en peligro su patrimonio, etc.

**2.2.8 En la Constitución Nacional de 1991.** En Colombia, a partir de la expedición de la Constitución de 1991, es cuando los niños, niñas y adolescentes alcanzan la categoría de ser sujetos de derechos, es decir, los convierte en una población de especial protección constitucional. Específicamente en el artículo 44 de la referida Constitución Nacional es donde se definen sus derechos, se exaltan sus calidades de prevalentes y se establece la obligatoriedad y la impostergabilidad de su cumplimiento.

Está claro que, en Colombia había la necesidad para las autoridades judiciales, administrativas y policivas y para los colombianos en general, de describir taxativamente cada uno de los derechos fundamentales de los niños. Así lo describe el tratadista Aroldo Quiroz Monsalvo (1998) cuando dice:



El bienestar de la infancia es una de las causas de la sociedad tanto doméstica como política y el Estado, por ello la integridad física moral, intelectual de la niñez y la garantía de la plenitud de sus derechos, son, en estricto sentido, asunto de interés general. Son fin del sistema jurídico y no hay ningún medio que permita la excepción del fin. (p. 91)

Es entonces, un ejemplo cómo a partir de la Constitución los tratadistas colombianos comienzan a referenciar a la infancia, a los niños y niñas como sujetos de derechos prioritarios frente a los demás. Pero, lo que realmente se estaba dando era un cambio lento pero muy fundamental desde lo cultural, de un país que no tenía entre sus prioridades a los niños. Adicional a esto, se involucra constitucionalmente a la familia, a la sociedad y al Estado como responsables de la asistencia y protección. Esta responsabilidad no queda en lo literal, sino que implica asumir acciones legales y de todo tipo para su garantía y defensa. Todo esto resulta además coherente, con lo señalado en el artículo 13 de la Constitución nacional, donde consagra que el Estado protegerá especialmente aquellas personas por su condición de debilidad manifiesta, así:

Artículo 13. El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan. (Constitución Política, 1991, art. 13)

Retomando el artículo insignia del niño, el 44 de la carta magna, en su párrafo segundo define a la familia, la sociedad y el Estado como las instituciones obligadas a asistirlos y protegerlos, promoviendo su desarrollo armónico, integral y el ejercicio de sus derechos. Es

necesario determinar que hoy día, el concepto familia tiene una concepción mucho más amplia de la que se tenía en 1991, cuando se expide la Constitución nacional. Toda vez que ha sido la Corte Constitucional quien amplió su significado.

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.

Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás<sup>2</sup>.

(Constitución Política., 1991, art. 44)

En su parte final trata del principio de la exigibilidad de derechos, estableciendo que cualquier persona puede accionar ante la autoridad competente el cumplimiento y la correspondiente sanción de quienes incumplan estas normas. De esta misma forma se consagra el principio de la prevalencia de derechos, es decir, que los derechos de los niños se sitúan por encima de los derechos de los demás, los adultos se ven obligados a hacer cumplir estos para lograr su desarrollo, además, concordante con todo el articulado. Adicional a esto, la jurisprudencia Constitucional ha venido ampliando el concepto no solo de niño, sino de familia; es por ello por lo que la considera en sentido amplio, en la sentencia C-577 del 2011:

La Corte ha indicado que, siendo la familia “el núcleo fundamental de la sociedad, los distintos Estados han advertido la necesidad de dotarla de un sustrato material que le permitiera satisfacer sus necesidades básicas para que pueda surgir y desarrollarse sin

---

<sup>2</sup> Nota. La Carta Política de Colombia, expedida en 1991, estableció en su Preámbulo, para el pueblo de Colombia la seguridad, en su vida, convivencia, trabajo, justicia, igualdad, conocimiento, libertad y paz. Así mismo el logro de lo anterior debe darse en un ambiente de democracia y participación; en busca de la justicia social, política y económica; Entonces, se considera que los niños, niñas y adolescentes como población especial tienen estos derechos de manera prevalente; llevando a los adultos a cumplir con el compromiso constitucional que aquí se imparte. Todo lo anterior cimentado en los principios fundamentales que rigen la norma de normas. Estableciendo en su artículo primero que Colombia es un Estado social de derecho.

traumatismos” y, de igual modo, “han advertido la necesidad de brindarle una protección jurídica preferente”, una de cuyas formas es el amparo de su patrimonio, mientras que otras consisten en el establecimiento de “la igualdad de derechos entre hombres y mujeres”, en la consideración especial de los niños “como titulares de derechos fundamentales” o en el suministro de “especial protección a los adolescentes y a las personas de la tercera edad”. (Corte Constitucional, 2011, sentencia C-577)

En esta sentencia, trata la Corte Constitucional acerca de las modernas y diferentes formas de constituir familia que existen en la actualidad en nuestro país, donde aún predomina el reconocimiento y la aplicación literal de las normas; asumiendo a la familia, como la célula fundamental de la sociedad, y como la unión de un hombre y una mujer; lamentablemente la sociedad se encuentra a la espera de aceptar las realidades sociales, y sobre todo a que se asuma realmente al niño como un sujeto de derechos, es decir, como una población de especial protección constitucional. Es así como se mantiene el concepto tradicional de familia, conformada por un hombre y una mujer y sus hijos; pero en la realidad colombiana, esto no es una costumbre generalizada, ya que las nuevas formas de familias superan esa concepción antigua y muy tradicional, y en ese sentido nos describe la Corte Constitucional nuevas categorías de familias; tales como familias compuestas, familias homoparentales, familias solidarias, familias de crianza; concepciones que avanzan en Latinoamérica como una nueva realidad social.

Para que exista una coherencia entre lo cultural y los avances normativos, la investigadora considera que se requiere del apoyo constante, de la capacitación, sensibilización, la investigación desde la academia, para que sea una realidad el Estado social de derecho, que en

Colombia nos rige desde 1991; tal como lo explica Mary Beloff (2000), en su texto *Derecho, infancia y familia* cuando dice:

Por ello la presentación de estos trabajos en lengua castellana en un momento en el que como consecuencia de la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño- tiene lugar como nunca antes un arrollador proceso de reforma legislativa puede contribuir a imaginar nuevas soluciones para antiguos problemas, que garanticen los derechos de las personas involucradas y se inscriban sin margen de error posible en lo que se denomina Estado Social y democrático de derecho. (p. 12)

Es cierto que en el ámbito académico es donde se ha podido discutir la evolución del concepto niño, familia y Estado para reconocer desarrollos y retrocesos. En este sentido, el texto que se referencia trata de docentes estadounidenses que interpretan casos particulares y analizan la función del Estado social de derecho en el reconocimiento de los derechos del niño y su reconocimiento en cuanto sujeto de derechos, para determinar si tiene o no derecho además a su autonomía, en los juicios en que se vean involucrados por faltas de sus padres, o de su familia o del mismo Estado.

En ese mismo sentido, se presentará en el presente trabajo el recorrido de los fallos constitucionales acerca del reconocimiento de los principios en la aplicación de las normas en su beneficio, para lo cual primero se plantea el avance normativo del concepto niño, desde el nivel constitucional. Es así, como el artículo 2 de la Constitución Nacional de 1991 señala:

Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la

vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Const. 1991, art. 2)

El Estado social de derecho, que nace en 1991 con la nueva Constitución, se asume para la defensa de las personas en su dignidad humana, por encima de las normas y procedimientos; y el constituyente dejó claro los fines del Estado como servir a la comunidad, acompañar al crecimiento de las comunidades, como grupos de familias con costumbres y características comunes. Agrega que otro fin es el de promover la prosperidad general y que, para ello, se requiere inversión en la economía para el avance social. Al mismo tiempo continúa el artículo 2, consagrando que otro de los fines del Estado es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en esta Constitución.

Es precisamente este, uno de los temas que inspiran esta investigación doctoral. Para la cual se desarrollarán capítulos al estudio detallado de su aplicación, aún por encima de las mismas normas legales; concentrando su objetivo en un solo principio en beneficio para la infancia, el cual es Principio del interés superior de los niños.

Pero para la aplicación de estos principios y específicamente para el principio del interés superior se tuvo que asumir la Convención en su esencia, ya que lo que requería la época de su expedición a nivel internacional. Era la consagración de este en un tratado o convenio que

traspasara los límites territoriales de los Estados y se arrancara a trabajar por la infancia, sabiendo que se está trabajando para el presente y el futuro de una nación. Esto es claro, cuando se manifiesta que:

El impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño depende, entre otras variables, de la capacidad de los operadores del Sistema de Justicia para incorporar a su razonamiento y prácticas judiciales los principios, directrices y derechos contenidos en este instrumento internacional. Como estamos convencidos de ello, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) viene realizando hace una década, en conjunto con organismos académicos y del sistema de justicia, el Curso Internacional de Protección Jurisdiccional de los Derechos de los Niños para Jueces, Fiscales y Abogados Defensores. (UNICEF, 2007, p. 5)

Cuando señala los fines del Estado, entre ellos, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución. Principios que se deben defender en la aplicación y definición de situación referida a menores de edad. La Ley de Infancia, de manera pedagógica presenta un listado de principios de obligatorio cumplimiento que van desde el reconocimiento prevalente hasta la perspectiva de género, a fin de considerar toda situación además de la diferencia de sexo, tales como las condiciones sociales, familiares, físicas, psíquicas, económicas, sociales en que se encuentre un menor de edad.

Así mismo, se promueve desde la carta magna asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Lo que se asume como una invitación a cumplir con el deber de solidaridad con la Infancia por requerir mayor protección y reconocimiento, y el deber de todos los ciudadanos de propender por la convivencia en paz. Esta misma norma, presenta la

obligatoriedad del Estado de proteger la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar su cumplimiento de los deberes de los particulares y del estado mismo. Por ello, el establecimiento del principio de la exigibilidad de los derechos, lo que permite a cualquier persona iniciar acciones para el restablecimiento de los derechos de los menores de edad.

A su vez, se puede relacionar este artículo con el artículo 15 de la Constitución, que trata del deber del Estado de respetar y hacer respetar el derecho a la intimidad personal y familiar y a su buen nombre. Por su parte, el artículo 25 puntualiza problemáticas en que puede encontrarse el menor de edad relativas al trabajo y su explotación laboral. Sobre estos derechos, cualquier persona puede hacer reclamación cuando se trate de un niño, niña y adolescente conforme lo consagra el artículo 87, acorde con el artículo 6, donde expone las obligaciones de los particulares y de las autoridades, marcando la diferencia entre el cumplimiento de un particular y un servidor público, donde éstos últimos responden ya sea por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. De otra parte, el artículo 95 de la norma de normas señala los deberes de los ciudadanos, dejando claro el compromiso de los adultos con la infancia.

En el mismo sentido, establece la Constitución Política en el artículo 11 que el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte, significando que es necesario agregar que el concepto de vida ganó un calificativo en razón a enaltecerla; cuando la Corte Constitucional introdujo el concepto de vida digna, para significar que es de toda persona y es prevalente cuando se trata de un niño o niña, ya que merece el respeto de su calidad de vida digna, por el solo hecho de serlo, por su naturaleza humana. Lo anterior, cambió el sentido de la vida del colombiano con esta definición porque la vida trasciende del concepto de alcanzar simplemente los mínimos vitales, para dignificar la vida de los seres humanos. Dicha definición, además

encierra transformaciones de maneras de actuar y pensar frente a la infancia, dado que desconocer la necesidad de la vida digna desde la infancia, será incumplir con el reconocimiento real de sus derechos.

Este artículo superior, trata del derecho a la vida como inviolable. En concordancia con el artículo 5, cuando el estado reconoce sin discriminación los derechos inalienables de las personas, y ampara a la familia como institución básica de la sociedad. Lo que se analiza frente al artículo 93, donde el Constituyente respalda los derechos y garantías contenidas, no solo los establecidos en la Constitución, sino en los Convenios Internacionales vigentes en Colombia. En relación a los derechos fundamentales señalados en el título II, capítulo 1 se señala que nadie será sometido a desaparición forzada, tortura ni tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, conforme a lo establecido en el artículo 85 cuando define de aplicación inmediata los derechos fundamentales. Así mismo, se consideran fundamentales los derechos de los niños, motivo suficiente para que sean de inmediato y obligatorio cumplimiento. De igual manera, se estableció desde el primer artículo constitucional al Estado colombiano como un Estado Social de derecho.

Por su parte el artículo 42 consagra:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye 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.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable.

La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. (Const., 1991, art. 42)



En el presente artículo se establece lo concerniente a la familia como primer ente protector de la infancia, reglamentando sus formas de constitución y el reconocimiento de sus miembros con sus respectivos derechos y acciones. Se ha avanzado en nuestro país, en la nueva concepción de la familia, dejando de exigir la diferencia de sexos para su constitución. Se requiere son espacios de respeto y reconocimiento, de amor y entrega para la infancia, donde puedan desarrollar su formación integral, todas sus aptitudes y sean reconocidos sus derechos, protegidos, amados y cuidados permanentemente, mientras llegan a la adolescencia más maduros y con los límites que deja la educación desde la primera infancia. Respecto al cumplimiento de sus deberes y el aprendizaje del cumplimiento de sus deberes, generando el concepto de la responsabilidad y de participación desde temprana edad.

Acorde con esto, el artículo 43 contempla:

La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia. (Constitución Política, 1991, art. 43).

Vale la pena recordar como antecedente de esta norma constitucional, que es a partir de 1974 con la expedición del Decreto 2820, cuando se da fin a la potestad marital, en el sentido de conceder este decreto la igualdad de deberes y derechos entre hombres y mujeres, no solo como pareja, sino también como padres. Pero la protección reforzada que trata el artículo 43 se refiere a la protección de los hijos, ya que trata de la mujer embarazada y después del parto; lo que nos

lleva a pensar que, como dadora de vida, merece del Estado un acompañamiento cuando se encuentre desprotegida o desempleada.

Pero dicha asistencia no debe ser responsabilidad exclusiva del estado, ya que es posible extender ya el deber constitucional de la solidaridad a su familia y la sociedad, en bien de la comunidad en general; más aún si involucra menores de edad. Cabe recordar en este sentido, que las personas para el derecho reciben protección desde que nacen, y nacer es separarse completamente de su madre y respirar un instante siquiera, conforme lo señala el artículo 90 del Código Civil colombiano; pero el derecho brinda protección más allá del nacimiento, desde el mismo vientre de la madre, la ley protege al que está por nacer o *nasciturus*, desde las diferentes áreas del derecho.

A continuación, el Artículo 45 la carta magna contempla:

El adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

El Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud. (Constitución Política, art 45, 1991)

Vale la pena resaltar del artículo citado el reconocimiento que la norma superior hace a la etapa de la vida humana denominada adolescencia; lo que se desarrolla en la Ley de Infancia y Adolescencia en el artículo 3, cuando define a los adolescentes como las personas entre los 12 y 18 años de edad, y más adelante la misma Ley los define como sujetos de protección integral, que merecen la búsqueda permanente para el logro de mejorar su calidad de vida, mediante la aplicación del principio del interés superior y la prevalencia de sus derechos con la aplicación de las normas más favorable a sus derechos. Además, regula la misma Ley el deber de la

corresponsabilidad entre la familia, la sociedad y el estado para la debida atención, su protección y cuidado, para el logro de su pleno y armonioso desarrollo, constituido de aspectos físicos, espirituales, morales, culturales y sociales.

Se reconocen estos derechos a los niños y niñas, llevándolos hasta el poder gozar de libertades como el libre desarrollo de su personalidad, autonomía personal, libertad de cultos, creencia y conciencia, de pensamiento y de locomoción, así como la libertad de escoger profesión y oficio y más allá, va hasta la posibilidad de concederle la doble nacionalidad. Pero la más importante en este sentido es el carácter de las normas que los regula, que son de orden público, de obligatorio cumplimiento e irrenunciables.

En ese mismo sentido el artículo 50 de la Constitución Nacional retoma la prevalencia de los derechos de los niños. En este artículo consagró:

Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia. (Constitución Política., 1991, artículo 50).

Con lo dicho, se reafirma que lo contemplado por el constituyente de 1991 es un ejemplo real de la prevalencia de los derechos de los niños y niñas, en cuanto se refiere a la atención prioritaria que se les debe prestar en centros de salud que reciban dineros públicos, a fin de ser coherentes con el concepto de que sus derechos son impostergables. Así mismo, para reconocer la prevalencia de la primera infancia como etapa de la vida donde se forma gran parte del cerebro humano, y por ende del ser humano para siempre en aspectos como el social, biológico o cognitivo.

En Colombia a partir de la nueva Constitución en su artículo 79 se determinó que:

Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo.

Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

(Constitución Política., 1991, art. 79)

En consecuencia, desde la creación de la Corte Constitucional se han venido estableciendo en casos concretos la aplicación del principio del interés superior del niño, y se han presentado una serie de inconvenientes jurídicos, verbigracia, el desconocimiento del principio por parte de la población civil y de los administradores de justicia, así como el viejo problema que ha agobiado a generaciones enteras en nuestro país, como lo es la poca congruencia existente entre realidad social y la efectividad de las normas jurídicas vigentes. Con lo anterior, se reflexiona cómo a partir del Estado Constitucional como modelo institucional cimentado en principios constitucionales representa un nuevo esquema dentro de la concepción del sistema tradicional de fuentes del derecho, que permite sin considerar primordial la intermediación legislativa, la aplicación directa de la Constitución. Bajo esas consideraciones, se ha instalado una nueva dinámica en la función judicial en la que se tiene como elemento característico, la utilización directa de los principios como mecanismo para la resolución de conflictos.

Este es uno de los rasgos de lo que Zagrebelsky llama Estado Constitucional:

Se considera al Estado Constitucional en la medida de superar la aplicación rígida a las normas legales, para dar paso a la aplicación e interpretación que va más allá y que se fundamenta en los principios constitucionales, que buscan reconocer al ser humano en su

dimensión de vida digna. Se pretende entonces la eficacia y validez de las normas y la integración entre principios y normas, es decir un Estado cada vez más garantista; dado a que los problemas del Derecho son de interés político, social, económico e histórico en cada caso. La preocupación va más allá de si se aplica la norma o no, es considerar el pluralismo jurídico, reconociendo la legitimidad. (2011, p. 108)

**2.2.9 En el Código de la Infancia y de la Adolescencia (Ley 1098 de 2006).** Se coincide con el tratadista Miguel Enrique Rojas Gómez, cuando expresa “el Código de la Infancia y la Adolescencia pretendió reducir la cantidad de ritos procesales y establecer procedimientos sencillos, ágiles, eficaces y aptos para garantizar el cubrimiento nacional del sistema de protección de derechos” (2008, p. 18). Es en el año 2006, cuando en Colombia realmente se cuenta con un compendio de normas que van a garantizar el verdadero reconocimiento de la infancia como población prevalente. Sentido que se desprende de la misma finalidad de la Ley citada, cuando trata de la necesidad para el pleno y armonioso desarrollo, el hecho de crecer en el seno de una familia, sin olvidar la amplitud actual de tal institución fundamental de la sociedad; y agrega que se requiere además un ambiente adecuado, de felicidad, amor y comprensión.

El Código de la Infancia y Adolescencia establece inicialmente en el primero de sus tres libros la Protección Integral, es decir, el listado de sus derechos fundamentales, los procedimientos y funcionarios competentes; en el segundo libro trata el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescente, donde establece las normas y procedimientos cuando un menor de edad, mayor de 14 años, comete un delito, se adelante el procedimiento especial, aquí descrito y que adicional a esto, se tome una medida de reeducación que de manera creativa brinde mayor ventaja al menor de edad involucrado. Finalmente, en el tercer libro se

establecieron los criterios para el Sistema de Bienestar Familiar y lo referente a las políticas públicas y los mecanismos de control para su cumplimiento.

Con lo anterior, se consagra el derecho de toda persona a permanecer en un ambiente adecuado, norma coherente con el artículo 1 de la Ley de Infancia y Adolescencia (Ley 1098, 2006) cuando expresa que:

Este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna. (Ley 1098, 2006, art. 1)

El citado artículo, contiene la finalidad de la Ley de Infancia, reconoce la igualdad y la dignidad humana sin ninguna discriminación, y pregona para los niños, el desarrollarse en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Donde la obligación no solo es de la familia, sino también de la sociedad y del Estado. Es de resaltar, que es el único artículo donde aparece la palabra *amor* como derecho del Niño y cada vez más, este derecho se ve reflejado en las acciones de los adultos, para con quienes resultan ser más vulnerables socialmente.

Al respecto, Jiménez (2012) manifiesta que,

El Código del 2006 representa una experiencia jurídica sutilmente diferenciada, sensible a la cuestión de los límites de edad y a los grados de castigo del menor. Se cierra así una transición en la que se pasó del principio de situación irregular al principio integral de protección para la infancia en general, por el cual todos los menores de 18 años son sujetos de derechos. (p. 442)

Desde el año 1989 hasta el 2006 se buscaba superar la idea de que las circunstancias en las que se veían involucrados los niños, niñas y adolescentes, debían coincidir con las situaciones irregulares que contemplaba el Código del Menor. Con la nueva perspectiva y el nuevo principio de protección integral a la infancia, se reevaluó lo anterior, en el sentido de que hoy en día, la legislación protege a los menores de edad, no solo en los casos en los que se presenta vulneración de derechos, sino también en los de amenaza y omisión por parte de las autoridades, la familia y la sociedad.

Por primera vez en Colombia, y a partir de la citada Ley se elevó a la categoría de principio el interés superior, consagrado en su artículo 8, planteando:

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. (Ley 1098, 2006, artículo 8).

Siendo así para todas las autoridades un imperativo, el respaldar la mejor decisión en cada caso, para cada niño, teniendo en cuenta el ambiente en el que desarrolla, sus recursos, sus costumbres, entre otros factores.

Postura reafirmada por Zermatten (2003) al plantear que:

El interés superior es una alocución que ha entrado en la historia jurídica de la humanidad de manera muy reciente, primero bajo la noción del “bien del niño”, después en su forma actual del “interés superior del niño”, por la consagración que le ha dado la Convención de los Derechos del Niño, Artículo 3°. (p. 3)

El Código de la Infancia y la Adolescencia incorporó en el artículo 3, la diferencia del niño o niña y adolescente de la siguiente manera, “Se entiende por niño o niña, las personas entre 0 y los 12 años y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad” (Código de la Infancia y la Adolescencia, 2016, artículo 3).

Ante lo expuesto anteriormente, se puede afirmar que en Colombia la expresión niño solamente se refiere a las personas entre los 0 y los 12 años de edad, sin perjuicio de los derechos que tienen los adolescentes por ser menores de 18 años.

Ante la incorporación de la definición realizada en el citado artículo, se manifestó que las nuevas definiciones no deben afectar lo establecido en el artículo 34 del Código Civil, presentando inconsistencias entre los conceptos del Código Civil y del Código de la Infancia y la Adolescencia. Esta situación se solucionó, gracias al párrafo del artículo 53 de la Ley 1306 de 2009, referente a la protección de las personas discapacitadas, que modificó el artículo 34 del Código Civil, en donde impúber se equipara con la definición de niño o niña del Código de la Infancia, es decir, hasta los 12 años y la adolescencia, y menor adulto con la definición de adolescente del mismo Código.

Por lo anterior, se concluye que tanto la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia) como la Ley 1306 de 2009 (modificatoria del Código Civil), unifican la definición de niño en la edad de 0 a los 12 años y adolescente entre los 12 y los 18 años.

Para la Corte Constitucional, los adolescentes son los jóvenes que no son mayores de edad, pero tienen la madurez y la capacidad para participar en los organismos privados o públicos que tengan como fin la protección de la juventud en virtud al artículo 45 de la



Constitución. A pesar de que la Constitución no define las edades específicas para identificar qué grupo de personas son adolescentes, la Corte manifestó que la Constitución realizó dicha distinción con el objetivo de darle prevalencia a la participación que pueden tener los adolescentes dentro de la Sociedad, quienes por su mayor grado de desarrollo y madurez deben ser integrados a la sociedad para tomar decisiones.

**2.2.10 Evolución del concepto niño en la jurisprudencia constitucional.** Colombiana con la creación de la Corte Constitucional como institución máxima para la vigilancia y el cumplimiento de la Constitución Nacional de 1991 las definiciones de niño, niña, adolescente, joven han venido tomando otras connotaciones más coherentes con los Tratados Internacionales firmados por Colombia. Es así, como en reiterados fallos se amplían estos conceptos, inicialmente considerando al niño como el ser humano que va de 0 hasta los 18 años, es decir, incluyendo a la adolescencia en este margen y lo fundamental es que, para todos ellos, consagra la prevalencia de todos sus derechos, que tienen la categoría de derechos fundamentales, y por ello todos son tutelables. De esta manera, se comentarán algunos apartes de sentencias de la Corte Constitucional al respecto.

En la sentencia T-411 de 1994, la Corte Constitucional a través del Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, señaló:

La Constitución Política es tajante al señalar que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”; la razón esencial de tal prevalencia, no es otra que la situación de indefensión en que se encuentra colocado el infante frente al resto del conglomerado social, y por ende, la mayor protección que a él deben brindar tanto el Estado como la sociedad. Para la Sala es claro, entonces, que los derechos fundamentales

a la vida y a la salud de la niña, en el caso bajo examen, prevalecen sin condición alguna, sobre el derecho a la libertad religiosa de sus padres. (Corte Constitucional, 1994, sentencia T-411)

Esta sentencia, hace parte de las primeras que publicó la Corte con respecto al principio del interés superior de los niños, y fue una de las primeras que se descubrieron en esta investigación. En ella se da inicio al nuevo concepto de niño, a la nueva perspectiva que había trazado el Constituyente con respecto a la infancia, y abre el camino hacia una nueva época de garantías, beneficios y prevalencia de derechos. Con las primeras sentencias, después de la promulgación de la carta magna, la Corte Constitucional puntualiza y solidifica no solo los principios y derechos de los menores de edad, sino también los deberes de la sociedad, la familia y el Estado hacia aquellos.

Ahora bien, la publicación de este fallo se realizó doce años antes que se expidiera la nueva Ley de Infancia y Adolescencia, sin embargo, ya la Corte Constitucional iniciaba a hablar del niño como un sujeto de derechos que requería de especial protección, debido a su condición de indefensión frente al resto de las personas. Otro aspecto importante para resaltar, son los inicios de los principios de la prevalencia de derechos y el de corresponsabilidad, consagrados en la Constitución Política de 1991 con anterioridad, y que obligaba desde ese entonces a la sociedad en general, a las autoridades públicas y privadas y a la familia a velar por los derechos de los niños, niñas y adolescentes del país.

La sentencia C-740 del 2008, trata la protección a la infancia, consignando:

Los niños han concentrado la atención de los Estados y de los organismos internacionales, que han consagrado en diversos instrumentos de Derecho Internacional

su protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado, por su falta de madurez y consiguiente vulnerabilidad o indefensión, la necesidad de garantizarles un proceso de formación o desarrollo en condiciones adecuadas y ser quienes representan el futuro de los pueblos. En concordancia con las normas del Derecho Internacional Público, la Constitución Política colombiana de 1991 consagró la protección especial de los niños, al disponer en su Art. 44 que son derechos fundamentales de los mismos la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión, y estableció que serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. (Corte Constitucional, 2008, sentencia C – 740)

En este fallo, la alta Corte hace claridad en que la Constitución Nacional de 1991 posicionó a los niños en Colombia, conforme a las normas del Derecho Internacional Público determinando que poseen una protección especial, por ser todos sus derechos, derechos fundamentales. En la misma Sentencia se transcribe el listado de derechos que consagra el comentado artículo 44. Es por ello por lo que en la actualidad y desde entonces, los derechos de los niños y niñas ocupan la atención de los Estados y Organismos Internacionales, señalando a la familia, la sociedad y el Estado, como los llamados a garantizar su cumplimiento; dada su condición de necesidad de absoluta protección. Así mismo trata la máxima autoridad Constitucional, las causas de esta condición de vulnerables, en tanto señala su falta de madurez e indefensión.

Más adelante, explica la necesidad e importancia de la protección del adolescente:

La Constitución Política en el Art. 45 prescribió que el adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral y que el Estado y la sociedad garantizan la participación activa de los jóvenes en los organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, educación y progreso de la juventud. En relación con la protección constitucional a los adolescentes, la Corte Constitucional ha considerado que ellos están comprendidos en el concepto amplio de “niños” de que trata el Art. 44 de la Constitución y por tanto gozan de protección especial por parte de la familia, la sociedad y el Estado y son titulares de los derechos fundamentales en él consagrados, que prevalecen sobre los derechos de los demás. (Corte Constitucional, 2008, sentencia C – 740)

Resulta importante que desde el nivel constitucional se extienda la especial protección universal de la infancia a la adolescencia, partiendo de que el concepto de adolescente está comprendido en el concepto niño, señalando el fallo analizado, como responsables a la familia, la sociedad y el Estado, respecto del cumplimiento de sus derechos, es decir mantienen su carácter de prevalentes.

Finalmente, en la sentencia citada, la providencia constitucional señala de manera detallada, lo referente a las edades en que oscila cada etapa de la vida del ser humano desde su nacimiento; es así como contempla que el niño es el que está entre los 0 y 12 años. En este orden de ideas, son entonces adolescentes las personas entre los 12 y los 18 años, así:

Las definiciones de niño o niña, como la persona entre cero y los 12 años de edad, y de adolescente, como la persona entre los 12 y los 18 años de edad, no privan a los adolescentes de la protección especial que les brindan la Constitución colombiana y la Convención sobre los Derechos del Niño, en armonía con otros instrumentos

internacionales, y en cambio son definiciones necesarias en la regulación legal sobre la protección de los menores, que permiten determinar los marcos respectivos para el diseño y la ejecución de los planes y programas sobre los niños en sentido estricto o restringido y sobre los adolescentes. (Corte Constitucional, 2008, sentencia C – 740)

En este sentido, es la Corte Constitucional en la Sentencia C- 740 del 2008, la que nos permite valorar en su dimensión la protección constitucional de los niños, extendida a los adolescentes, considerándolos titulares de los mismos derechos, calidades y protección que los niños en Colombia, y que la nueva Ley de Infancia y Adolescencia no significa otra cosa que la igualdad de su condición de especial protección constitucional, sino que se resalta su estado de adolescente para permitirle la participación, que es uno de sus derechos en la vida pública y privada, para que se pronuncien en lo que les concierne, ya que tienen mayor manera de comprender que los niños y niñas. En este fallo la Corte, con ponencia del Doctor Jaime Araújo Rentería, realiza un recorrido de la protección especial, normalizada para los niños en el Derecho Internacional Público frente a la Constitución Nacional colombiana. Es así, como se reconoce superioridad a la población no solo de niños, sino también de adolescentes.

En la sentencia T-887 de 2009, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, la Corte señaló algunos criterios que se deben tener en cuenta para la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes de la siguiente manera:

Cierto es que la disposición contenida en el artículo 44 superior establece de manera inequívoca el lugar prevalente que ocupa la garantía de los derechos de la niñez en el ordenamiento jurídico colombiano. Con todo, la jurisprudencia constitucional ha establecido reiteradamente que el sentido y alcance de esta salvaguardia ha de fijarse

siempre a la luz de las circunstancias del caso concreto. Justo en esa línea de argumentación, ha distinguido la Corte múltiples pautas. A continuación, mencionará la Sala aquellos criterios jurídicos que se ajustan más a las circunstancias del asunto bajo examen. (i) Garantía de desarrollo integral de la niñez, así como protección reforzada de sus derechos; (ii) amparo de la niñez frente a riesgos prohibidos; (iii) ponderación y equilibrio entre los derechos de la niñez y los derechos de sus progenitores; (iv) necesidad de esgrimir razones poderosas para justificar la intervención del Estado en las relaciones paterno/materno – filiales. (Corte Constitucional, 2009, sentencia T – 887)

La Corte Constitucional en esta sentencia vuelve a contemplar al Niño como un sujeto que requiere de amparo, de protección reforzada; pero, además, habla de una ponderación y equilibrio entre los derechos de la niñez y los derechos de sus progenitores. La Corte posiciona ahora al niño como sujeto de derecho y ya no como objeto solamente. Le da autonomía, palabra, derecho a la personalidad jurídica, lo hace titular de derechos fundamentales y, como el principio de interés superior se encuentra relacionado y encaja perfectamente con el concepto de prevalencia de derechos, ese conflicto de intereses que existía, simplemente le da toda la ventaja a los niños, ya que en todos los casos se debe valorar qué es lo más conveniente para estos, de forma tal que su situación no empeore.

Más adelante, también señala la Corte:

En relación con el criterio de la necesidad de garantizar en forma integral el desarrollo de la niñez y la protección reforzada de sus derechos, ha destacado la jurisprudencia constitucional que cualquier decisión susceptible de afectar a la niñez debe encaminarse a asegurar su “desarrollo armónico e integral” y debe procurar que niños y niñas gocen de

un ambiente propicio para su pleno desenvolvimiento físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético de modo que puedan obtener “la plena evolución de su personalidad”. Como lo ha señalado la Corte Constitucional, una sociedad que no vela porque “sus niños y niñas crezcan saludables en un ambiente propicio para ejercer de modo pleno sus derechos, libres de carencias, de maltratos, de abandonos y de abusos, no sólo pone en duda su presente, sino que siembra serias incertidumbres sobre lo que habrá de ser su futuro”. Por ese motivo, la Constitución vincula a la familia, a la sociedad y al Estado para que, en conjunto y de manera solidaria, apoyen la debida realización de los derechos fundamentales de la niñez. (Corte Constitucional, 2009, sentencia T – 887)

En relación con este principio en la sentencia T-572 del 2010 se señala:

Así, de acuerdo con lo establecido en el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y el artículo 44 de la Constitución Política, los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. A partir de esta cláusula de prevalencia, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que los niños, niñas o adolescentes tienen un estatus de sujetos de protección constitucional reforzada, lo que significa que la satisfacción de sus derechos e intereses, debe constituir el objetivo primario de toda actuación (oficial o privada) que les concierna. Esta protección especial de la niñez y preservación del interés superior para asegurar el desarrollo integral se encuentra consagrada en diversos tratados e instrumentos internacionales que obligan a Colombia. (Corte Constitucional, 2010, sentencia T – 572)

Se hace necesario analizar lo expresado por la Corte Constitucional en la Sentencia T - 572 del 2010, donde resalta la importancia de tener en cuenta los siguientes aspectos para comprender la magnitud del concepto de niño frente a cada caso particular. En este caso de tutela se trata de un menor de edad que por su condición de Down requiere cuidados, atención y manejo adecuado para su desarrollo integral requiriendo el conocimiento de lo que su discapacidad le implica, y las limitaciones y necesidades más importantes. Pero, además, recalca la importancia de su edad, ya que no todos los niños y las edades deben manejarse por igual. Como el niño en el caso en mención supera la primera infancia se convierte en un niño de difícil adopción en doble circunstancia, debido a su limitación mental y su edad por encima de la primera infancia. Estos aspectos son de vital importancia para la Corte, a fin de adoptar la mejor decisión, la cual no podía ser la declaratoria de adoptabilidad, por las circunstancias antes señaladas.

Lo anterior, fue el fundamento argumentado por la Corte Constitucional para ordenar el cambio de medida que el ICBF había ordenado para el niño, ya que se estaría desmejorando su situación actual, toda vez que se alejó de su familia biológica con el argumento de buscarle una nueva que garantizara sus derechos, sin valorar en su dimensión a su madre biológica, que, aunque con debilidades significativas, eran superables con el apoyo de la sociedad y el Estado.

En la resolución de la Sentencia en comentario, la Corte ordena al ICBF generar un equipo interdisciplinar que contribuya, asesore y acompañe a la familia del menor, al manejo de las situaciones de discapacidad que presenta, para poder así, restablecer sus derechos de una manera eficaz.

En la sentencia C-145 de 2010 se establece lo siguiente:



La jurisprudencia constitucional ha sido consistente en señalar que el carácter fundamental de las garantías reconocidas a los niños y niñas, entre las que se cuenta el derecho a tener una familia y no ser separado de ella, se inscribe en el ámbito del principio de protección especial del menor, reconocido por la propia Constitución Política y los tratados internacionales de derechos humanos. (Corte Constitucional, 2010, sentencia C – 145)

Dicha sentencia, hace referencia a un régimen paterno-filial de protección al hijo menor no emancipado en cabeza de sus padres, que no deriva del matrimonio de estos pues surge por ministerio de la Ley, independientemente a la existencia de dicho vínculo. Esta institución jurídica es creada por el derecho, no a favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados.

El avance que introduce este fallo constitucional, hace referencia a declarar exequible de manera condicionada la sanción civil que trae de vieja data el Código Civil frente a los padres que son vencidos en juicios de investigación de paternidad, que al declararlos padres extramatrimoniales en sentencia, se produce una sanción de carácter civil, la cuál es la privación de la patria potestad; hoy día, debe el juez de Familia someterse al imperativo de considerar el interés superior del niño involucrado, para decidir si se impone tal sanción o no. Vale la pena resaltar la necesidad de un nuevo juez, que observe al padre dentro del proceso y considere que es lo mejor para el menor de edad que tiene vulnerado su derecho.

En la sentencia T- 1021 de 2010, ponencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se realiza el estudio de los procesos de restitución internacional de niños, y contempla que el niño merece un trato diferente al adulto. En el fallo se consagra que:

Nuestra Carta Política, en consonancia con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, exige un trato preferente, especial y prioritario de los derechos fundamentales de los niños, y en su artículo 44 dispone que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistirlos y protegerlos con el objeto de garantizar su desarrollo armónico e integral, y el ejercicio pleno de sus derechos. (Corte Constitucional, 2010, sentencia T-1021)

En esta sentencia, la Corte señaló unos criterios para tener en cuenta a la hora de determinar el principio del interés superior, con base a la nueva perspectiva con la que se estudia al niño, dentro de los cuales estableció la prevalencia del interés del niño; la garantía de las medidas de protección que requiere por su condición de niño; y la previsión de las oportunidades y recursos necesarios para desarrollarse mental, moral, espiritual y socialmente de manera normal y saludable, en condiciones de libertad y dignidad.

En los procesos de restitución internacional de menores este principio del interés superior del niño no es indiferente, toda vez que el citado tratado internacional se encamina a garantizar que todo menor residente en un país miembro del Convenio, reciba de sus padres la protección y el amor necesarios para un desarrollo armónico. (Corte Constitucional, 2010, sentencia T-1021)

En la sentencia T-580 A de 2011, con ponencia del Magistrado Mauricio González Cuervo, el alto tribunal reiteró a las autoridades públicas y privadas su obligación de contribuir con la preservación del interés superior de los niños, niñas y adolescentes. Al respecto dijo:

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que una de las principales manifestaciones de este mandato, es el principio de preservación del interés superior del

menor, 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 recoge como criterio la interpretación prevaleciente de los derechos del niño. (Corte Constitucional, 2011, sentencia T – 580A)

Más adelante, señaló los aspectos que todo juez debe observar para determinar el interés superior de los niños, niñas o adolescentes, siendo estos, las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad; y las normas establecidas en el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil.

Se puede observar entonces, que, a lo largo de las sentencias estudiadas, la concepción de la Corte Constitucional con respecto a los niños, niñas y adolescentes es totalmente proteccionista. La Corte coincide en que el niño es un sujeto que necesita la protección social, familiar y estatal en las diferentes áreas de su desarrollo como miembro activo del mundo y la realidad que lo rodea.

En la sentencia T-488 de 2011, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte se plantea la pregunta ¿Qué significa que los niños sean titulares de derechos prevalecientes e intereses superiores?, a lo que responde:

La respuesta sólo se puede dar desde las circunstancias de cada caso y de cada niño en particular. El interés superior del menor de edad no constituye un ente abstracto, desprovistos de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se pueden formular reglas generales de aplicación mecánica. Todo lo contrario: el contenido de dicho interés sólo se puede establecer prestando la debida atención a las circunstancias individuales. (Corte Constitucional, 2011, sentencia T – 488)

En esta sentencia, la Corte dimensiona a la infancia como una población con características colectivas e individuales propias, dejando claro que para poder hablar sobre qué es lo mejor para un niño en determinado caso, se deben tener en cuenta una serie de factores particulares que lo rodean. Situación que obliga a los magistrados, jueces, funcionarios y abogados a ser creativos, observadores y amplios a la hora de examinar situaciones relacionadas con menores de edad.

En la sentencia T-001 de 2012, con ponencia del Magistrado Juan Carlos Henao Pérez, el tribunal constitucional hizo énfasis en que el interés superior del niño se ha venido reconociendo en la jurisprudencia, teniendo en cuenta las especificidades que tienen estos al pertenecer a una comunidad indígena. Al respecto, dijo lo siguiente:

Con relación al interés superior del niño indígena, el principio *pro infans* se ha venido reconociendo y tutelando de manera que la prevalencia del interés superior del niño o niña se establezca teniendo en cuenta las especificidades y el enfoque diferencial de los menores de edad que pertenecen a una comunidad indígena. Esta prevalencia especial concilia los derechos de los niños y su interés superior con los principios de identidad étnica y cultural y la pertenencia a una comunidad determinada.

Sobre el principio del interés superior del niño indígena se constata que existen una serie de normas de rango internacional, legal, administrativo, así como decisiones jurisprudenciales, que indican que cuando se trate de procesos jurisdiccionales o administrativos en donde esté involucrado un niño indígena, se deben proteger conjuntamente sus derechos individuales con los derechos colectivos a la identidad cultural y a su identidad étnica. En principio la competencia para resolver los conflictos relacionados con niños indígenas está en el seno de la comunidad a la que pertenecen y

deben ser resueltos por sus autoridades conforme a sus usos y costumbres. (Corte Constitucional, 2012, sentencia T – 001)

Lo señalado por la máxima corporación constitucional, ya había sido establecido por el legislador colombiano en el artículo 13 de la Ley de Infancia y Adolescencia, que señala como uno de los principios para su aplicación, en lo relacionado a los derechos de los niños, niñas y adolescentes pertenecientes a pueblos indígenas y demás grupos étnicos, que estos, gozarán en primer lugar de la norma constitucional y legal colombiana, así como de los tratados internacionales firmados por Colombia y siempre que no contraríen a estas normas, se aplicarán entonces los principios y normas de su respectiva cultura, y sin desconocerla en los casos de su debida aplicación.

Es de resaltar la obligatoriedad que señala la norma constitucional y legal colombiana, consistente en que la autoridad administrativa o judicial deberá siempre reconocer el derecho a la libre expresión de la voluntad de los niños, niñas y adolescentes involucrados en los procesos que definen el reconocimiento de sus derechos fundamentales indicando a que grupo pertenecen, ya que se decidirá de manera integral en busca del reconocimiento de su interés superior.

En la sentencia T-923 de 2013, con ponencia del Magistrado Alberto Rojas Ríos, se considera al niño como un ser humano en proceso de formación y desarrollo, por eso los califica como sujetos de especial protección constitucional, al señalar:

La Constitución Política en su artículo 13 anticipa el deber de protección especial que tiene el Estado, la sociedad y la familia frente a los niños, niñas y adolescentes en consideración a la condición de debilidad y extrema vulnerabilidad en que se encuentran por su condición de ser humano en proceso de formación y desarrollo: El Estado

protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellos se cometan. (Corte Constitucional, 2013, sentencia T – 923)

Lo anotado en la citada sentencia es coherente con el artículo 7 de la Ley de infancia que trata de la protección integral a que tienen derecho los niños, niñas y adolescentes, en su calidad de sujetos de derecho para garantizar su máximo cumplimiento, así mismo, para prevenir las consecuencias de los que se encuentran amenazados o vulnerados y finalmente para lograr el restablecimiento de manera puntual, en razón a su interés superior.

En la sentencia T-139 de 2013, con ponencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, se habló acerca de la prevalencia de los derechos de los niños con discapacidad. Sostiene la alta corporación en la situación en análisis, que si se trata de un niño, niña o adolescente en condiciones de discapacidad física o mental; y que por el hecho de su situación que constituye un problema de salud ya sea físico o mental, deben primar sus derechos, derribando cualquier obstáculo que impida que estos puedan ejercer sus derechos de manera efectiva.

En la sentencia T-586 de 2013, con ponencia del Magistrado Nilson Pinilla Pinilla, la Corte reiteró jurisprudencia al afirmar que los niños se encuentran en una situación de indefensión. Al respecto afirmó que:

Uno de los sectores más débiles de la población está conformado por los niños, quienes a pesar de ser la esperanza de la sociedad, son al mismo tiempo objeto de maltrato y abandono. Una comunidad que no proteja especialmente a los menores mata toda ilusión de avanzar en la convivencia pacífica y en el propósito de lograr un orden justo. (Corte Constitucional, 2013, sentencia T – 586)

Esta afirmación que hace la Corte Constitucional colombiana denota el compromiso de la corporación con el presente de la infancia, y es que se entiende que los niños y niñas son el presente y no el futuro del país. Sus derechos son impostergables, ya que no se recuperan fácilmente cuando se dejaron de dar en la etapa de su vida denominada Primera Infancia, la cual es conocida actualmente como la etapa de la vida del ser humano, en la que desarrolla su salud física y mental.

Vale la pena expresar que en la actualidad la Corte Constitucional ha desarrollado el concepto de niño de manera más enérgica, más amplia y con mayor rigor en cuanto a la sanción a los infractores de las normas que consagran sus derechos fundamentales y prevalentes.

En la sentencia T-200 del 2014, la Corte se pronuncia acerca del interés superior del menor. En este caso puntual, a los que se encuentran en estado de discapacidad, para reforzar su protección. A continuación, se transcribe un párrafo de la Sentencia T-200 del 2014 que corrobora lo expresado.

La jurisprudencia de esta Corporación, al interpretar el cuerpo normativo que regula la garantía de los derechos de los niños, ha concluido que en todos los casos relacionados con la protección de sus derechos, el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor. El principio del interés superior de los niños también se encuentra incorporado en la Convención de los Derechos del Niño (artículo 3.1), al exigir 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.

Debido a la condición de vulnerabilidad de los menores y a su necesidad de especial cuidado, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que aquellos tienen estatus de sujetos de especial protección constitucional por ser una “población vulnerable, frágil, que se encuentra en proceso de formación”. Lo anterior, ha permitido la salvaguarda y promoción de sus derechos en situaciones concretas donde el Estado, la sociedad y la familia deben concurrir para promover los mismos.

Se trata de un principio que condiciona el actuar de las personas y de las instituciones estatales y privadas al momento de la toma de decisiones en las que puedan verse afectados los niños o las niñas, ordenando valorar sus intereses como superiores. En otras palabras, es el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos de los menores.

Bajo esta lógica es que la jurisprudencia de esta corporación, al interpretar el cuerpo normativo que regula la garantía de los derechos de los niños, ha concluido que en todos los casos relacionados con la protección de sus derechos, “el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor.” (Corte Constitucional, 2014, sentencia T – 200)

La Honorable Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que en todos los casos relacionados con la protección de sus derechos, el criterio primordial a seguir por las autoridades competentes debe ser el de la preservación y protección del interés prevaleciente y superior del menor.

En el aludido orden de ideas y bajo todos los logros alcanzados se puede concluir que la evolución conseguida por la administración de justicia nacional e internacional en pro del



mejoramiento de las condiciones del niño han logrado trascender fronteras y considerar al niño como un sujeto de especial protección, sin embargo, considera la investigadora que el camino es largo y la norma aún carece de una aplicabilidad absoluta en el plano nacional. Si bien es cierto, se ha logrado la aprobación de normatividades encaminadas a lograr la protección del niño, se evidencia que siguen siendo víctimas de violencia intrafamiliar, abusos sexuales e incluso ahora mueren de hambre o sed. En ese orden de ideas, el Estado se encuentra aún en la obligación de brindar y garantizar una efectiva protección y será el Principio del interés superior el encargado de aglomerar la normativa tendiente a una efectiva protección.

Hoy tenemos la obligación, es decir, el deber de hacer que los niños y niñas se desarrollen en un ambiente lleno de amor, paz, tranquilidad, y de esta manera garantizar que, entre los hombres y mujeres, paulatinamente se disuelva esta cultura de la incansable competencia y discriminación imperante en nuestro país.

### Capítulo 3

#### **El principio del interés superior del niño y los criterios constitucionales para su aplicación**

Los principios, también hacen parte del ordenamiento jurídico, y hoy día ostentan un “estatus” jurídico de suma importancia, incluso de cierta forma superior al de las normas tipo regla, esto debido a la cada vez más compleja estructura del derecho y de las relaciones jurídicas que este pretende regular. Los principios juegan un papel armonizador dentro del ordenamiento jurídico, de hecho, así lo ha manifestado la Corte Constitucional, la cual en lo particular menciona lo siguiente:

El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho. (Corte Constitucional, 1992, Sentencia T-406)

En primer lugar, debe definirse lo que se debe entender por ordenamiento jurídico, pues resultaría inoficioso proseguir sin esclarecer su concepto, solo así comprenderemos mejor su estructura, y al mismo tiempo podremos revisar si en efecto las definiciones arrojadas por la

doctrina (o la mayoría de esta), satisfacen la tan compleja estructura del derecho mismo. Como segunda medida, se debe analizar el concepto de la norma jurídica en sí.

De tal manera, resulta pertinente citar lo que al respecto señala Aníbal Torres Vásquez (2001) sobre el ordenamiento jurídico:

La norma jurídica nunca está sola sino como integrante de un conjunto regulativo que se encarga de organizar un cuerpo social. El conjunto de normas jurídicas vigentes en determinada colectividad constituye *el Derecho* u *ordenamiento jurídico*. Con la coincidencia de la idea de Derecho con la idea de ordenamiento jurídico se quiere significar que el derecho no se debe entender respecto a las normas jurídicas que lo componen *aisladamente*. El ordenamiento jurídico es el todo y la norma solo una parte de este (p. 249)

Con esto, se deja por sentado que el ordenamiento jurídico está compuesto por un conjunto de normas jurídicas, sin embargo, nos queda por analizar las características de estas últimas. Visto esto, se deben resolver los siguientes interrogantes: ¿Qué se debe entender por normas jurídicas? y ¿Son los principios normas jurídicas? Al respecto hay que señalar, aunque no existe un acuerdo unánime referente a que se entiende por norma, y más aún, por norma jurídica, los doctrinantes han desarrollado cierto contenido académico al respecto, verbigracia, Torres (2001) señala que: “la norma o regla jurídica es un esquema o programa de conducta que disciplina la convivencia social, en un lugar y momento determinado, mediante la prescripción de derechos y deberes, cuya observancia puede ser impuesta coercitivamente” (p.189).

Si a bien se tiene, también es posible citar a otro autor que comparte la misma idea, esto para efectos de un mejor análisis de los postulados mayoritarios de la doctrina. En tal corriente se puede situar a Marco Gerardo Monroy Cabra (2010), el cual señala:

La norma jurídica tiene la estructura de un juicio. Los elementos lógicos: sujeto, cópula y predicado, al ser trasplantados al terreno jurídico, se denominan supuestos o hipótesis o condición, disposición o consecuencia jurídica y cópula [...]. La norma jurídica pertenece a la categoría de los juicios del deber ser. Esto por cuanto la norma, dado a un antecedente, señala una consecuencia, pero no como algo que debe ser. La fórmula que esquematiza la norma se ha enunciado así: “Si es A, debe ser B”. (pp. 101 - 102)

Lo primero que se debe resaltar, es que en efecto dichas definiciones quedan cortas a la hora de ofrecer un concepto apropiado y acorde con la conformación de lo que hoy día representa un ordenamiento jurídico, aún, uno positivista o planteado como tal, como es el caso del ordenamiento colombiano. Tales doctrinantes arrojan una idea demasiado específica con respecto a lo que debemos entender por norma jurídica, a lo sumo, describen con lucidez lo que corresponde a la clasificación de norma tipo regla, limitando un concepto general a una especie del conjunto que integra el todo, es decir, definen con precisión las normas tipo regla, dejando por fuera los valores y los principios, sin los cuales no tendremos una idea real de la estructuración de dicho conjunto, esto es, del ordenamiento jurídico, comenzando incluso por la norma de normas. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado que:

La Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la

nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales (Corte Constitucional, 1992, sentencia T – 406)

Este postulado de la Corte Constitucional es coherente con lo establecido en la Constitución Política de 1991, la cual en su artículo 2º, afirma que uno de los fines esenciales del Estado es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, lo que claramente le da un papel trascendental a la aplicación y cumplimiento de principios constitucionales por parte de las institucionales judiciales y administrativas, como parte fundamental del ordenamiento jurídico colombiano.

Con lo anterior, se puede afirmar que en efecto los principios sí son normas jurídicas, pero operan bajo una lógica distinta a la de las normas tipo regla.

Cabe destacar que al igual que las normas tipo regla, los principios ostentan un lugar en la pirámide normativa que conforma todo el ordenamiento jurídico, en efecto, los principios pueden categorizarse de acuerdo a la posición que ocupen en dicha jerarquía, lo cual dependerá a su vez de la categoría del texto normativo del cual se desprendan, ya sea por encontrarse expresa o implícitamente inmersos en la norma. Como ejemplo tenemos que, si hablamos de principios derivados de la Constitución Política de 1991, nos encontraremos ante un principio del orden constitucional, en ese mismo sentido si el principio es derivado de una ley, estrictamente

hablando, el principio se entiende del orden legal, no obstante, la función que estos cumplen, independientemente del orden al que pertenezcan es en esencia la misma. Dicha afirmación se entiende, al observar lo manifestado al respecto por Schneider (1991), citado por la Corte Constitucional:

Los principios Constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden. Los valores, en cambio, expresan fines jurídicos para el futuro; son la mira que jalona hacia el orden del mañana.

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo 4 del texto fundamental. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial.

[...]. De manera similar, la diferencia entre principios y reglas constitucionales no es de naturaleza normativa sino de grado, de eficacia. Las normas, como los conceptos, en la medida en que ganan generalidad aumentan su espacio de influencia pero pierden concreción y capacidad para iluminar el caso concreto (Corte Constitucional, 1992, Sentencia T-406)

Ciertamente los principios cumplen un papel fundamental en el ordenamiento jurídico, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y en consecuencia, limitan el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional, su función es tanto fundamental como distinta a la asignada a las reglas, sirven de guía en el presente, en cuanto aspectos políticos y axiológicos que deben tener en cuenta las normas tipo reglas, y a su vez limitan la aplicación de las mismas, son en cierta forma superiores, al tiempo que dependen de las reglas debido a su carácter general y a su textura abierta, lo que toca directamente su eficacia, con todo, estos pueden ser aplicados de manera directa e inmediata, si su eficacia lo permite, esto es, los principios tal como la Corte lo ha señalado, son el inicio del nuevo orden.

### **3.1 Concepto y función de los Principios**

Ronald Dworkin (2009) refiriéndose a los principios, señala que es “[...] un estándar que ha de ser observado [...] porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición [...] de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio” (pp. 72 – 73).

Se ha visto hasta el momento, lo que es una norma tipo regla y lo que es un principio o una norma tipo principio, surge entonces la necesidad en este momento, de analizar la lógica bajo la cual funciona cada una.

Plantea Dworkin (2009) que:

La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas [haciendo alusión a las normas tipo regla] es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero

difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera disyuntiva. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión. (pp. 74-75)

De manera que las reglas adoptan lo que se denomina una textura cerrada, aplicándose de manera disyuntiva, es decir, si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada (se aplica), o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión (no se aplica).

Aquello de la existencia de normas jurídicas tipo regla y normas jurídicas tipo principio puede parecer un juego de palabras, más aun si se tiene en cuenta nuestro acostumbrado e indiscriminado vocabulario, mediante el cual solemos sencillamente relacionar e identificar de forma directa las normas con las reglas, sin embargo, la labor de la investigadora es traer a colación los argumentos para defender la pertenencia de los principios jurídicos al ordenamiento jurídico, y si se asume que este último aglomera reglas, principios o incluso valores, no es posible evadir la realidad de que los principios no son más que una especie de norma jurídica.

En todo caso, se tiene que decir que la “textura” de las reglas y la de los principios difieren. Mientras que las reglas adoptan una textura cerrada, en la medida en que son aplicadas de forma disyuntiva, los principios operan bajo la modalidad de la textura abierta, por lo que son plasmados de una forma más general y cuya eficacia en muchos casos depende de la utilización de normas tipo regla, sin perjuicio de que puedan ser aplicados de manera directa, esto por cuanto sirven de lineamiento y limitante interpretativo para las normas de textura cerrada.



No menos cierto es, que los principios juegan un papel fundamental a la hora de tomar decisiones con respecto a casos concretos, estos suplen de cierta forma la incapacidad del derecho de regular todas las opciones posibles, ya que ayudan a reforzar una de las pretensiones del ordenamiento jurídico, esta es, la pretensión de ser pleno; fortalecen (o al menos intentan fortalecer) la capacidad del derecho, suplen las deficiencias del modelo positivista puro, y adaptan el derecho a las cada vez más complejas relaciones del ser humano.

Ahora que se han analizado conceptos básicos, es menester entrar en materia específica de estudio, el principio del interés superior del niño. Cada vez que nos enfrentamos a situaciones en donde se encuentra directa o indirectamente involucrado un niño (concepto que se estudió en su momento), se tiene que interpretar, aplicar e incluso crear el derecho bajo la observancia de este principio, pero cabe preguntarse, ¿En qué consiste este principio? ¿Cuál es su jerarquía? y demás interrogantes relacionados que hagan falta para una comprensión adecuada de este principio jurídico en particular, al respecto la Corte Constitucional ha desarrollado su jurisprudencia, dicha corporación ha señalado que:

Atendiendo la 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 (Corte Constitucional, 2012, sentencia T - 260).

Tal como se ha sostenido a lo largo de esta investigación, los niños gozan de una especial protección que se extiende a muchos de los aspectos de su vida, se trata sin duda alguna de una condición privilegiada más no arbitraria, pues disfrutan de esa prevalencia en virtud de su condición de debilidad manifiesta, es justo entonces, y además acorde a la constitución del Estado social de derecho que dicha vulnerabilidad sea compensada, buscando de esa forma una igualdad no solo formal sino real.

No son pocas (tal como fue señalado) las providencias que sirven de ilustración a la hora de entender este principio, en ese sentido, se propone citar a continuación apartes de sentencias en las cuales la honorable guardian<sup>3</sup> de la Constitución ha dado cátedra respecto al tema. En este orden de ideas, la Corte ha señalado:

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 (Corte Constitucional, 2011, sentencia T-557)

Igualmente señala que “de acuerdo con la Constitución Política de Colombia, y los niños no sólo son sujetos de derechos, sino que sus derechos e intereses prevalecen en nuestro ordenamiento jurídico” (Corte Constitucional, 2014, sentencia T-044), y que:

---

<sup>3</sup>Parafraseando a Hans Kelsen y haciendo referencia a la Corte Constitucional.

Además de limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, el principio del interés superior cumple también una importante función hermenéutica en la medida en que permite interpretar sistemáticamente las disposiciones de orden internacional, constitucional o legal que reconocen el carácter integral de los derechos del niño facilitando del mismo modo resolver eventuales incompatibilidades en el ejercicio conjunto de dos o más derechos respecto de un mismo infante, así como llenar vacíos legales en la toma de decisiones para las cuales no existe norma expresa (Corte Constitucional, 2003, sentencia C – 273)

Con esto, el concepto del interés superior del niño ha debido quedarnos claro, con todo, resulta apropiado resumir lo citado con antelación y definirlo, tarea osada de por sí, pero desde luego necesaria para el adecuado desarrollo de este trabajo. Nos queda entonces que: El principio del interés superior del niño es aquel en virtud del cual los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho gozan de una especial protección y cuidado por parte del Estado, la familia y la sociedad en los aspectos materiales psicológicos afectivos y jurídicos, de manera que se garantice su desarrollo y bienestar armónico e integral así como el ejercicio pleno de sus derechos, los cuales prevalecen sobre los derechos de los demás.

Teniendo en mente al menos una noción sobre este principio jurídico vale la pena analizar los criterios que deben ser tenidos en cuenta a la hora de ser aplicado por los jueces y o autoridades administrativas, o, en otras palabras, se procederá al estudio de su particular operación.

La jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional también nos brinda las herramientas para esta laboriosa tarea, al respecto se ha dicho:

De acuerdo con la citada sentencia<sup>4</sup>, para establecer cómo se satisface el interés superior se deben hacer consideraciones de dos tipos: i) fácticas: referidas a las circunstancias específicas del caso en su totalidad; y ii) jurídicas: referidas a los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños. Sobre este asunto, la jurisprudencia constitucional ha sido consistente en señalar que las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad importante para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores de edad implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés. (Corte Constitucional, 2014, Sentencia T-044)

Teniendo en cuenta lo resaltado en la jurisprudencia de la Corte, es preciso indicar varios aspectos relacionados con la aplicación del principio del interés superior del niño. En particular se debe hacer énfasis en el fin que este persigue, el cual como se ha podido ver es en términos generales proteger al niño, niña o adolescente. En esa medida, cada vez que existan situaciones en las que se encuentren involucrados los derechos de un niño, ineludiblemente se tendrá que hacer observancia de este principio, una vez en el caso concreto, se atenderá a criterios y reglas para su aplicación. En lo que respecta a los criterios se pueden encontrar dos factores, en primer lugar, la situación fáctica del caso en su totalidad, esto por un lado, y por el otro, el análisis de los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños. Luego en lo relativo a las reglas (señaladas con anterioridad) se atenderán los deberes establecidos en favor de los niños.

---

<sup>4</sup>Nota: se refiere a la Sentencia T-510 de 2003.

Tal como se mencionó, cuando no sea claro cómo se debe satisfacer el interés superior del niño, “[...] de acuerdo con el desarrollo jurisprudencial sobre la materia, se deben hacer las consideraciones fácticas y jurídicas necesarias, contando el juez con un amplio margen de discrecionalidad, que lo lleve a adoptar una decisión siguiendo los criterios generales trazados por la Corte Constitucional” (Corte Constitucional, 2014, sentencia T-044). Sobre dicha discrecionalidad, vale la pena detenerse y analizarla, utilizando para ello la ilustración mediante ejemplos de casos concretos.

Frente a un caso de colisión de normas, puede ser el caso de que una regla se encuentra (bajo unas circunstancias fácticas específicas), en contradicción con el principio del interés superior del niño, a continuación se materializara dicho pensamiento en un caso real:

La señora (accionante), actuando en nombre propio y en el de sus dos hijos menores Juan Felipe y Fabián Andrés Müller Estupiñán, [...] presentó [...] acción de tutela [...], dirigida a obtener se “revoque” [...] resolución [...] proferida por el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS-, mediante la cual se ordenó la deportación de su esposo Robert Müller de nacionalidad alemana. (Corte Constitucional, 1996, sentencia T - 215)

En dicho caso, el DAS (Departamento Administrativo de Seguridad) profirió una resolución en contra del esposo (de nacionalidad alemana) de la accionante. Ellos mantuvieron una relación de unión marital de hecho por más de siete años y producto de ella nacieron dos niños, ambos registrados civilmente en Colombia como hijos de la accionante y su esposo, este último había ingresado a Colombia y tenía permitido permanecer en el territorio nacional por un término de 90 días, dicho término fue superado por el ciudadano alemán y como consecuencia el

DAS, en aplicación de las reglas de materia migratoria, decidió deportarlo así como prohibirle el ingreso al país por el término de un (1) año.

En el momento en que el Departamento Administrativo de Seguridad profirió dicha resolución debió tener en cuenta que la situación involucraba a los hijos menores de edad del deportado, que por cierto son colombianos de nacimiento y cuyo domicilio se mantenía en territorio nacional. Lo anterior, supone un análisis de rigor teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso en su totalidad (consideraciones fácticas), así como del análisis de los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar de los niños (consideraciones jurídicas). De tal forma, en dicho caso, el DAS debió considerar que la resolución podía afectar de manera directa a los niños del ciudadano alemán, esto al verse violado su derecho fundamental a tener una familia y no ser separados de ella, derecho que, bajo la aplicación del principio del interés superior del niño, prevalece sobre los derechos de los demás.

En efecto, la Corte Constitucional resolvió el caso en favor de la accionante, en lo particular expresó:

Tener una familia, y no ser separado de ella constituye un derecho fundamental de todo niño, porque, es sabido que el ámbito natural de su socialización y desarrollo es el núcleo familiar y nadie, ni siquiera la autoridad civil o militar, tiene la potestad de desarraigarlo de su medio, lo cual ocurriría al privarlo de la protección paternal, porque ello entraña de hecho una violación constitucional por el propio Estado, de un derecho primario o primero, cuando su deber, al contrario es el de asistir y proteger al niño para garantizar su

desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. (Corte Constitucional, 1993, sentencia T- 326)

Lo anterior es claro ejemplo de aplicación del principio del interés superior del niño. Como se puede observar, los derechos de los niños deben prevalecer aun cuando se presenten colisiones con otras normas, claro está que tal como lo expresó la Corte, las soluciones que se brindan a este tipo de situaciones siempre deben estar en el marco de lo razonable, y sin sacrificar el núcleo y la esencia de los derechos fundamentales, lo cual también se sabe que resulta utópico, pues en el mundo del derecho, las normas eventualmente entran en disputa, sin importar su jerarquía.

La conclusión que se obtiene es que las actuaciones judiciales o administrativas, así como la interpretación y creación del derecho mismo, deben ser miradas con mayor detenimiento y rigor en favor de los derechos de los niños, todo esto en virtud del principio del interés superior del niño, ya que este nos orienta en beneficio del bienestar integral de aquellos. Adicional a esto, se observa que dicho principio puede aplicarse directamente en las decisiones adoptadas por los jueces y las instituciones del Estado. En el mismo sentido, se debe señalar que la obligación por procurar el bien del niño no solo se encuentra en manos del Estado, sino también de la sociedad entera y en especial de la familia, lo que ciertamente refuerza la efectividad de los derechos de la infancia y la adolescencia.

En la Constitución Política, muchos son los nombres que adopta la norma situada en la cima y al mismo tiempo en la base de todo nuestro ordenamiento jurídico, lo cierto es que de conformidad con su artículo 4:

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades. (Const., 1991, art. 4)

El principio del interés superior del niño tiene origen nacional en la misma carta política, más precisamente en su artículo 44, el cual reza:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. (Constitución 1991, art 44)

Mucho se ha mencionado con respecto a este principio, que como vemos, se puede encontrar en el cuerpo normativo de la Constitución de 1991. Sobre el particular:

¿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. (Corte Constitucional, 2012, sentencia T-260)

### **3.1.1 Los principios como criterios de justicia en un Estado constitucional**

Cada vez que se piensa en el principio del interés superior, no se puede eludir pensar en su categoría, es decir, su ubicación dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico, esto es, su rango constitucional.

Resulta conveniente para el análisis, empezar por preguntarnos ¿Qué se debe entender por norma fundamental? El profesor Abraham Zamir Bechara Llanos (2011) ha desarrollado el tema de la diferenciación entre norma y disposición de derecho fundamental haciendo uso de las bases teóricas del jurista alemán Robert Alexy, aunque no exactamente enfocado a los principios. En lo particular señaló:

Alexy plantea una definición de norma y disposición de derecho fundamental, para explicar la relación entre la constitución y el estudio de las normas iusfundamentales: “las normas de derecho fundamental son aquellas que se expresan mediante disposiciones iusfundamentales, y las disposiciones iusfundamentales son exclusivamente los enunciados contenidos en el texto de la ley fundamental”. Esta respuesta presenta dos problemas. El primero consiste en que, como no todos los enunciados de la ley

fundamental expresan normas de derecho fundamental, dicha respuesta presupone un criterio que permita clasificar los enunciados de la ley fundamental, en aquellos que expresan normas de derecho fundamental, ya que estos no lo hacen. El segundo problema puede formularse con la pregunta acerca de si a las normas de derecho fundamental de la ley fundamental, realmente pertenecen aquellas que son presentadas directamente por enunciados de la ley fundamental, es decir, si estas se indican de manera expresa como derechos fundamentales (p. 68)

Más allá de que el aparte citado quizá no despeje la duda con absoluta claridad, este deja pistas para perseguir nuestro objetivo, ya que se podría aplicar lo señalado para reconocer cuando se está en presencia de un principio fundamental, en ese sentido, se ha visto que las disposiciones de derecho fundamental lo serán dependiendo del criterio que se utilice para identificarlas, es decir, según se acuda al criterio, formal, material, axiológico y/o de conexidad. Ahora bien, se debe dejar de manifiesto, según lo visto, que las disposiciones de derecho fundamental no necesariamente se encuentran enunciadas de manera expresa como tales, y que no necesariamente una norma contenida en la Constitución debe entenderse por ese solo hecho como disposición de derecho fundamental.

En ese orden de ideas, es posible en razón de la aplicación de alguno de los criterios mencionados, determinar si el principio del interés superior del niño obedece o no a un principio fundamental.

Partamos con el criterio formal. Si se observa el cuerpo normativo de la Constitución Política de 1991 se podrá observar que existe un acápite que señala expresamente cuales principios han de tenerse como fundamentales, en efecto, el Título I de la norma de normas,

señala, de los principios fundamentales, y enuncia 10 artículos que ineludiblemente han de ser comprendidos como disposiciones, o mejor, como principios fundamentales de la carta política. Al realizar una lectura de cada una de estas disposiciones, no se encuentra de manera expresa, el principio en mención.

Sin embargo, no es posible detenerse allí, pues de esa forma, no se lograría entender la magnitud del principio que nos ocupa. Es cierto que tal precepto jurídico no se enuncia de manera expresa en dicho Título I, incluso, también es cierto que ni siquiera se anuncia como tal en todo el cuerpo normativo de la carta política, es decir, no existe norma expresa en la Constitución que señale al principio del interés superior del niño como un principio, pero esto no es óbice para desconocer su existencia y su naturaleza, ya que otros preceptos entendidos también como principios, no lo son precisamente en razón a que se hayan enunciado de forma expresa.

En tal sentido podemos enunciar varios ejemplos, tales como el principio de la buena fe, o el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, y aun aquellos que se desprenden de la interpretación sistemática de la norma de normas, tal como el principio de proporcionalidad. A lo que la investigadora desea hacer alusión, es a como en los casos enunciados, se aceptan estos principios se aceptan de manera inequívoca a pesar de no estar enunciados expresamente, como sí, por ejemplo, lo están los principios del Título I capítulo I o los contemplados en los artículos 53 y 49 de la carta política.

En este orden de ideas, no se puede desconocer el rango constitucional del principio del interés superior del niño, pero ello no es suficiente, pues debe ser entendido además como un principio fundamental, quizá no bajo el criterio formal estricto, pero si bajo un entendimiento de

su enunciado, en armonía con el sentido del Estado social de derecho, los postulados de derecho fundamental y el contenido normativo de la constitución misma, toda vez que dicho principio, ha sido contemplado en favor de una población que como ya se ha visto, es innegablemente vulnerable en razón a sus condiciones particulares, y más aún, cuando se ha establecido para reforzar la garantía y efectividad de sus derechos.

### **3.1.2 El principio de interés superior en normas internacionales y en la legislación colombiana**

En la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, el principio del interés superior del niño también se halla contenido en su cuerpo normativo, en efecto, si se observa el numeral 1 del artículo 3°, puede ser visto de manera clara y expresa “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” (1989, art. 3).

La inclusión de dicho principio en la Convención, resulta reiterada, pues a lo largo del cuerpo normativo de este instrumento internacional, se pueden hallar distintas disposiciones que lo nombran, verbigracia, el artículo 9.1, el artículo 18.1, el artículo 20.1, el artículo 21 párrafo 1, el artículo 37 literal c, el artículo 40.2, literal b, inciso iii, así como también en el contenido de sus dos protocolos facultativos: el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados (preámbulo) y el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (artículo 8.3).

De esta forma, se puede ver que dicho principio se convierte en uno de los derroteros esenciales del trato hacia los niños, toma un lugar protagónico en las situaciones de diversa índole que se relacionen con estos, se convierte en el faro de orientación para el implemento de políticas, directrices, toma de decisiones, creación de normas, y en general para la adopción de medidas concernientes a los niños. En tal sentido el Comité de los Derechos del Niño ha señalado:

El objetivo del concepto de interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño. El Comité ya ha señalado que "[l]o que a juicio de un adulto es el interés superior del niño no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos del niño enunciados en la Convención". Recuerda que en la Convención no hay una jerarquía de derechos; todos los derechos previstos responden al "interés superior del niño" y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del niño. (2013, p. 4)

A pesar de que el concepto del interés superior del niño no fue acuñado por primera vez en la convención, sin duda alguna, manifiesta el sentido que se persigue a la hora de promover y garantizar los derechos de estos. Ciertamente, se pueden hallar prerrogativas que inequívocamente marcaban la pauta con respecto a este principio, en ese sentido puede ser encontrado el segundo principio de la Declaración de los Derechos del Niño (1959):

El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en

condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño. (Principio 3)

No obstante, la Convención sobre los Derechos del Niño no funge como pionera en cuanto a la inclusión del principio en mención, si le brinda mayor eficacia en la medida en que este instrumento otorga derechos en favor de estos seres humanos, facilitando así la labor de protección que requieren.

Tal como lo señala el Comité de los Derechos del Niño (2013):

El interés superior del niño es un concepto triple:

- a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general.
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.
- c) Una norma de procedimiento: La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras

consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

(p. 4)

La particular naturaleza de este principio permite que sea en cierta forma flexible y adaptable, por cuanto su contenido debe apreciarse según cada caso concreto, se trata de brindar la mayor garantía al niño, lo que en definitiva dependerá de cada situación particular. El análisis toma lugar ya sea que se esté tomando una decisión que pueda afectar a un niño en particular, un conjunto concreto de ellos, o a los niños en general, las medidas deben ser evaluadas teniendo en cuenta todas las particulares del caso:

El concepto de interés superior del niño es complejo, y su contenido debe determinarse caso por caso. El legislador, el juez o la autoridad administrativa, debe ajustarse y definirse de forma individual, con arreglo a la situación concreta del niño o los niños afectados y teniendo en cuenta el contexto, la situación y las necesidades personales. En lo que respecta a las decisiones particulares, se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en función de las circunstancias específicas de cada niño en concreto. En cuanto a las decisiones colectivas (como las que toma el legislador), se debe evaluar y determinar el interés superior del niño en general atendiendo a las circunstancias del grupo concreto o los niños en general. (Comité de los Derechos del Niño, 2013, p. 10)

Ahora bien, dicha flexibilidad y adaptabilidad tiene sus límites, en este sentido el principio del interés superior del niño nunca puede ser prescindible, su mandato es claro e imperativo, debe aplicarse siempre que los niños se vean relacionados, es sin duda una consideración primordial, y no se puede perder de vista lo que ello implica.

El principio establece una serie de obligaciones a cargo de los Estados partes ya que manifiesta:

Todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho (Comité de los Derechos del Niño, 2013, p. 5).

Tales obligaciones serían:

- a) La obligación de garantizar que el interés superior del niño se integre de manera adecuada y se aplique sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas, en especial en todas las medidas de ejecución y los procedimientos administrativos y judiciales que afectan directa o indirectamente a los niños;
  - b) La obligación de velar por que todas las decisiones judiciales y administrativas, las políticas y la legislación relacionadas con los niños dejen patente que el interés superior de estos ha sido una consideración primordial; ello incluye explicar cómo se ha examinado y evaluado el interés superior del niño, y la importancia que se le ha atribuido en la decisión.
  - c) La obligación de garantizar que el interés del niño se ha evaluado y ha constituido una consideración primordial en las decisiones y medidas adoptadas por el sector privado, incluidos los proveedores de servicios, o cualquier otra entidad o institución privadas que tomen decisiones que conciernen o afecten a un niño.
- (Comité de los Derechos del niño, 2013, p. 5)



Dichas obligaciones en cabeza de los Estados partes surgen a partir de la aplicación conjunta de la Convención en sí misma, especialmente en lo previsto en los artículos 4, 42 y 44 párrafo 6.<sup>5</sup>

Al respecto podemos citar lo señalado en dichas disposiciones:

Artículo 4. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Artículo 42. Los Estados Partes se comprometen a dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto a los adultos como a los niños.

Artículo 44. Numeral 6. Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, arts. 4, 42, 44)

Se puede ver como en consecuencia de la aplicación de este principio, los Estados partes se comprometen en la adopción de medidas de diversa clase para lograr cumplir sus obligaciones. La tarea es difícil, sin embargo "no hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el

---

<sup>5</sup>Tales disposiciones fueron las principales, que, a consideración del Comité de los Derechos del Niño, resultaban indispensables para el cumplimiento de las obligaciones que surgen a partir del principio del Interés Superior del Niño. Así mismo reiteran su establecimiento como una cuestión de Consideración Primordial en todas las decisiones materia de derechos de la infancia y la adolescencia.

progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana"(UNICEF, 2006, p. 3). La tarea final es la consecución de un mundo mejor para los niños, es la labor por la que los Estados, la familia y sociedad deben luchar.

Ahora bien, tales medidas comprenden un conjunto amplio de acciones en aras de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Convención a favor de los niños. Constituye una labor tanto normativa, como política y educativa, con la cual se trata de abarcar todas las áreas posibles para el alcance de los objetivos; es la creación de leyes acordes con lo estipulado en la Convención, la concientización de la importancia que revisten los derechos de los niños, la difusión de las normas que se han establecido en favor de dicha población, es el cambio de paradigma de las autoridades y la sociedad entera, ciertamente corresponde un conjunto de acciones de alguna forma complejas, pero necesarias, tan necesarias como el compromiso mismo por parte de todos. En palabras del comité para que los Estados parte garanticen el cumplimiento de sus obligaciones derivadas del Principio del interés superior del niño, deben adoptar una serie de medidas, entre esas:

- a) Examinar y, en su caso, modificar la legislación nacional y otras fuentes del derecho.
- b) Reafirmar el interés superior del niño en la coordinación y aplicación de políticas en los planos nacional, regional y local;
- c) Establecer mecanismos y procedimientos de denuncia, curso o reparación con el fin de dar plenos efectos al derecho del niño a que su interés superior se integre debidamente y se aplique de manera sistemática en todas las medidas de ejecución y procedimientos administrativos y judiciales (Comité de los Derechos del Niño, 2013, p. 6).

La lista es larga y representa un verdadero compromiso de los Estados parte en cuanto a garantías y efectividad de los derechos de los niños se trata, y en especial de las obligaciones generadas a partir de la incorporación del principio en estudio en cada ordenamiento jurídico.

En el avance de los Estados en cuanto al cumplimiento de las metas y la adopción de las medidas no existe uniformidad. En el caso concreto de Colombia, se puede ver que en efecto se han adoptado medidas pero que estas no son suficientes o no alcanzan el grado de eficacia solicitado por el Comité de los Derechos del Niño. No obstante, el comité ha reconocido los avances hasta ahora alcanzados por el Estado Colombiano, de acuerdo con el informe denominado Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Colombia (2015). El Comité apreció la ratificación de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, en 2012; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en 2011; el Convenio sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos (Convenio 189) de la OIT, en 2014. En el mismo sentido, aplaudió la acogida satisfactoria de la Ley 1542, sobre la violencia doméstica, en 2012; la Ley 1448, de Víctimas y Restitución de Tierras, en 2011; la Ley 1146, sobre la prevención de la violencia sexual y la atención integral de los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, en 2007; la Ley 1098, por la que se aprobó el Código de la Infancia y la Adolescencia, en 2006.

Igualmente, reconoció el esfuerzo de Colombia al adoptar las siguientes políticas y medidas institucionales: el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018; la Política Pública Nacional de Equidad de Género para las Mujeres (2012); el Plan estratégico para la eliminación de la transmisión materno infantil del VIH/SIDA (2011); la Política y Estrategia para la Atención

Integral de la Primera Infancia (2010); y el Plan Nacional para la Niñez y la Adolescencia 2009-2019.

Como se puede observar, el Estado colombiano ha adoptado ciertas medidas en aras de cumplir con las obligaciones derivadas de la Convención sobre los Derechos del Niño, con todo, el Comité ha expresado su preocupación en algunos temas en los que nuestro país no ha satisfecho los requerimientos necesarios en favor de la infancia y la adolescencia, en tal sentido el comité ha expresado preocupación en cuanto a: medidas generales de aplicación (Legislación; políticas y estrategias integrales; Coordinación; asignación de recursos; cooperación con la sociedad civil; y derechos del niño y sector empresarial); principios generales, violencia contra los niños (Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia; explotación y abusos sexuales; y prácticas nocivas);<sup>6</sup> entorno familiar y modalidades alternativas de cuidado (Niños privados de su entorno familiar; y adopción); discapacidad, salud básica y bienestar; VIH/SIDA; educación, esparcimiento y actividades culturales; medidas especiales de protección; ratificación del Protocolo Facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones; ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos; y cooperación con órganos regionales.

Si bien es cierto que el comité reconoció ciertos avances, aun en aquellas materias de preocupación, las recomendaciones son abundantes, sobre todo en cuanto a efectividad de las medidas, entre otros asuntos.

En lo particular al principio del interés superior del niño, el Comité ha señalado:

---

<sup>6</sup>Preocupa al Comité que el Código Civil aún contenga una excepción a la edad mínima para contraer matrimonio, fijada en 18 años, y permita a los niños y niñas de 14 años contraer matrimonio con el consentimiento de sus padres o tutores. También le preocupa que el matrimonio infantil, en particular de las niñas, sea muy corriente en el Estado parte. A pesar del compromiso público de las autoridades de la comunidad [deberá] de poner fin a la práctica de la mutilación genital femenina, dicha comunidad siga realizándola.

21. El Comité toma nota del reconocimiento legal del derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. No obstante, le preocupa la información según la cual ese derecho no ha sido aplicado sistemáticamente en la práctica debido a la falta de claridad conceptual sobre su contenido.

22. A la luz de su observación general N° 14 (2013), sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, el Comité recomienda al Estado parte que redoble sus esfuerzos para velar por que ese derecho sea debidamente integrado y consistentemente aplicado en todos los procedimientos y decisiones de carácter legislativo, administrativo y judicial, así como en todas las políticas, programas y proyectos que tengan pertinencia para los niños y los afecten. (Comité de los Derechos del Niño, 2013, p. 6)

Nuevamente, se puede observar como el principio Interés Superior del Niño debe verse inmerso en todas las medidas que involucren a los niños, y no solo eso, se debe valorar como consideración primordial.

Al respecto el Comité de los Derechos del Niño ha señalado:

El interés superior del niño debe ser una consideración primordial en la adopción de todas las medidas de aplicación. La expresión "a que se atenderá" impone una sólida obligación jurídica a los Estados y significa que no pueden decidir a su discreción si el interés superior del niño es una consideración primordial que ha de valorarse y a la que debe atribuirse la importancia adecuada en cualquier medida que se tome.

La expresión "consideración primordial" significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones. (Comité de los Derechos del Niño, 2013, pp. 10)

En resumen, comprender que el interés superior del niño es una consideración primordial es asimilar su particular importancia, es entender que implica un imperativo a cargo de los Estados parte, por el cual cada uno de estos se encuentra comprometido a valorarlo imprescindiblemente en cada una de las medidas que se tomen<sup>7</sup> en relación con el niño,<sup>8</sup> y con la debida importancia, es decir, mediante una valoración superior a la de cualquier otra consideración, de ahí su carácter primordial. Con todo, teniendo en cuenta las indicaciones del Comité, se reconoce el carácter flexible y adaptable del interés superior del niño, esto debido a que en efecto no se soslaya la posibilidad de contingentes conflictos con otros intereses y derechos, (por ejemplo, los de otros niños, el público o los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general), en estos casos se deben procurar soluciones adecuadas y proporcionales, que dependerán de la particularidad de las circunstancias, pero en todo caso, decidir con base en lo que sea mejor para el niño.

Ahora bien, más allá de la comprensión conceptual del interés superior del niño, el Comité de los Derechos del Niño ha planteado una guía para su correcta aplicación, lo que sin duda viene a complementar lo enunciado por la Corte Constitucional en cuanto a este asunto. El

---

<sup>7</sup>En cuanto al concepto "medidas", se debe asimilar que se trata de un término genérico que incorpora decisiones, actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas relacionadas con el Niño, así mismo la pasividad o inactividad, y las omisiones, también deben tenerse incluidas en el concepto de "medidas".

<sup>8</sup>El término *niño* (todo ser humano menor de dieciocho años ) debe tenerse en cuenta no solo en el ámbito individual, es decir, un niño o un grupo de niños en particular, sino también en el ámbito general y abstracto de la palabra, esto es, a los niños en general, sin embargo, el Interés Superior del Niño deberá ser analizado individualmente, es decir, dependiendo del caso concreto, sea que se trate de un caso individual o uno general (tal como la aprobación de una ley).

Comité básicamente coincide con la Corte al anunciar que son dos los aspectos que deben tenerse en cuenta a la hora de evaluar y determinar el interés superior del niño, al respecto menciona, por un lado, que deben establecerse los elementos pertinentes en relación con el contexto de los hechos concretos del caso, “para evaluar el interés superior del niño, dotarlos de un contenido concreto y ponderar su importancia en relación con los demás” (Comité de los Derechos del Niño, 2013, p. 12), por otro lado señala que necesariamente lo anterior deberá seguirse mediante un procedimiento que proteja las garantías jurídicas y la correcta aplicación del derecho; en este sentido se acude a lo expresado por la Corte, en tanto que se tiene en cuenta dos aspectos, el factico y el jurídico.

Sin embargo, la observación del Comité vas más allá, en cuanto que se mencionan cuales han de ser dichos elementos para la adecuada evaluación del aspecto factico, o en otras palabras, del contexto en relación con los hechos concretos del caso, para el efecto, el Comité elaboró una lista de factores, aclarando que estos no obedecen a una jerarquía y se encuentran planteados de manera meramente enunciativa, lo que sin duda no excluye otros factores pertinentes para la resolución de cada caso concreto, no obstante, de agregarse uno u otros elementos, estos no podrán ser “contrarios a los derechos consagrados en la Convención o que tendrían un efecto opuesto a esos derechos no pueden considerarse válidos al evaluar lo que es mejor para uno o varios niños” (Comité de los Derechos del Niño, 2013, p. 13).

Tal lista de factores legítimos incluye la opinión del niño. Este elemento a considerar constituye un derecho en sí, de conformidad con el artículo 12 de la convención, el cual señala:

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.

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. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 12)

En el ámbito nacional, Colombia poco a poco ha ido concediendo mayor importancia a la opinión del niño, de hecho, se puede vislumbrar lo antedicho, si se observa con detenimiento las normas relativas a la declaración de terceros del código general del proceso<sup>9</sup>, y las comparamos con la normatividad anterior del Código de Procedimiento Civil<sup>10</sup>.

En cuanto a las normas que contemplaba el Código de Procedimiento Civil, se podía encontrar en su artículo 215 las inhabilidades absolutas para testimoniar, el cual dictaba:

Son inhábiles para testimoniar en todo proceso:

1. Los menores de doce años.
2. Los que se hallen bajo interdicción por causa de demencia.
3. Los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito o por lenguaje convencional de signos traducibles por intérprete.<sup>11</sup> (Código de Procedimiento Civil, artículo 215)

---

<sup>9</sup>Véase: Ley 1564 de 2012, artículos 28 y subsiguientes.

<sup>10</sup>Véase: Decreto 1400 de 1970, artículos 213 y subsiguientes.

<sup>11</sup>Código de Procedimiento Civil colombiano (Decreto 1400 de 1970), el cual fue derogado por el literal c), artículo 626 de la Ley 1564 de 2012.



Tal como se ve, el legislador de la época desestimó a priori la validez de la palabra del niño, situación que resulta manifiestamente contraria al derecho de expresar la opinión consagrado en la Convención, en favor de estos, más aún cuando no se tuvo en cuenta que la madurez de cada niño es única, incluso cuando se comparte la misma edad, en ese sentido, rechazar de plano la validez de la palabra del niño sin tener en cuenta las condiciones particulares de cada uno resultaba a todas luces retrógrado y contrario al interés superior del niño.

De suerte para la sociedad colombiana, el nuevo Código General del Proceso desistió de aquella idea absurda, y en su lugar consagró lo siguiente:

Artículo 210: Inhabilidades para testimoniar. Son inhábiles para testimoniar en todo proceso los que se hallen bajo interdicción por causa de discapacidad mental absoluta y los sordomudos que no puedan darse a entender.

Son inhábiles para testimoniar en un proceso determinado quienes al momento de declarar sufran alteración mental o perturbaciones psicológicas graves, o se encuentren en estado de embriaguez, sugestión hipnótica o bajo el efecto del alcohol o sustancias estupefacientes o alucinógenas y las demás personas que el juez considere inhábiles para testimoniar en un momento determinado, de acuerdo con las reglas de la sana crítica [...].

(Ley 1564, 2012, artículo 210)

De esta forma el niño (aun siendo menor de 12 años) conserva su derecho a expresar su opinión en las medidas que lo afecten y a que esta sea tenida cuenta, toda vez que la nueva legislación no lo excluye, sino que la validez de su testimonio será evaluada conforme a criterios de sana crítica, tal como bien podría serlo, su particular madurez, entre otras.

La Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006 fue la norma mediante la cual se aprobó el Código de la Infancia y la Adolescencia, lo que sin duda representó un avance en materia legislativa para los derechos de los niños, así como también un indicador de la adopción de medidas en favor de estos, y como consecuencia de la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, tal como la Convención sobre los Derechos del Niño.

El principio del interés superior del niño encuentra definición legal, precisamente en dicho código, en lo particular señala:

**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 (Ley 1098, 2006, artículo 8)

De igual forma, dicha ley menciona el interés superior del niño en diversas ocasiones; puede observarse que el Código lo enuncia al menos en los artículos 6, 9, 46.6, 49, 140, 144<sup>12</sup>, 192, y 203.

La ley 1098 de 2006 ciertamente implicó un avance normativo, así como un cambio de paradigma con respecto a la ley que se vio derogada<sup>13</sup> por este código. Se trataba del anterior Código del Menor, el cual podía desprender connotaciones negativas por la sola denominación, al respecto la Corte Constitucional ha mencionado:

---

<sup>12</sup>En este caso se hace referencia específicamente al interés superior del adolescente, que tal como se ha visto, también debe considerársele como niño (en sentido general).

<sup>13</sup>A excepción de los Artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos los cuales quedan vigentes.

Las que en principio parecen pequeñas diferencias entre el Código del Menor y el Código de Infancia y Adolescencia, permiten evidenciar que este último “ha implicado un cambio sustancial en varias percepciones, incluso semánticas, sobre las relaciones de la sociedad con los sujetos de especial protección, respecto de quienes van dirigidas sus disposiciones. Por citar un ejemplo, con la nueva legislación se reemplaza el uso de la expresión menor, arraigada en nuestra cultura jurídica, por las categorías niño, niña o adolescente, en razón a la connotación peyorativa que puede desprenderse de la primera al momento de referirse a aquellas personas con una edad inferior a los dieciocho años”. (Corte Constitucional, 2013, sentencia T-955)

Ahora bien, el cambio no solo repercutió a nivel semántico, sino que significó una verdadera evolución sustancial en cuanto a la visión y concepto que se tiene en cuanto a los niños. Tal como en algún momento de esta tesis se mencionó, implicó el reconocimiento de aquellos como verdaderos sujetos de derecho y la transacción de modelos de situaciones irregulares a la protección integral para los niños.

Hablar del interés superior del niño es hablar de sus derechos y de los procedimientos para garantizar los mismos. La Ley 1098 de 2006 desarrolla con amplitud tales asuntos, y en tal sentido fue motivo de reconocimiento por parte del Comité de los Derechos del Niño, no obstante, dicho comité planteó algunas preocupaciones y consecuentes recomendaciones en relación con el Código de la Infancia y la Adolescencia, al respecto se ha dicho:

El Comité acoge con satisfacción la aprobación del Código de la Infancia y la Adolescencia. Sin embargo, le preocupa su aplicación efectiva, por las siguientes razones:

- a) Que no se hayan incluido en él algunas de las normas requeridas;
- b) Las deficiencias en el funcionamiento del proceso administrativo de restablecimiento de derechos previsto en el Código;
- c) Los insuficientes recursos asignados;
- d) Que no se asegure sistemáticamente la rendición de cuentas por los derechos de los niños, incluido el acceso efectivo a la justicia.

El Comité recomienda al Estado parte que:

- a) Asegure la aplicación efectiva del Código de la Infancia y la Adolescencia mediante la adopción de los reglamentos pendientes;
- b) Concluya sin más demoras la evaluación del proceso administrativo de restablecimiento de derechos para que pueda fortalecerse dicho proceso;
- c) Proporcione suficientes recursos humanos, financieros y técnicos para la implementación del Código;
- d) Adopte las medidas necesarias para asegurar sistemáticamente la rendición de cuentas por los derechos de los niños, incluido el acceso efectivo a la justicia.

(Comité de los Derechos del Niño, 2013, pp. 2 – 3)

Por lo visto, todavía quedan medidas por tomar, sobre todo para fortalecer la eficacia de la ley. En general, son muchas las normas nacionales e internacionales (ratificadas por Colombia), así como políticas nacionales, las que mencionan el interés superior del niño, por ejemplo, la ley 1448 de 2011 (artículo 191); la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (artículo 25); la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (artículos 7 y 23); el Plan Nacional para la Niñez y

la Adolescencia; la Política y Estrategia para la Atención Integral de la Primera Infancia; entre otras.

Colombia ciertamente ha logrado un avance normativo de gran magnitud, en cuanto a los derechos del niño se refiere, sin embargo, conforme lo expuesto, se pueden vislumbrar muchas fallas, particularmente en el margen de eficacia de la normatividad. A pesar de todo, resulta loable el progreso hasta aquí alcanzado, por cuanto siempre será bien recibido el beneficio en favor del niño.

### 3.2 Criterios jurisprudenciales de interpretación constitucional sobre el principio del interés superior del niño

La jurisprudencia como fuente de derecho ocupa un importantísimo papel dentro del ordenamiento jurídico. Tratándose del precedente dictado por las altas cortes, se observa que se constituye en fuente obligatoria para las autoridades judiciales y administrativas, más aun en el caso de estas últimas las cuales carecen de la autonomía que yace en cabeza de los jueces, al respecto la Corte Constitucional ha expresado:

Todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las altas cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto

esencial del Estado social y constitucional de derecho. (Corte Constitucional, 2011, sentencia C-539).

De manera que la jurisprudencia, y en particular el precedente judicial dictado por las altas cortes, especialmente cuando se trata de la Corte Constitucional, debe entenderse como fuente ineludible para la correcta aplicación e interpretación del derecho. No se puede soslayar el alcance que sobre la norma realice el tribunal de cierre, máxime si se quiere entender el ordenamiento jurídico bajo la órbita de la armonía y la unificación.

Ahora bien, este capítulo final propone analizar la aplicación del principio del interés superior en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana durante el periodo comprendido entre los años 1992 y 2017, esto en relación con un conjunto de derechos que se mencionan a continuación en una tabla de datos. De la misma forma, se entrará a visualizar el panorama jurisprudencial en lo atinente a la aplicación del principio del interés superior del niño en otras cortes nacionales e internacionales. Se busca con esto, emprender una aproximación conceptual de los derechos a tratar, así como un análisis jurisprudencial que permita identificar los problemas jurídicos y las tesis que al respecto plantea la Corte Constitucional y otras altas Cortes a nivel nacional e internacional.

Para la presente investigación se analizaron 198 sentencias expedidas por la Corte Constitucional, en las cuales se le dio aplicación al interés superior del niño, en relación con la amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; todo esto durante el periodo comprendido entre los años de 1992 y al año 2017: definiendo la alta corporación cinco criterios para la mejor aplicación del principio del interés superior del niño, criterios que se analizan a continuación; utilizando los casos reales definidos en un grupo de sentencias seleccionadas:

**3.2.1 Primer criterio: Garantía del desarrollo integral del niño.** Este criterio se fundamenta en las normas constitucionales que definen como deberes de la familia, la sociedad y el Estado, el hecho de brindar protección y así mismo la asistencia necesaria para materializar los derechos de los niños, niñas y adolescentes; todo ello en consideración a las condiciones, aptitudes y limitaciones propias de cada niño y en cada caso particular. Dentro de las sentencias revisadas podemos describir el derecho a tener una familia y no ser separada de ella; lo que se fundamenta en el artículo 42 constitucional y al realizar un análisis literal de la familia como derecho fundamental, es posible pensar que existe culturalmente un campo limitado en cuanto a los individuos que pueden conformarla, pero el artículo citado de la carta política señala que:

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye 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 ley determinará lo relativo al estado civil de las personas y los consiguientes derechos y deberes. (Constitución Política, 1991, artículo 42)

El núcleo esencial de la sociedad a priori supone una importancia sumamente considerable, pero regresando al asunto de los individuos que podrían conformarla, se encuentra que la carta política en su momento estableció una definición que condicionaba (al menos en el entendido literal) la conformación de esta institución; en efecto, solo un hombre y una mujer podrían dar lugar a esta. No obstante, con el transcurrir del tiempo, la Corte Constitucional ha ido ampliando el concepto, no solo en virtud de una realidad social innegable, sino en favor de la defensa de los derechos fundamentales de minorías, y aún en consideraciones prevalentes como el interés superior del niño.

Es así, como a través de la jurisprudencia el concepto ha tomado una connotación mucho más amplia, al punto de que hoy día se habla de familias monoparentales, ensambladas, solidarias, de crianza e incluso de familias conformadas por parejas del mismo sexo.

El avance jurisprudencial ha sido notable, de hecho, es dable afirmar que la Corte Constitucional poco a poco ha hecho extensivos los mismos derechos que le asisten a las personas heterosexuales a aquellas que manifiestan una orientación sexual diferente, siendo la más reciente aportación la efectuada en la Sentencia SU-214 de 2016 conocida a través de comunicado No. 17 del 28 de abril de 2016, en la que dicha corporación decidió que:

[...] los principios de la dignidad humana, la libertad individual y la igualdad implican que todo ser humano pueda contraer matrimonio civil, acorde con su orientación sexual (método de interpretación sistemático). Consideró que celebrar un contrato civil de matrimonio entre parejas del mismo sexo es una manera legítima y válida de materializar los principios y valores constitucionales y una forma de asegurar el goce efectivo del derecho a la dignidad humana, y a conformar una familia, sin importar cuál sea su orientación sexual o identidad de género. (p. 176)

De la anterior postura constitucional, se puede concluir que el concepto de familia tiene a la fecha una connotación amplia y no restringida, como de lo literal del precepto constitucional da a entenderse. Esto supone a su vez que, si un niño tiene derecho a una familia, puede que esta, necesariamente no corresponda a la que tradicionalmente se había entendido como tal. El interés superior del niño invita a que el derecho a tener una familia establecida en el artículo 44 de la Constitución Nacional, sea cada vez más efectivo, y brinda un margen de mayor probabilidad



para su garantía ampliándolo al permitir la conformación de familias distintas a las convencionales.

La Honorable Corte Constitucional ha destacado en reiterada jurisprudencia importantes criterios que deben ser tenidos en cuenta a la hora de analizar casos concretos del derecho que les asiste a los niños a tener una familia, los cuales deben estudiarse desde la perspectiva de los escenarios constitucionales planteados y en efecto así se pretende realizar.

*a) Sentencia T-572/2010.* Este caso trata de un menor de edad con síndrome de Down que es separado de su madre por presunto abuso sexual. La accionante en el proceso, actuando a nombre propio y en representación de su hijo menor de edad que sufre Síndrome de Down, interpuso acción de tutela en contra del Instituto ICBF por considerar que esta entidad le vulneró a su hijo el derecho a tener una familia y a no ser separados de ella y, en especial, la protección constitucional del interés superior del niño a que su hijo tiene derecho, alegando los siguientes hechos y consideraciones:

Manifiesta que han transcurrido más de cuatro (4) años y el niño “ha perdido todo contacto o vínculo familiar, con su propia progenitora y sus dos hermanos, sin que se le haya permitido al menor visita alguna, causándole un grave daño, [...] se encuentra alejado, aislado totalmente; circunstancias estas que cuando vuelva a ver a todos sus familiares, indudablemente su reacción puede ser de rechazo” (Corte Constitucional, 2010, sentencia T-572)

A través de esta acción de tutela la actora reclama contra la declaratoria de adoptabilidad y específicamente, la entrega de su hijo por parte del ICBF. Revisada en conjunto la estructura de la demanda se identifican los siguientes argumentos expuestos por la demandante para justificar

su solicitud:

(i) Sostiene que actualmente cuenta con todas las condiciones necesarias para brindarle la atención y el cuidado que reclama su hijo, entre ellas, “una red de apoyo familiar en familia extensa, la que se puede responsabilizar del proceso de habilitación y protección que requiere [el niño]”. (Corte Constitucional, 2010, sentencia T-572)

Sobre este caso, se puede evidenciar que se presenta una serie de circunstancias que posiblemente significan un problema para que el niño sea reintegrado a su núcleo familiar, esto es, al lado de su madre, sin embargo, la Corte a través del análisis efectuado sobre dichas circunstancias, determina que estas no presentan carácter insuperable y que por el contrario si se ordena diseñar un plan de restablecimiento de la relación materno-filial, se adoptaría una decisión que satisfaga en mayor medida el interés superior del niño.

De la aplicación de los criterios jurídicos relevantes que se reseñaron en la parte motivada de la citada sentencia, una orden de esa dimensión es la que mejor garantiza el desarrollo integral del niño, puesto que le brindaría la posibilidad real de desarrollar un vínculo materno-filial con su madre biológica. Es la que mejor preserva las condiciones para el ejercicio de sus derechos fundamentales, en particular su derecho a tener una familia y no ser separada de ella, si no es en atención a su interés superior.

La decisión debe propender por la protección del niño frente a riesgos prohibidos, puesto que abre la posibilidad de que sea reintegrado al cuidado de la madre únicamente si esta se considera apta, luego de un completo proceso de acompañamiento terapéutico, para proporcionarle los cambios y cuidados que necesita. Además de esto, se debe establecer un equilibrio entre los derechos fundamentales prevalecientes del niño y los de su madre, que, en

caso de ser necesario, deberá romperse a favor de los derechos de su hijo por decisión de un comité de profesionales.

Esta decisión lleva a la conclusión de que se debe respetar la necesidad de evitar cambios desfavorables en la situación actual del menor de edad, ya que mantiene su ubicación en el hogar en el que se encuentra, pero garantiza, por la intervención psicológica del comité interdisciplinario, que comience a establecerse gradualmente un proceso de acercamiento con su madre. Y finalmente la Corte ordena:

III. TUTELAR los derechos de PEDRO y de MARÍA a tener una familia y no ser separados de ella.

Se tomarán las siguientes medidas:

Se otorgará a PEDRO y a MARÍA una oportunidad real de establecer una relación materno-filial digna por medio de orientación psicológica (Corte Constitucional, 2010, sentencia T-572)

De esta forma, es posible comprender el alcance de los derechos fundamentales de los niños a través de la aplicación del principio del interés superior de aquel, las decisiones en cada caso particular dependerán de los circunstancias fácticas del caso concreto, y lo que se busca es garantizar un desarrollo armónico e integral, de manera que se debe propender por la solución más equilibrada, tal como en este evento, en el cual se optó por mejorar las condiciones de la relación materno-filial, ya que en últimas lo que realmente se requería era la consecución de un mejor ambiente y una familia más comprometida para el niño, lo cual se lograría en compañía de su madre biológica, siempre y cuando esta siguiera una serie de recomendaciones. No son viables las decisiones drásticas que dejan posibles impactos negativos en el niño, cuando existen

alternativas, siempre se trata de encontrar el punto de racionalidad y proporcionalidad, de tal forma que el más beneficiado con la determinación adoptada sea el niño.

**b) Sentencia T-292 de 2016.** En esta sentencia, la Corte Constitucional realiza un estudio en lo relacionado con los tipos de familia que existen, a partir del caso de dos familias con hijos aportados, es decir, hijos que provienen de relaciones anteriores y fueron aportados a la nueva unión. En el primer caso se solicita que los hijos aportados (A y B) tengan acceso al servicio de salud como beneficiarios de C esposo de D (madre biológica de A y B). Y en el segundo caso, se solicita que X (hijo biológico de Y), puedan acceder a los auxilios de educación y servicio de salud que ofrece la empresa donde trabaja Z (actual compañero permanente de Y).

La Corte Constitucional entra a revisar si fueron vulnerados los derechos fundamentales de los menores de edad a la igualdad, a la familia y a la seguridad social, debido a que se les impedía acceder a los beneficios convencionales que otorgan las empresas donde trabajaban los nuevos compañeros sentimentales de sus madres biológicas.

Al respecto, la Corte consideró necesario analizar los esfuerzos que se vienen haciendo en el país y a nivel internacional para garantizar la protección integral de la familia y el interés superior de los niños, niñas y adolescentes como principio orientador ante la presunta vulneración de un derecho fundamental. Además, la Corte señaló que “el concepto de familia no puede ser entendido de manera aislada, sino en concordancia con el pluralismo, porque en una sociedad plural, no puede existir un concepto único y excluyente de familia [...]” (2016, sentencia T-292). La Corte reconoce que “la familia puede tomar diversas formas” y que cada una debe ser protegida bajo el principio de igualdad.

Así mismo, la Honorable Corporación se pronuncia sobre el tratamiento igualitario que se les debe dar a los hijos, muy a pesar de que este es un debate superado hace muchos años atrás en Colombia, que además está relacionado con el derecho que tienen todos los niños y niñas a tener y pertenecer a una familia. En este sentido, la Corte hizo especial énfasis en que, en lo que tiene que ver con los hijos, “no cabe aceptar ningún tipo de distinción, diferenciación o discriminación, en razón de su origen matrimonial o extramatrimonial” (2016, sentencia T-292).

Ahora bien, para la Corte Constitucional es claro que en el caso que se estudia, existió vulneración de derechos fundamentales a los menores de edad, por no permitirles el acceso a los servicios de salud y educación por tratarse de hijos aportados que además no habían sido adoptados legalmente (como estipulaba uno de los reglamentos internos de las empresas accionadas). Y en este sentido, se consideró necesario tener como fundamento el Interés Superior como principio orientador, que permitiera emitir una mejor decisión a favor de los niños en ambos casos

Para esto, la Corte afirmó que los niños y niñas pasaron:

[...] de ser sujetos incapaces con derechos restringidos y hondas limitaciones para poder ejercerlos, pasaron a ser concebidos como personas libres y autónomas con plenitud de derechos, que de acuerdo a su edad y a su madurez pueden decidir sobre su propia vida y asumir responsabilidades. (Corte Constitucional, 2016, sentencia T-292)

Lo que sugiere el reconocimiento, por parte de la Corte, del cambio de paradigma frente a la incapacidad de los niños y niñas, y ahora los eleva a un nuevo estatus donde además de ser personas, son libres, autónomas y con plenitud de derechos, razón por la cual gozan de la

capacidad de ejercer y disfrutar de todos sus derechos fundamentales, para lograr así el desarrollo armónico e integral que, en palabras de la Corte:

[...] es armónico cuando comprende las diferentes facetas del ser humano (intelectual, afectiva, social, cultural, política, religiosa, etc.); y es integral cuando se logra un equilibrio entre esas dimensiones o cuando al menos no se privilegia ni se minimiza o excluye desproporcionadamente alguna de ellas. (Corte Constitucional, 2016, sentencia T-292)

Siendo así, la decisión final del alto tribunal fue tutelar los derechos fundamentales de los niños y niñas del caso en cuestión, a la familia, a la salud, la seguridad social y a la educación, entendiendo que el interés superior implica la corresponsabilidad estatal de garantizar el ejercicio de derechos a plenitud y el desarrollo armónico e integral de los niños y niñas.

*c) Sentencia T-714 de 2016*. La sentencia que se presenta a continuación hace referencia al caso de un padre que interpone acción de tutela contra el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (en adelante INPEC) por vulnerar el derecho de su hija a la unidad familiar. El accionante afirma que su esposa fue condenada a 39 años de prisión por diferentes delitos que cometió y empezó a cumplir con la pena en una cárcel de la ciudad de Villavicencio donde podía recibir a su hija (de 8 meses de edad) todas las mañanas para alimentarla, ya que se encontraba en período de lactancia.

Sin embargo, el INPEC decidió trasladar a la madre de la niña a otra ciudad, alegando “razones de seguridad”, por lo que el padre de la niña inicia esta acción constitucional para proteger los derechos de su hija.

En primera instancia, el Juzgado Administrativo concedió el amparo del derecho a la unidad familiar de la niña y ordenó el traslado de la madre nuevamente a la cárcel de Villavicencio. En segunda instancia, el Tribunal Administrativo, revoca el fallo anterior negando el amparo de los derechos, pues afirma que el traslado de la señora no fue una decisión arbitraria y, además, el otro centro penitenciario cuenta con mayores condiciones de seguridad y un pabellón exclusivo para mujeres.

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional solicitó que se vinculara a la señora al proceso y que se pronunciara sobre los hechos y peticiones de la acción de tutela en cuestión. A esto, comunicó a la Corte que había sido trasladada por el INPEC a la Cárcel Nacional El Buen Pastor de Bogotá y que su esposo e hijos se radicaron también en esta ciudad para estar juntos y compartir más tiempo, razón por la cual solicitó a la Corte que mantuviera su reclusión en dicha cárcel.

A raíz de esta nueva situación que se presenta en el caso estudiado, la Corte declara que “se configura una carencia actual de objeto por una situación sobreviniente que modificó los hechos y que se presentó con posterioridad a la interposición y trámite de la acción de tutela” (2016, sentencia T-714), pero que esto no impide que se pronuncie de fondo sobre los hechos y las decisiones tomadas por el Tribunal Administrativo y el INPEC.

Con respecto a esto, la Corte consideró necesario hacer algunas precisiones sobre el interés superior del niño y la unidad familiar cuando uno de los miembros se encuentra privado de la libertad:

[...] el Estado, a través de las autoridades públicas que tienen a su cargo la regulación, ejecución y control de la política criminal en materia penitenciaria y carcelaria, están en

la obligación de garantizar que las personas privadas de libertad mantengan contacto permanente con su grupo familiar. La obligación antes referida resulta más relevante si la familia está integrada en parte por menores de edad cuyos derechos son prevalentes conforme al principio del interés superior del niño. Lo anterior, dentro del propósito de *“preservar no solo la unidad familiar, sino adicionalmente alcanzar el desarrollo armónico e integral de los niños”*. (Corte Constitucional, 2016, sentencia T-714).

Se observa que la Corte Constitucional reitera la obligación que recae sobre las entidades estatales sobre los asuntos penitenciarios y carcelarios, sin dejar de lado el importante papel que juega la familia en cuanto al apoyo afectivo que resulta ser un factor determinante en la búsqueda de la resocialización de una persona privada de su libertad. Pero, además, se hace necesario verificar cómo está constituido el núcleo familiar de las personas que se encuentran reclusas en centros carcelarios, con el fin de determinar si hay o no menores de edad dentro de su familia, de tal manera que no se den vulneraciones de derechos fundamentales que puedan afectar el desarrollo integral de niños o niñas, como se presenta en el caso que se analiza.

En este sentido, resaltó la Corte lo siguiente:

En efecto, aunque la decisión de traslado tomada por el INPEC se fundamentó en causales legales, como son las de seguridad y hacinamiento, de la respuesta de esta entidad se evidencia que no analizó minuciosamente las circunstancias particulares de la interna para evitar causar perjuicios a sus pequeños hijos, tales como, que la accionante contaba con permiso para lactar a su hija menor de edad y que el padre de los otros dos niños también estaba privado de la libertad. Así pues, la medida de desplazamiento debió atender los criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad con el objeto de



preservar la institución familiar y contribuir a la resocialización de la reclusa, y no lo hizo. (Corte Constitucional, 2016, sentencia T-714)

Para la Corte resulta evidente que tanto el INPEC como el Tribunal Administrativo, tomaron decisiones erradas, partiendo del hecho que desconocieron el interés superior de la niña (de 8 meses de edad) al trasladar a su madre a otra ciudad, dificultando aún más su oportunidad de compartir tiempo con su madre biológica durante el período de lactancia, siendo este de vital importancia para su desarrollo físico y emocional.

Por supuesto, se entiende que las instituciones involucradas actuaron de manera legal, pero cuando están en juego derechos fundamentales de menores de edad, la responsabilidad se duplica y las decisiones que, toman deben estar basadas en el interés superior de los niños y niñas, entendiendo que se trata de un principio constitucional que propende por la prevalencia de sus derechos.

**3.2.2 Segundo Criterio: La garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño.** Como bien se ha investigado a lo largo de este trabajo, los derechos de los niños y niñas son de carácter fundamental, prevalentes e interdependientes; de ahí la importancia y urgencia de garantizar el ejercicio de estos a plenitud. Precisamente, esta es la tarea que impone a la justicia, a los funcionarios, a la sociedad y a la familia misma, este segundo criterio, teniendo en cuenta que solo con el pleno ejercicio de derechos, se podrá garantizar la máxima satisfacción de necesidades y, por ende, el desarrollo armonioso e integral del niño.

Al igual que en la sección anterior, se traerán, para el estudio de este criterio, una serie de sentencias constitucionales, en la que el máximo juzgador constitucional exhorta a la aplicación del interés superior del niño para garantizar el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

*a) Sentencia T- 580A/2011.* En el presente caso, se explica como la Corte Constitucional hace ver que el principio del interés superior se encuentra por encima de la mera formalidad y garantiza el real desarrollo armónico e integral del niño, a continuación, un resumen de los hechos del caso en concreto.

Se trata de una pareja que tienen constituido su hogar con una convivencia bajo el mismo techo en unión libre y en forma permanente, desde hace más de 5 años.

Sostienen que el 14 de octubre de 2010, una señora muy conocida por ellos en forma angustiada y con lágrimas en los ojos, les imploró que le recibieran a una bebé de 4 días de nacida, hija de su nieta quien padece problemas psíquicos al igual que su madre, argumentando que la niña se encuentra en estado de desnutrición por falta absoluta de dinero para la consecución de alimentos, vestuario, y demás elementos útiles y necesarios para el normal desarrollo de la bebé. (Corte Constitucional, 2011, sentencia T-580A)

Al analizar los hechos descritos en este caso particular, desde el punto de vista meramente legal, se encuentra que los accionantes en efecto cometieron una conducta típica, esto es, un delito, pues de hecho registraron a la niña como su hija, no siendo esto la realidad, además saltándose de esta forma el conducto regular para estos eventos, el cual sería un proceso de adopción, sin embargo, las condiciones fácticas en este caso, ameritan un análisis que va más allá de si la conducta de los accionantes fue o no típica penalmente hablando, pues en virtud del interés superior del niño, se debe determinar cuál decisión resulta más favorable para este, máxime cuando los móviles del actuar de los accionantes fueron dirigidos hacia la consecución de un ambiente de amor, cuidado y protección para la niña. Siendo de esta manera, la Corte en sus consideraciones dispuso que:

Los criterios trazados por la jurisprudencia constitucional para determinar el interés superior, como son: (i) la garantía del desarrollo integral; (ii) la garantía de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales; (iii) la protección frente a riesgos prohibidos; (iv) el equilibrio entre los derechos de los niños y los de sus parientes, sobre la base de la prevalencia de sus derechos; y (v) la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes. (Corte Constitucional, 2011, sentencia T-580A).

Es de anotar, que la Corte Constitucional concluyó una decisión con base en el interés superior del niño, dicha corporación no desconoció el hecho de que la conducta de los accionantes no obedeció al correcto proceder para estos casos, pero tuvo en cuenta los derechos fundamentales de la niña para discernir que lo mejor era mantener la relación afectiva que ya se había generado entre los accionantes y la niña muy a pesar de que no existiesen lazos sanguíneos de por medio, pues es sabido que no es necesario que estos existan para que se generen fuertes vínculos emocionales entre personas que no son consanguíneas, de manera que, como consecuencia de la permanencia de la niña en el hogar de su familia de crianza que le brindó todo el cuidado y el amor, resultaba desproporcional e irracional arrancarla de lo que para ella significa su verdadera familia.

**b) Sentencia T-024 de 2017.** En el caso que se estudia a continuación, una Defensora de Familia interpone acción de tutela contra el fallo de un Juez que decidió no homologar la declaratoria de situación de adoptabilidad de un niño (a quien la Corte ha llamado Andrés) por no encontrarse definida la relación de filiación de su madre, Victoria, una joven con problemas de consumo de sustancias psicoactivas, quien tenía dos registros civiles de nacimiento diferentes,

y que además estuvo bajo la protección del ICBF a la edad de 14 años, mientras se encontraba en estado de embarazo, hasta que cumplió la mayoría de edad.

El ICBF intervino en la relación familiar de Victoria debido a que a sus 14 años quedó embarazada de su hijo Andrés, consumía sustancias psicoactivas y además porque presuntamente era víctima de su madre, quien al parecer la prostituía. Durante su proceso al interior del Instituto, se le permitía estar con su hijo, y al cumplir con la mayoría de edad se fue de la fundación donde fue acogida durante ese tiempo, dejando a su hijo.

Luego de esto, la Defensora de Familia inicia investigación para saber si era necesario restablecer los derechos de Andrés, y se concluye que el niño debía ser declarado en situación de adoptabilidad, dado que había sido abandonado por su madre, y su familia extensa no eran aptos para tenerlo debido a los antecedentes que se habían comprobado en la vida de su madre Victoria.

Una vez se da la decisión con respecto a la situación de Andrés, Claudia, la abuela materna de Victoria, y el tío paterno de esta Guillermo, se oponen a la decisión y la Defensora de Familia remite expediente a Juzgado para realizar la homologación de dicha declaratoria. Pero, debido a la irregularidad que existía con el registro civil de nacimiento de la madre de Andrés, el Juez decide no homologar la situación de adoptabilidad hasta que se hicieran los ajustes pertinentes en el documento, ya que los apellidos de la madre del niño no coincidían en los dos registros que se aportaron al proceso, y esto dificultaba establecer la filiación del niño con su familia biológica y garantizar el derecho a la identidad. Vale mencionar que, el Juez decide esto muy a pesar de que al proceso se aportan unas pruebas de ADN que certifican las relaciones de filiación entre Victoria, su madre y el compañero permanente de su madre, así como con el niño.

En este orden de ideas, el Juez sugirió que la madre debía iniciar un proceso de impugnación de paternidad para poder anular uno de los registros civiles que estaban a su nombre, lo que claramente perjudicaría el proceso para declarar adoptable a Andrés, ya que se extendería mínimo por un año más y pondría en riesgo su posibilidad de ser adoptado por una familia que sí pudiera garantizarle el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

La Corte Constitucional entra a revisar si en el caso en mención existió un exceso de ritual manifiesto por parte del Juzgado, y al respecto concluyó lo siguiente:

La decisión del juez encargado del proceso de homologación de la decisión de adoptabilidad del menor Andrés incurrió en un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, pues no tuvo en cuenta la verdad objetiva debidamente probada a través de un largo proceso administrativo. La madre del menor Andrés es Victoria o Vicky, quien a su vez es hija de la señora Claudia. Sin embargo, por presentarse inconsistencias en la identificación de la progenitora del niño, al contar con dos registros civiles de nacimiento con información inexacta, decidió no homologar la decisión de adoptabilidad, desplazando con esta actuación el amparo de los derechos del niño para dar una aplicación estricta a las normas que regulan el estado civil. (Corte Constitucional, 2017, sentencia T-024)

Para la Corte es claro que el proceso de homologación de la decisión de adoptabilidad debió seguir con su curso normal, y que el hecho de que existiera una irregularidad en el registro civil de nacimiento de la madre del niño no era impedimento para garantizar los derechos fundamentales de Andrés a tener una familia y a la posibilidad de ser adoptado por una familia que le ofreciera un ambiente apto para su desarrollo integral.

En este sentido, la Corte hace énfasis en la necesidad de no sobreponer formalismos a la efectiva realización de los derechos fundamentales de los niños y niñas, sobre todo en casos como este, donde estaba demostrado por otras pruebas (prueba de ADN) y documentos su vínculo consanguíneo con la joven Victoria y con su abuela Claudia. Por ende, retrasar el proceso de homologación de la decisión de adoptabilidad, era una clara violación a los derechos fundamentales de Andrés y a principios procesales como el de inmediatez y celeridad.

La Corte además señaló que el Juez de Familia olvidó que la homologación de la situación de adoptabilidad de un menor de edad “radica en proteger los intereses y derechos fundamentales de los niños, y no los de sus padres” (2017, sentencia T-024). Premisa esta que nos ha llevado mucho tiempo en lograr entender y que, precisamente por no tener claridad en esa prevalencia de derechos para la infancia, se profieren fallos o se dictan disposiciones violatorias de principios constitucionales como el interés superior del niño.

Por último, con respecto a los criterios para la aplicación del interés superior del niño, la Corte rescató el listado de estos, desarrollado por la sentencia T-044 de 2014, donde se afirma que, aparte de los cinco criterios que se estudian en este capítulo, también deben tenerse en cuenta: i) el deber de garantizar un ambiente familiar apto para el desarrollo del niño y la niña, que hace referencia al esfuerzo y compromiso por parte de las autoridades judiciales y administrativas por encontrar el ambiente familiar más propicio para el desarrollo integral del niño o la niña; y ii) el deber de justificar con razones de peso, la intervención del Estado en las relaciones materno/paterno filiales, esto teniendo en cuenta que existe la necesidad de disminuir la intervención estatal en las relaciones familiares, no desaparecerlas.

Al respecto Joseph I. Goldstein en el libro Derecho, Infancia y Familia compilado por la Dra. Mary Beloff (2000), explica las razones principales de la idea de minimizar la intervención estatal, así:

[...] el Estado es demasiado crudo como instrumento para volverse un adecuado sustituto de los padres. El sistema legal no tiene los recursos ni la sensibilidad para responder a las cambiantes necesidades y demandas de un niño en crecimiento. No tiene la capacidad de confrontar a nivel individual las consecuencias de sus decisiones o de actuar con la prudente velocidad requerida por el sentido temporal del niño, y que es esencial para su bienestar. [...] Los padres pueden exponer a sus hijos a un riesgo injustificado, antes que contribuir a su supervivencia para llegar a la edad adulta. Esos peligros justifican una política de un *mínimo* de intervención estatal antes que una de *no* intervención. (p. 203)

Partiendo de este punto, la Corte Constitucional pensó en la necesidad de ‘obligar’ a los jueces y magistrados para que justifiquen con razones de peso dicha intervención estatal en las relaciones entre los niños, niñas y adolescentes frente a sus padres o demás familiares.

**c) Sentencia T-240 de 2017.** En la sentencia que se presenta a continuación, la Corte Constitucional estudia el caso de una adolescente de 16 años que desea ser registrada civilmente con los apellidos de su madre biológica, que en su registro aparezca el nombre de su madre biológica y que se agregue en padre la consigna ‘desconocido’. La Defensora de Familia que lidera el caso de la adolescente interpone una acción de tutela contra la Registraduría Nacional del Estado Civil donde solicita la protección de los derechos al nombre, la identidad y la filiación.

La madre biológica de la niña, al nacer, no la registró y según relata la Defensora de Familia, permaneció por un año con la niña, dejándola luego al cuidado de los señores A y B, a quienes les ‘regaló’ la niña aduciendo no tener recursos para mantenerla, como consta en un documento informal. Después de ese suceso, se desconocía el paradero de la madre biológica.

Debido a esta situación, los señores A y B, decidieron llamar a la niña con sus apellidos, como si fuera hija suya; sin embargo, nunca tramitaron el respectivo registro civil de nacimiento. Lo que llevó a que posteriormente la adolescente, quien conocía el nombre completo de su madre biológica, manifieste querer ser registrada con los apellidos de ella, a lo que la Registraduría se opone, ya que el documento que aporta la defensora como prueba de la filiación entre la adolescente y su madre biológica, no es idóneo para demostrar tal relación.

En primera instancia, el Tribunal Administrativo decidió negar el amparo de los derechos de la adolescente, argumentando que no se realizó el procedimiento de registro como lo señala el Estatuto de Registro del Estado Civil, y que tampoco se demostró que la defensora de familia hubiera adelantado el proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

Por supuesto, la defensora de familia impugnó, y en segunda instancia, el Consejo de Estado, Sección Cuarta confirmó la sentencia de primera instancia bajo los mismos argumentos que el ad-quo, pero además agregando lo siguiente:

[...] que el principio de prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes no implica que “*deban pretermitirse los trámites previstos en la ley para la identificación de las personas*”. Al contrario, con fundamento en el derecho al debido proceso administrativo, son las autoridades públicas las encargadas de preservar las garantías



sustanciales y procedimentales consagradas en la Constitución y la ley. (Corte Constitucional, 2017, sentencia T-204)

Para dar respuesta al problema jurídico que se plantea sobre si hubo vulneración de los derechos de la adolescente por parte de la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Corte Constitucional realiza un recorrido sobre lo establecido en la Constitución, tratados y convenios internacionales relacionados con los derechos de los niños, niñas y adolescentes para analizar la naturaleza del interés superior y de la prevalencia de los derechos. Sobre el principio de interés superior se pronunció de la siguiente manera:

[...] teniendo en cuenta el papel que juega la Administración en la satisfacción de los derechos de la niñez y la adolescencia, la Corte ha hecho énfasis en que para el Estado este principio implica un triple deber: (i) de respetar la prevalencia de los derechos del menor, (ii) de actuar de forma prioritaria o inmediata, y (iii) de brindar la atención y protección que requieran, en particular, si sufren una amenaza grave y cierta de sus derechos, o se encuentran en un estado de vulnerabilidad. En la Sentencia T-215 de 1996, además de señalarse que estos elementos constituyen un “*deber ineludible y prioritario del Estado*”, la Corte expuso que el criterio de prevalencia no solo cobija a los derechos del menor, sino el deber del Estado, pues “*si los derechos de los niños son prevalentes, el deber del Estado de asistencia y protección a la infancia, también lo es*”. (Corte Constitucional, 2017, sentencia T-240).

Con esto, se hace evidente la contraposición que existe entre el concepto emitido por el Tribunal Administrativo y el Consejo de Estado, frente a lo que ha manifestado la Corte Constitucional, la cual afirma y defiende los principios de prevalencia de derechos y el interés

superior consagrados en la Constitución Política de Colombia y en el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006).

Afirma la Corte entonces, que el principio de interés superior obliga a todos los funcionarios judiciales y administrativos a actuar de forma prioritaria e inmediata, con tal de garantizar el pleno ejercicio de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, sobre todo si se encuentran en situación de vulnerabilidad. No obstante, la Registraduría no cumplió con su deber ineludible y prioritario sobre dar trámite al registro de la adolescente “a fin de garantizar su derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, y no hacer primar la formalidad de dichos procedimientos sobre el interés superior de la adolescente” (Corte Constitucional, 2017, sentencia T-240).

Sentencia la Corte diciendo:

Ante este contexto, la Registraduría debió analizar y resolver el caso apelando al principio de interés superior de la menor y no a formalidades que agudizan su situación de vulnerabilidad.

[...] Una actitud de esta naturaleza debe ser reprochada enfáticamente por el juez constitucional, ya que obliga a que la menor de edad se vea sometida a una conculcación agravada y prolongada de sus derechos.

Por lo que, decidió tutelar los derechos de la adolescente, y ordenó realizar el registro civil de nacimiento para garantizar su derecho a la identidad, a la filiación, a la personalidad jurídica, a la existencia misma.

**3.2.3 Tercer criterio: Protección frente a riesgos prohibidos.** Para la Corte Constitucional la importancia de este criterio está en la efectividad de la autoridad ya sea administrativa o judicial, que tenga dentro de sus funciones el hecho de decidir situaciones que involucren a niños, niñas y adolescentes, deberá asegurarse de resguardar al niño de todo tipo de peligros, arbitrariedades, abusos, o condiciones extremas, que puedan amenazar su normar desarrollo integral. A continuación, se presentan algunos apartes de las sentencias seleccionadas.

*a) Sentencia T-458 de 2013.* En el presente caso, se puede observar cómo el interés superior se convierte en una herramienta fundamental para guiar a los educadores a tener en cuenta las diferencias que tienen los estudiantes en cuanto a sus modos de aprendizaje, necesidades, edades, creencias, etc.

Los hechos refieren de madres de diferentes niños y niñas presentan acción de tutela contra la Gobernación de Santander, la Secretaría de Educación de Santander y el Instituto IDEAR, por considerar vulnerados los derechos fundamentales de los niños a la educación y a la igualdad. Por tal razón, solicitan al juez de tutela ordenar a las entidades accionadas autorizar la matrícula de sus hijos menores de edad en el Sistema de Aprendizaje Tutorial SAT, que se brinda a través del IDEAR, en las veredas de Vegas de Padua y Santa Cruz en el municipio de Onzaga, Santander.

Manifiestan que son familias de escasos recursos y que sus hijos terminaron los estudios de primaria en las escuelas rurales de las veredas en las que viven, pero que no han podido continuar sus estudios secundarios porque no hay programas de educación secundaria formal para continuar. Agregan que existe una institución educativa que se encuentra en el casco

urbano, donde sus hijos podrían terminar sus estudios de secundaria, pero que se encuentra distanciada de las veredas donde residen y el transporte se les dificulta.

Las accionantes solicitan entonces que sus hijos sean matriculados en un centro del SAT, que se encuentra funcionando en sus veredas, ya que se esta se constituye en la única forma que tienen para culminar sus estudios de secundaria. Sin embargo, los tutores del SAT les han dicho que, para poder matricular a sus hijos en uno de estos centros, los niños deben tener 15 años de edad cumplidos. Sin embargo, las madres de los niños consideran que esto es un asunto que vulnera el derecho a la educación de sus hijos y que además es discriminatorio.

En la sentencia objeto de estudio, la Corte Constitucional fundamenta su decisión en lo dicho por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en la Observación General No. 13, el cual desarrolló el contenido del derecho a la educación y señaló que es un medio para la realización de otros derechos. Adicional a esto:

El Comité determinó que se trata de una prerrogativa que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades, desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. (Corte Constitucional, 2013, sentencia T-458)

Además, la Corte resaltó la importancia que tiene este derecho fundamental en la vida del ser humano, y por ende, es obligación del Estado garantizar que todas las personas tengan acceso

a ella. De no ser así, existe una clara violación no sólo al derecho a recibir una educación, sino también a la igualdad de oportunidades.

Con respecto al interés superior, la Corte señaló lo siguiente:

Para determinar el alcance del derecho fundamental a la educación de los menores de 18 años, cobra especial relevancia el principio interés superior del niño, conforme al cual todas las medidas que le conciernan a los niños, niñas y adolescentes, deben atender al interés del niño sobre otras consideraciones y derechos, para así apuntar a que reciban un trato preferente, de forma que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad.

[...] Con fundamento en el interés superior del niño, la enseñanza debe propender por el desarrollo de la personalidad de cada niño, de forma tal que tome en cuenta sus dotes naturales, características, intereses y capacidades únicas, y necesidades de aprendizaje propias. Por lo tanto, el programa de estudios debe guardar una relación directa con el marco social, cultural, ambiental y económico del niño y con sus necesidades presentes y futuras, y tomar plenamente en cuenta las aptitudes en evolución del niño; los métodos pedagógicos deben adaptarse a las distintas necesidades de los distintos niños. (Corte Constitucional, 2013, sentencia T-458)

En este orden de ideas, la Corte señala que el interés superior no solo habla de una prevalencia de derechos, y de la corresponsabilidad que tienen la familia, la sociedad y el Estado con respecto a la garantía y cumplimiento de los derechos de la infancia, sino que también hace referencia a la atención que se debe tener a las diferencias que tiene cada niño y a las necesidades que vive, dependiendo su entorno familiar, social cultural y ambiental. En otras palabras, el

interés superior del niño exige que la educación se adapte a las necesidades y realidades de cada alumno, de manera que se eviten o sea nula la existencia de riesgos prohibidos para los niños y niñas que puedan afectar su desarrollo integral.

La decisión de la Corte en este caso fue amparar el derecho a la educación accesible que tienen los niños, y se tomó en cuenta el argumento de la Secretaría de Educación que hablaba sobre la no conveniencia de que los niños estudiaran junto con adultos, debido a que los métodos de enseñanza y el nivel de aprendizaje varían. Por lo tanto, la Corte ordenó a la Secretaría de Educación que se les suministrara a los niños de las madres accionantes un subsidio de transporte que les permitiera asistir a clases en el colegio que se encuentra ubicado en el casco urbano o en cualquier institución educativa pública cercana a sus veredas. Además, ordenó que se incluyera un plan de nivelación para los niños que lo requirieran, con el fin de ingresar al colegio al mismo nivel que los demás.

**b) Sentencia T-139 de 2013.** En esta sentencia, la Corte Constitucional examina el caso de una niña de 9 años que fue diagnosticada con retraso mental, microcefalia e hiperactividad secundaria al retraso. Se puede observar una vez más, que la alta corte afirma que el Interés Superior supone un llamado de atención a todas las autoridades administrativas y judiciales con el fin de que no se desmejore la situación de un niño, niña o adolescente con alguna decisión. A continuación, se hace resumen de los hechos:

Una madre interpone acción de tutela a favor de su hija de 9 años, quien fue diagnosticada con retraso mental, microcefalia e hiperactividad secundaria al retraso. La accionante asegura que debido a que su núcleo familiar está inscrito en el nivel 1 del SISBEN, la accionante recibía el subsidio de nutrición para niños menores de siete años otorgado por el

programa gubernamental Familias en Acción. Sin embargo, al momento en que la niña cumplió 7 años, la entidad demandada suspendió el pago del subsidio de nutrición.

Los funcionarios de Acción Social le informaron a la accionante que no continuaron brindándole el subsidio a la niña debido a que, de acuerdo con los lineamientos del programa Familias en Acción, el subsidio de nutrición se entrega a las familias que tienen niños de 0 a 7 años, pertenecientes al nivel 1 del SISBEN. En adelante, el subsidio se entrega únicamente si los niños están escolarizados en instituciones de educación formal.

La accionante advirtió que carece de dinero suficiente para cubrir los altos gastos que demanda el cuidado de su hija y que desconoce si existe algún otro tipo de ayudas económicas para la población discapacitada.

En esta sentencia, la Honorable Corporación, hace énfasis en que todos los niños y niñas son titulares de derecho y que no existe justificación alguna para desconocer los derechos de niños y niñas en situación de discapacidad, por el contrario, también se les deben garantizar todos sus derechos, incluyendo la educación de calidad que les permita aprender y desarrollarse de manera integral. Al respecto, la Corte afirmó lo siguiente:

Dado que todos los niños y niñas son titulares del derecho fundamental a la educación, debe concluirse que también los niños y niñas con discapacidades físicas, cognitivas o de cualquier otro tipo, tienen derecho a la educación. Esta afirmación que es aparentemente obvia, tiene relevancia puesto que recuerda que no hay razones constitucionalmente admisibles para considerar que los niños con discapacidad carecen del derecho a recibir educación, ni para pensar que el Estado está eximido de todas o alguna de las

obligaciones derivadas de los componentes que integran el derecho de acuerdo con los instrumentos internacionales y la jurisprudencia constitucional sobre la materia. (Corte Constitucional, 2013, sentencia T-139)

Así mismo, la Corte Constitucional, hizo claridad sobre la interpretación armonizada que se debe hacer con relación a los derechos de las personas con discapacidad, los derechos de los niños consagrados en el artículo 44 de la Carta Política de 1991 y el Principio del interés superior:

[...] Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente. (Corte Constitucional, 2013, sentencia T-139)

Se puede observar la reiteración de la Corte en cuanto al concepto del interés superior, y recuerda el compromiso que tienen todas las instituciones en lo relacionado a la responsabilidad con la que deben obrar en cada decisión que tomen frente a las situaciones especiales de cada niño, niña o adolescente, con tal de no desmejorar su situación.

Concluye la corporación haciendo alusión a la importancia de la inclusión, teniendo en cuenta las diversas situaciones que presenta cada niño, y la obligación que tiene el Estado y la



sociedad en general, de brindarle todas las garantías y herramientas para que pueda desarrollarse plenamente:

En síntesis. Los niños y niñas con discapacidad son sujetos de especial protección constitucional, por el ciclo vital que afrontan y por la discriminación histórica a la que han sido sometidos debido a sus diferencias funcionales. Son titulares del derecho a la educación y el Estado tiene las mismas obligaciones concebidas frente a la educación para los niños que no presentan discapacidades. No obstante, esta equiparación no puede desconocer las diferencias de los estudiantes. El Estado tiene la obligación de velar por el levantamiento de los obstáculos que impiden el acceso a la educación de los niños y niñas con discapacidad a las aulas regulares y garantizar que haya plena disponibilidad de aulas especiales para quienes, excepcionalmente, puedan requerirlo. (Corte Constitucional, 2013, sentencia T-139)

En el caso estudiado, la Corte decidió tutelar los derechos de la niña a la igualdad, educación, mínimo vital y especial protección constitucional en razón de su condición de discapacidad. La Corte, amparó todos sus derechos vulnerados y ordenó que la niña fuera inscrita en una institución educativa formal que pudiera brindarle todas las garantías que ella necesita por su condición especial.

**c) Sentencia T-387 de 2016.** En esta sentencia, se presenta el caso de Ema, una niña de 12 años, quien es hija de los señores Clara y Fidel. Según relata el señor Fidel, quien interpone acción de tutela contra el ICBF, la señora Clara abandonó el hogar y él no puede estar pendiente de su hija ya que trabaja en el campo para conseguir dinero para el sustento de su hija. A raíz de esto, Ema vivía con su abuela paterna, la señora Adela de 86 años, que además de cuidar de la

niña también cuidaba de otro nieto y de su esposo que se encontraba en situación de discapacidad.

En el año 2015, la señora Adela, se dirige al ICBF asegurando que no podía hacerse cargo de la niña y que esta estaba en una situación de peligro, ya que un tío la había obligado a consumir sustancias psicoactivas, se desconocía el paradero de su mamá y su papá no podía hacerse cargo de ella por cuestiones laborales.

Posteriormente, el equipo interdisciplinario del ICBF le realiza la valoración psicológica a la niña y determinaron que presentaba rasgos de agresividad física y de una crianza autoritaria. En este sentido, se verificó que la niña estaba en una situación de vulnerabilidad, por lo que la defensora de familia ordenó la ubicación de la menor de edad en un hogar sustituto.

Luego de realizarse la apertura de la investigación en el marco del proceso de restablecimiento de derechos de la niña, el ICBF otorgó la custodia de la niña a su tía paterna Belén. Sin embargo, el señor Fidel afirma que su hermana paterna “está privada de la libertad en su casa por delito de porte de estupefacientes, y ella y sus hijas ejercen la prostitución”.

El padre de la niña dice en la acción de tutela que su hija corre peligro al estar bajo la custodia de su tía Belén porque podría ser explotada sexualmente. Por lo tanto, solicita el amparo del derecho a la vida digna de su hija y que se ordene al ICBF otorgar la custodia a la abuela paterna, la señora Adela.

En primera instancia, el Juzgado decidió negar el amparo, ya que el señor Fidel no probó que su hermana se dedicaba a la prostitución, y ordenó al ICBF que se realizara el respectivo seguimiento e investigación al caso con el fin de proteger el interés superior de la niña.

En segunda instancia, el Tribunal decidió confirmar el fallo anterior con base en los mismos argumentos.

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional solicitó al ICBF el expediente completo sobre el proceso de restablecimiento de derechos de Ema y se practicaron algunas pruebas. En resumen, se demostró a través de inspección judicial a la casa de la señora Belén, que no se dedicaba a la prostitución como afirmaba el señor Fidel, y que, en efecto, sí había cumplido una condena por el delito de porte de estupefacientes, pero que ya no era requerida por ninguna autoridad y ahora era solo ama de casa.

A partir de todos los inconvenientes que existieron durante el proceso con el señor Fidel, la señora Belén decidió renunciar a la custodia de su sobrina para evitar más problemas con su hermano, quien además se había llevado a la niña de la casa de su tía, sin su autorización, y la había mantenido escondida en una finca.

La Honorable Corporación, a lo largo del estudio que realizó sobre el caso, se refirió a la importancia que tiene el derecho de los niños y niñas a tener una familia y no ser separados de ella. Sin embargo, precisó algunas excepciones que limitan este derecho. Estas son:

(i) La existencia de riesgos ciertos para la vida, la integridad o la salud del menor de edad; (ii) los antecedentes de abuso (físico, sexual o psicológico) en la familia, y (iii) las circunstancias frente a las cuales el artículo 44 Superior ordena protección, esto es, abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. (Corte Constitucional, 2016, sentencia T-387)

El derecho a tener una familia y no ser separado de ella, no es un derecho absoluto, si se tiene en cuenta que, en algunas ocasiones, el núcleo familiar en el que se encuentra un niño o

niña no es el más apto ni garantiza el desarrollo integral, sino que por el contrario, pone en riesgo la integridad y la vida de los menores de edad. En ese caso, se hace necesaria y obligatoria la intervención de las entidades estatales.

Es así como se observa, que, en el caso en cuestión, hubo ejercicio arbitrario de la patria potestad por parte del padre de Ema, quien se la llevó con engaños de la casa donde vivía con su tía en óptimas condiciones, exponiéndola así a riesgos prohibidos como señala la Corte:

Así pues, el posible ejercicio arbitrario de la custodia por parte del padre de *Ema* restablece la condición de vulnerabilidad en la que estaba al momento de ser llevada ante el ICBF, esto es, expuesta: (i) a riesgos ciertos para su salud, pues el dictamen médico determinó que su peso era inferior al que correspondía para su edad; (ii) a maltrato físico, y (iii) al riesgo de ser abandonada nuevamente, pues ante la imposibilidad del padre de cuidar a su hija y la delegación del cuidado diario a su abuela, ninguna persona se pudo hacer cargo de ella. (Corte Constitucional, 2016, sentencia T-387)

Razón por la cual, la Corte decide no conceder la tutela presentada por el señor Fidel, quien desconoció las medidas tomadas por el ICBF que, en últimas, lo que buscó fue el restablecimiento de los derechos de la niña siguiendo correctamente los procedimientos establecidos en la ley, basándose siempre en el interés superior de Ema. Además, quedó demostrado que fue Fidel quien vulneró los derechos de su hija al no velar por estos y exponerla nuevamente a riesgos que impedirían su desarrollo armónico.

**3.2.4 Cuarto criterio: Equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus parientes biológicos.** En lo relativo a este criterio, la alta Corte, ha manifestado que, de presentarse conflicto entre los intereses amparados legalmente, el resuelve debe ser aquella que mejor muestre la preservación del interés superior de los niños. Entonces ante el conflicto de los intereses de sus padres o familiares, se mirará hacer prevalente el derecho de las infancias.

En el caso del derecho a la salud, se trata de un derecho vital para el ser humano, que además se encuentra relacionado con el derecho a la vida digna y a la dignidad humana. Es así como la Constitución Política de 1991 la consagró en su artículo 49 de la siguiente manera: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud” (Constitución 1991, art. 49).

Ahora bien, en el caso de los niños y niñas, se caracteriza por ser un derecho fundamental y autónomo. Así lo consagró la Constitución Política de 1991 en su artículo 44 y así mismo lo ha establecido la Corte Constitucional en reiteradas jurisprudencias. Quiere decir esto que, el derecho a la salud es vital para garantizar la integridad física y emocional de la infancia, y además ha sido elevado a la categoría de prevalente e interdependiente, tal como el resto de los derechos que en la actualidad tienen los niños, niñas y adolescentes.

Durante la investigación realizada, se ha podido observar que debe aplicarse la norma que más favorezca a los intereses del niño; y que respecto del derecho a la salud es uno de los derechos de los niños que mayormente se vulnera en Colombia, muy a pesar de que el artículo 44 Superior consagró este derecho como fundamental en los niños y niñas. En este trabajo, se observa que se han dividido los casos en dos grupos: los casos en los que se ve vulnerado el

derecho a la salud frente al derecho a la libertad religiosa, y los casos en los que se les niega el suministro de medicamentos a niños, niñas o adolescentes.

La Corte Constitucional, como máxima defensora de la carta política, ha trazado una línea sólida en cuanto a la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia desde 1991, teniendo como pilar los principios de la Constitución, de las Convenciones y Tratados firmados a nivel internacional. No obstante, la vulneración del derecho a la salud de los niños en Colombia es una terrible realidad, pero también es cierto que, a partir de 1991, se ha logrado avanzar en asuntos muy importantes gracias a la labor desempeñada por los jueces y magistrados del país.

Es así como, por ejemplo, en la sentencia T-571 de 1992, con ponencia del Magistrado Jaime Sanín G., la Corte afirmó que: “[...] tratándose de los niños, la salud adquiere el carácter de derecho fundamental, por expreso mandato de la Constitución [...]”. Por otra parte, en la sentencia T-094 de 2004, con ponencia del Magistrado Eduardo Montealegre Lynett, precisó las características del derecho fundamental a la salud:

1. Son de aplicación inmediata sin requerir desarrollo legislativo.
2. Prevalecen sobre el ordenamiento legal y reglamentario.
3. Cuando se trate de un niño con discapacidad, reclaman una prestación de mejor asistencia integral y especializada para su rehabilitación.
4. Es un derecho prestacional de rango constitucional. (Corte Constitucional, 2004, sentencia T-094)

En este sentido, se iniciará con el análisis de los casos relacionados con la salud frente al derecho a la libertad religiosa, y posteriormente con los casos de suministros de medicamentos y/o tratamientos que no contempla el Plan Obligatorio de Salud (POS).

*a) Sentencia T-411 de 1994.* En el siguiente caso examinado por la Corte Constitucional colombiana se hace una claridad entre cómo se deben interpretar y ponderar dos derechos fundamentales, tales como el derecho a la libertad religiosa y el derecho fundamental a la salud. Si bien es cierto que en nuestro país existe desde 1991 la libertad de culto también es cierto que los derechos de los niños prevalecen por encima de los derechos de los demás, tal como lo ha dicho la carta política. El siguiente es el resumen de los hechos:

Un médico interpone una acción de tutela a favor de una niña de diez meses de edad y en contra de los padres de la menor, diagnosticada con bronconeumonía lobar, desnutrición y deshidratación, con el fin de que se ampare el derecho a la vida. El accionante afirmó que después de haberle realizado exámenes médicos a la niña, determinó que necesitaba intervención médica inmediata y hospitalización. Sin embargo, los padres se opusieron al afirmar que su religión no les permitía que la niña fuera hospitalizada para ser tratada.

En el caso en cuestión, la Corte Constitucional hace énfasis en que el derecho a la libertad religiosa de los padres de familia no puede estar por encima del derecho a la salud de un hijo menor de edad. Al respecto la Honorable Corporación afirmó:

Es inconcebible que, en aras de la libertad religiosa, una persona pase sobre el derecho de otra. No puede así excluirse de la protección del Estado y de la sociedad a un menor so pretexto de respetar las creencias religiosas de sus padres por más acendradas que éstas se manifiesten. Jurídicamente es inconcebible que se trate a una persona -en el caso sub examine una menor- como un objeto de los padres, pues su estatuto ontológico hace que se le deba reconocer, en todo momento, el derecho a la personalidad jurídica, la cual comporta la titularidad de los derechos fundamentales, y principalmente de los derechos a

la vida, a la integridad física, a la salud y al libre desarrollo de la personalidad. (Corte Constitucional, 1994, sentencia T-411)

No obstante, la Corte hace claridad en que si bien los padres de familia tienen la potestad para criar a sus hijos bajo los principios y costumbres que consideren sean los mejores, también es válido tener en cuenta que los asuntos religiosos hacen parte de la vocación de cada persona y los niños no deben ser obligados a profesar una religión en específico. En este sentido, la sentencia en estudio reza lo siguiente:

La Sala estima conveniente aclarar que si bien es cierto los padres tienen el derecho de escoger el tipo de formación de sus hijos menores, ello no implica potestad sobre el estatuto ontológico de la persona del menor. Este está bajo el cuidado de los padres, pero no bajo el dominio absoluto de éstos. La formación religiosa, por lo demás, no puede ser sinónimo de imposición, entre otras razones, porque los niños tienen derecho a expresar libremente sus opiniones. (Corte Constitucional, 1994, sentencia T-411)

Por otro lado, con respecto al derecho a la salud, la Corte precisa que el derecho a la salud es irrenunciable y que nadie puede ser obligado a fundamentar su decisión de no recibir atención médica por una creencia religiosa, esto debido a la naturaleza del derecho a la salud en cuanto a que es inherente a la persona:

El derecho a la salud es irrenunciable, y por tanto carecen de fundamento legal pretensiones tales como las que constan en el expediente, relativas a la presión de ciertos grupos religiosos sobre sus miembros para no recibir los tratos mínimos razonables que la



salud y derecho a la vida exigen, como bienes irrenunciables e inalienables por ser inherentes a la naturaleza humana. (Corte Constitucional, 1994, sentencia T-411)

De esta manera, se puede observar que el derecho a la salud de los niños y niñas, así como todos los derechos consagrados en la Constitución Política, la Ley de Infancia y los Tratados Internacionales, son de carácter prevalente, interdependiente y fundamental, lo que quiere decir que ningún derecho de un tercero puede interponerse en el cumplimiento y garantía de un derecho de un niño, niña o adolescente.

En síntesis, en los casos en los que la vida o la salud de un niño, niña o adolescente se encuentre amenazada o vulnerada, y en el caso exista un conflicto de intereses entre los derechos de los padres o familiares a la libertad religiosa, siempre se considerará que los intereses de los menores de edad prevalecerán por encima de los derechos de sus progenitores o familiares.

**b) Sentencia T-750 de 2004.** En esta sentencia, se revisó el caso de un niño de 11 años con afección en la vejiga a quien además le practicaron trasplante de un riñón, razón por la cual necesitaba unos medicamentos que no contemplaba el Plan Obligatorio de Salud (POS).

En dicha sentencia, la Corte estableció unos criterios para la procedencia de las acciones de tutela en los casos donde se solicitan medicamentos y tratamientos que no contempla el POS:

1. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por otro.
2. Que el paciente no pueda sufragar el costo de los medicamentos o del tratamiento.
3. Que el medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Entidad

Prestadora de Salud a la que se encuentra afiliado el demandante. (Corte Constitucional, 2004, sentencia T-750)

Con respecto al interés superior, en esta sentencia la Corte reitera las características que tiene este Principio:

El interés superior del niño se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con sus especiales aptitudes físicas y psicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor. Este principio reconoce los derechos prevalentes de los menores, y exige un trato equivalente a esa prelación, en cuya virtud se los proteja de manera especial, se los defienda ante abusos y se les garantice el desarrollo normal y sano en los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad. (Corte Constitucional, 2004, sentencia T-750)

Se presenta una problemática grave en Colombia con respecto a la garantía del derecho a la salud de los niños y niñas, debido a que existen normas que excluyen ciertos medicamentos y tratamientos del Plan Obligatorio de Salud. Pero, aun así, las leyes que conforman el régimen de salud en Colombia coinciden en que la infancia y la adolescencia tienen derecho a un trato preferente y prevalente. En este orden de ideas, se presenta un claro conflicto que hasta el momento solo ha sido dirimido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional desde los años 90 hasta hoy.

*c) Sentencia T-012 de 2012.* En esta sentencia, la Corte Constitucional revisa el caso presentado por el señor Juan Antonio a favor de su hijo Diego a través de una acción de tutela contra la señora Diana, madre del niño por vulnerar el derecho de su hijo a tener una familia y no ser separado de ella.

El señor Juan Antonio afirma que desde que se separó de la señora Diana, esta ha tenido la custodia del niño. Que además se llevó a cabo audiencia ante Comisaría de Familia donde se acordó el régimen de visitas, y que justo cuando se estaba cumpliendo con lo acordado, la señora Diana volvió a solicitar audiencia para regular visitas nuevamente y acordaron que el señor Juan Antonio podría ver más seguido a su hijo. Posterior a eso, la señora Diana ha puesto muchos impedimentos para que él pueda ver a su hijo y compartir tiempo de calidad con su padre “como una estrategia para vengarse de él, a pesar de que ha cumplido con la cuota alimentaria que le corresponde”.

Por su parte, la señora Diana contestó la tutela afirmando que ella no ha impedido las visitas del señor Juan Antonio a su hijo de manera caprichosa o arbitraria, sino que lo ha hecho para proteger a su hijo, pues el niño le manifestó a su mamá que no quería ir más a casa de su papá porque alguien diferente a su papá le tocaba sus genitales. La señora Diana interpuso denuncia en la Fiscalía por presunto abuso sexual.

En primera instancia, el Juzgado decidió amparar el derecho de Diego a tener una familia y no ser separado de ella, por lo que ordenó a la señora Diana cumplir con lo acordado en la última audiencia de conciliación sobre el régimen de visitas. Así mismo, ordenó al señor Juan Antonio cumplir con todas las normas de seguridad sugeridas por la psicóloga de la Comisaría de Familia para proteger la integridad del niño.

Para dar respuesta al problema jurídico del caso, la Corte Constitucional realiza unas precisiones y reiteraciones sobre la jurisprudencia desarrollada hasta el momento con relación al principio del interés superior. Para esto, reitera los criterios jurídicos de interpretación establecidos por la Honorable Corporación en diferentes sentencias y que a lo largo de este capítulo se ha estudiado.

Posteriormente, la Corte hace un análisis sobre el derecho de niños y niñas a tener una familia y no ser separado de ella, y el de los padres biológicos a mantener contacto con sus hijos. En este sentido, la Corte recuerda que el derecho a tener una familia es limitado cuando dicha familia constituya un peligro inminente para la vida e integridad del niño, de lo contrario resulta indispensable que los menores de edad tengan cercanía con su familia y reciban afecto por parte de ésta.

En el caso en cuestión, el alto tribunal pondera la posición de la madre preocupada por lo que le manifiesta su hijo sobre el presunto abuso sexual, quien de manera unilateral toma la decisión de restringir las visitas al padre biológico del niño en procura de salvaguardar su integridad física y emocional. Y, por otro lado, se encuentra la posición del padre que desea compartir espacio y tiempo con su hijo Diego. Vale la pena resaltar que quedó probado la inocencia del padre en el presunto abuso, y que luego de hacer las respectivas valoraciones psicológicas y médicas, se determinó que el niño se encontraba en perfecto estado de salud física y mental.

Se observa entonces que existe una contraposición entre los intereses de los padres y el derecho de Diego a estar con ellos que, si bien es cierto se encuentran separados, no han dejado de ser sus padres y su familia más cercana. En este orden de ideas, la Corte entiende que la

preocupación de la madre la llevó a tomar esa decisión de interrumpir de manera abrupta la relación de Diego con su padre; sin embargo, manifiesta la Corte que esa actitud no era la adecuada, ya que quien debía restringir el régimen de visitas era la Comisaría de Familia o un defensor de familia del ICBF porque estaba claro que el padre del niño no era el responsable del presunto abuso sexual, sino otra persona que al parecer lo había ido a visitar.

Por otro lado, la Corte exhorta al padre del niño a seguir cumpliendo con las normas de seguridad, ya que a pesar de que no vivía con él a diario, también era responsable de su cuidado y protección. En este caso, el interés superior de Diego era pasar tiempo con ambos padres y que se tomaran las medidas pertinentes para mantener sus lazos afectivos con ellos a pesar de la separación de la pareja.

**3.2.5 Quinto criterio: Necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado.** En cuanto al quinto criterio, referente a la necesidad de evitar cambios desfavorables a las presentes condiciones en que llega un niño, niña o adolescente ante la autoridad, en reiteradas sentencias la Corte advierte que la autoridad deberá abstenerse de desmejorar las condiciones en las cuales se encuentra el niño involucrado al momento de resolver su situación jurídica frente a sí mismo, su familia y la sociedad. En este sentido también hace un llamado no solo a las autoridades, sino también a los particulares que tengan competencia según el caso que se atienda.

*a) Sentencia T-586 de 2013.* En esta sentencia, la Corte examina el caso de un niño diagnosticado con autismo infantil y retardo mental grave, por lo que el médico tratante le ordenó la rehabilitación integral en un centro especializado de manera especializada e individual

que le ofreciera un acompañamiento terapéutico en sus actividades diarias, como también en actividades externas que le faciliten un avance en su calidad de vida y la de su familia.

La accionante señaló que su hijo fue valorado por diferentes especialistas en la Clínica Neurorehabilitar, institución especializada en el manejo de ese tipo de diagnóstico, quienes expresaron la necesidad de iniciar el “programa de rehabilitación integral personalizada e intensiva con (psicología, terapia ocupacional, terapia física, terapia de lenguaje, fonoaudiología, equinoterapia, musicoterapia, psicopedagogía) con transporte” (Corte Constitucional, 2013, Sentencia T-586).

Indicó que mediante derecho de petición solicitó a Humana Vivir EPS y a la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá autorizar el tratamiento para su hijo en la Clínica Neurorehabilitar, según el programa y tratamiento allí ofrecido, sin obtener una respuesta de fondo, pues le comunicaron que esos servicios y/o procedimientos no están incluidos en el Plan Obligatorio de Salud POS. (Corte Constitucional, 2013, sentencia T-586).

Al tratarse de un caso de un niño con discapacidad, la Corte tuvo en cuenta el precedente judicial que hasta el momento se ha trazado. En el caso objeto de estudio, las circunstancias del niño ameritaban una atención especial que el Estado no podía garantizar debido a que el tratamiento que requería no estaba contemplado en el POS.

En este sentido, la Corte permitió que, en el caso de estudio, el niño recibiera las terapias ABA, teniendo en cuenta que los diferentes avances científicos han ampliado las posibilidades de tratamientos médicos que ayuden a mejorar o aliviar los síntomas de las enfermedades. De esta manera, la Corte afirmó:

Recientemente, a partir de la existencia de avances científicos y nuevas alternativas terapéuticas, la Corte ha analizado la posibilidad de que para proteger el derecho fundamental a la salud de las personas que padecen algún tipo de enfermedad neurológica, se autoricen tratamientos que además de no estar incluidos en el POS, tienen un carácter experimental. Es el caso de las denominadas terapias ABA, tales como la animalterapia, la acuaterapia, la musicoterapia, la equinoterapia y otras semejantes, técnicas que pese a su novedad y menor conocimiento y aplicación por parte de la comunidad médica científica, se ha comprobado que pueden ofrecer una razonable probabilidad de efectividad en el proceso de rehabilitación psicofísica de tales personas, además de una mejor relación con sus familias y con la sociedad. (Corte Constitucional, 2013, sentencia T-586)

Para resolver este caso, la Corte decidió tutelar los derechos fundamentales del niño a la vida, la salud, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana y ordenó a la Entidad Prestadora de Salud (EPS) que le otorgara el tratamiento médico requerido al niño, con el fin de que sus condiciones de vida sean mejores. En esta sentencia, el interés superior del niño prevaleció sobre las normas que excluían el tratamiento médico adecuado, y a pesar de que dicho tratamiento está considerado como no convencional, la Corte consideró necesario hacer uso de todas las herramientas disponibles que pudieran mejorar la calidad de vida del niño.

**b) Sentencia T-955 de 2013.** En el presente caso, la Corte estudia si un Juzgado de Familia de la ciudad de Medellín, vulneró el derecho fundamental de la niña Milagros (de 11 años) a ser oída y a que su opinión fuera tenida en cuenta durante el proceso donde se definiría su custodia, cuidado personal y régimen de visitas por parte de sus parientes.

Inicialmente, la custodia de Milagros estaba bajo la responsabilidad de Eloísa, prima del padre de la niña, debido a situaciones de violencia intrafamiliar por parte de la madre biológica de la niña, y abuso sexual por parte del padrastro. Aun así, la Juez ratifica la custodia a cargo de la señora Elvira (madre biológica), razón por la cual la señora Eloísa interpone acción de tutela ante Tribunal Superior contra la sentencia proferida por la Juez de Familia, afirmando que la niña no fue escuchada por la Juez durante el proceso.

Con el fin de resolver el problema jurídico que se planteó, la Corte Constitucional realizó aportes importantes en cuanto al derecho de los niños y niñas a ser oídos, resaltando lo expresado por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 en su artículo 12 que dice que el niño tiene derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten, y que se le dará la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo.

La Corte acoge lo señalado por el Comité sobre los Derechos del Niño en lo que respecta al derecho de los niños y niñas a ser oídos como una importante garantía. En este sentido, se pronuncia en los siguientes términos:

[...] la Corte considera relevante señalar que la opinión del menor de dieciocho años debe siempre 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. [...] 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”.

(Corte Constitucional, 2013, sentencia T-955)



Partiendo de esta afirmación que presenta la Corte, se puede decir entonces que una de las formas para evitar cambios desfavorables en la vida de un niño o niña, es escuchándolo y teniendo en cuenta su opinión frente a la situación que está viviendo. Obviamente, su opinión debe ponerse en una balanza frente a su madurez que, como ha dicho la Corte, no va a depender de la edad que tenga el niño o la niña porque se entiende que el concepto de madurez no es exacto y aplicable igual para todos los casos. Se debe entonces realizar un estudio integral de las condiciones que rodeen al niño para determinar qué tan madura es su opinión.

Otro aspecto importante que resalta la Corte sobre el criterio que se estudia en esta sección, tiene que ver con la creencia de que el factor económico es determinante para establecer la custodia de un niño o niña. Al respecto la Corte ha señalado que:

[...] el solo hecho de que el niño pueda estar en mejores condiciones económicas no justifica de por sí una intervención del Estado en la relación con sus padres; deben existir motivos adicionales poderosos, que hagan temer por su bienestar y desarrollo, y justifiquen las medidas de protección que tengan como efecto separarle de su familia biológica (Corte Constitucional, 2013, 2013, Sentencia T-955)

En el caso estudiado, la señora Eloísa gozaba de mejor posición económica, sin embargo, al final la Corte decide que debe iniciarse un proceso de restitución de la niña Milagros a su familia biológica de manera progresiva, ya que, si bien es cierto que su madre no gozaba de todos los recursos que la señora Eloísa (prima del padre de Milagros), no había razón para que el Estado interviniera en esa relación materno-filial, teniendo en cuenta que la situación económica inferior de la familia no implica, *per se*, un cambio desfavorable para la niña, sino que se deben analizar otros aspectos importantes que garanticen el desarrollo integral de los menores de edad.

Además, explica la Corte que en el proceso por cargos de violencia intrafamiliar y presunto abuso sexual, la madre biológica de la niña y el padrastro quedaron absueltos, lo que a consideración de la Corte daba vía libre para que la niña pudiera volver a restablecer su vínculo con su madre de manera progresiva.

De la revisión de los cinco criterios que introduce la Corte Constitucional para la correcta aplicación del principio del interés superior del niño, la investigadora observó que el criterio referido al equilibrio de derechos, resultó ser el más aplicado por la Corte, lo que llevó a la conclusión que se hace necesario considerar que la aplicación de la justicia en la solución de asuntos respecto de niños, niñas y adolescentes, requiere darle culturalmente a la infancia la categoría de sujeto de derechos y de población de especial protección constitucional. Con este objetivo, se elabora como respuesta una propuesta de atención que sea más justa para la infancia.

## Capítulo 4

### El criterio del equilibrio de derechos, como una teoría de justicia

Antes de 1924, los niños y niñas no eran considerados sujetos de derecho, no eran escuchados ni tenidos en cuenta. Sin embargo, luego de la Declaración de Ginebra, ideada por Eglantyne Jebb durante la Primera Guerra Mundial, salta a la luz una preocupación por visibilizar a los niños y niñas víctimas de la guerra, quienes quedaban con secuelas difíciles de borrar, víctimas con que se inauguró el siglo XX, en razón a que estos seres humanos no eran considerados sujetos de derechos. Los niños eran invisibles para el mundo adulto durante épocas de guerra.

Treinta y cinco años después, con la Declaración sobre los Derechos del Niño (1959), aparece una nueva preocupación: hacerle ver al mundo, tanto en la teoría como en la práctica, que los intereses de los niños y niñas poseen un carácter superior y que, por lo tanto, prevalecen frente a los intereses de los adultos. Así mismo, treinta años después con la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), se acoge con mayor preocupación la manera en que se debía darle voz al niño. El niño necesitaba ser escuchado en cada uno de los procesos donde se viera involucrado. Esta Convención imprime en su artículo 12 la necesidad de darle expresión, voz, a tales sujetos de derechos, especialmente en situaciones de grave riesgo como los conflictos armados nacionales e internacionales.

El artículo 12 de la Convención alude al respeto a la opinión del niño y este, al igual que el interés superior del niño, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño, y la no discriminación, son los principios que orientan la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así lo establece el artículo:

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.
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. (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, art. 12)

De esta manera, la opinión de la infancia se eleva a principio en el marco del derecho internacional de la niñez, a la cual está vinculada Colombia. La voz del niño adquiere entonces un valor importante en la resolución de cuestiones judiciales, administrativas y de cualquier otra índole, que como se observará más adelante, es un elemento indispensable en la teoría que propone esta investigación.

Recordábamos al inicio de este capítulo que la visualización de los niños y sus derechos fue una consecuencia de la Primera Guerra Mundial, donde las principales víctimas fueron los niños. En ese sentido creemos oportuno comentar la visión que, sobre las guerras, en relación a los niños, trae la tratadista española Sonia Hernández, en su obra *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional* (2001), expone acerca de la protección internacional de los derechos del niño, como un aspecto particular dentro del fenómeno más amplio de humanización del derecho internacional contemporáneo, que

representa la consagración de un derecho internacional de los derechos humanos. Esta especialidad, elevada al rango de categoría por el Convenio de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño de 1989, cuenta con importantes precedentes en las disposiciones de derecho internacional humanitario que garantizan al menor una protección extra con respecto al resto de la población civil.

Partiendo de este principio de protección especial del niño, Hernández se afana en esculcar todos los resortes que el derecho de gentes ofrece para alcanzar dicho objetivo en la difícil situación que suponen los conflictos armados poniendo de manifiesto la tensión entre un desideratum con fundamento ético y la realidad del marco jurídico positivo.

Y es que nos movemos en un ámbito en el que es constatable un cierto fariseísmo estatal, pues no resulta fácil sustraerse a las grandes declaraciones, pero menos aún alcanzar compromisos jurídicos vinculantes en la medida de las intenciones declaradas.

Así lo demuestra el hecho de ser el Convenio sobre los Derechos del Niño, instrumento de mayor aceptación entre los grandes convenios de derechos humanos de las Naciones Unidas y de carácter general y, al mismo tiempo, el de mayor pobreza garantista a la hora de ofrecer mecanismos que permitan exigir su cumplimiento a los Estados. Aún limitado el control previsto al tibio deber de presentar informes periódicos ante el Comité de los Derechos del Niño, un porcentaje importante de Estados incumplen dicha obligación formal y otros han trufado su aceptación de tales reservas que el alcance de su vinculación convencional se restringe notablemente y, en algunos casos, de forma contraria al objeto y fin del propio tratado.

Idéntica prueba proporciona la dura negociación del Protocolo sobre participación de los niños en los conflictos armados y su contenido, ciertamente más corto de lo que las propuestas

iniciales podían concebir.

*El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional* realiza un examen detallado y riguroso de las normas internacionales, tanto de derecho internacional humanitario como de derecho internacional.

Desde la perspectiva ético-jurídica de la tesis Inmanuel Kant sobre el derecho, Hernández concibe el concepto de dignidad humana que abandera la Constitución, como principio fundante y absoluto del Estado social de derecho y que contribuye a que ese estado social sea una realidad.

#### **4.1 Una idea del deber para garantizar los derechos de los niños**

Es de utilidad para la investigación compartir los planteamientos filosóficos y políticos sobre derechos humanos de la profesora norteamericana Martha Nussbaum, ganadora del premio Príncipe de Asturias de Ensayos, donde combina la necesidad ética de cumplir deberes para que ello permita mayor respeto de los derechos humanos y esas ideas, con la brevedad debida, serán comentadas seguidamente.

Es por ello que se propone la puesta en marcha de una teoría de justicia para la infancia denominada *El Criterio del Equilibrio de Derechos, como una Teoría de Justicia*, para recomendar que toda autoridad judicial o administrativa, para la atención de casos que involucren niños, niñas o adolescentes, resuelvan los conflictos solamente a partir de las normas constitucionales y los tratados internacionales firmados por Colombia, específicamente la Convención sobre los Derechos del Niño, que introdujo el principio del interés superior, ya que es la carta magna la que reconoce a la infancia como una población de especial protección constitucional y es por ello que, no es suficiente conseguir tal protección prevalente para la

infancia con la aplicación de normas ordinarias, de las cuales, muchas están desactualizadas y desacreditadas.

No es tarea fácil aterrizar una teoría para su aplicación y puesta en marcha, una teoría que propone un nuevo sistema legal, cuando lo que se encierra en el mismo es prácticamente un cambio cultural muy radical en el país, el cual es el hecho de considerar el respeto de los derechos fundamentales y la dignidad humana de los niños, niñas y adolescentes. En este sentido compartimos lo que dice la psicóloga Martha Nussbaum en su texto *Las Fronteras de la Justicia* (2017):

Se trata de considerar a lo que las personas tienen derecho a recibir, antes incluso de que podamos decir sobre quien recaen los deberes correspondientes, y esta reflexión nos llevará a concluir que estos deberes existen, y que tenemos cierto tipo de obligación colectiva a garantizar que las personas reciban lo que se les debe. (pág. 274)

Es así que, como se ha dicho a lo largo de este trabajo de investigación doctoral, que existen suficientes herramientas constitucionales para la efectividad del cumplimiento de los derechos de los niños en nuestro país, pero también hemos descrito situaciones reales, reflejados en casos de tutela resueltos por la Corte Constitucional, en los que se observa que uno de los principales vulneradores de dichos derechos fundamentales es el mismo Estado colombiano, a través de sus distintas autoridades judiciales y administrativas y también la misma sociedad, todos estos lejanos a la cultura constitucional que hoy día exige la protección de la infancia. Se puede evidenciar que lo que se requiere realmente es la toma de conciencia que, a nivel universal ya es una realidad que despierta, quizá no tan contundentemente como se requiere, pero que sin embargo, permite ver una luz en este camino de oscuridades a través de la historia para los niños.

Lo aquí anotado es coherente con la tratadista Nussbaum, quien, en el mismo texto citado, afirma:

Un enfoque influyente sobre la justicia global, cuyo representante es Onora Oneil, sostiene (siguiendo a Kant) que es preciso partir de los deberes. La idea consiste en reflexionar sobre lo que tenemos el deber de hacer (y no hacer) por y para los seres humanos, y esta reflexión nos informará sobre lo que el beneficiario tiene derecho a recibir. (pág. 274)

Entonces se hace necesario que los colombianos, todos los adultos asumamos una posición seria y de respeto por sus derechos, donde se privilegien su vida digna, sus derechos sustantivos, antes que los procedimentales, es decir, que sus derechos prevalezcan a los de sus padres, a los de sus maestros, hermanos y familiares mayores de edad. Sería entonces considerar a qué tienen derecho y no, quién tiene el deber de cumplirlos, ya que generalmente los padres y autoridades convierten en sus derechos, como adultos, los deberes que tienen para con sus hijos. Es ahí donde exponemos y proponemos que, si culturalmente comprendemos y asumimos que la garantía de los derechos de los niños, es un deber de todos los adultos, es posible que avancemos en su real reconocimiento y no se siga delegando la tarea de su cumplimiento a la familia, al Estado, a la escuela, etc. Como bien lo señala Nussbaum en este sentido, cuando afirma: “[...] En resumen, los deberes no se generan nunca en el vacío: la idea de las necesidades y de los derechos basados en las necesidades, siempre aparece para informarnos de porque un deber es un deber, y por qué es importante”. (pág. 276)

En el desarrollo del presente trabajo toma fuerza hacer la claridad de que la institución de la familia, es una institución que actualmente es considerada en muchos casos como un espacio peligroso para los niños, las niñas y los adolescentes. Todo esto se demuestra con las estadísticas



que a diario nos demuestran la tragedia en que viven. Hoy día legalmente está revestida la familia de obligaciones de carácter social, individual, y colectivo para la infancia, así mismo tiene obligaciones la educación escolar, preescolar, infantil, básica y media, dándole participación en cada uno de los estamentos de las instituciones de educación. Entonces, se puede inferir que la familia requiere capacitación, pero que los padres que la constituyen, deben ser adultos responsables, conforme lo señala la Constitución Política de Colombia, en cuanto al derecho de tener hijos de manera libre pero responsable. Aquí la teoría tendría validez en clarificar la necesidad de capacitar a los nuevos y viejos miembros de las familias desde el sector educativo, de la salud y con el apoyo de la empresa privada, que lentamente comienza a asumir su responsabilidad social y las obligaciones que apuntan al desarrollo sostenible. Vale la pena revisar la tarea de la familia y su limitada apreciación como escenario estrictamente privado:

La familia debería ser tratada como un ámbito de gran valor, pero no privado, [...] la comunidad mundial debería proteger las libertades individuales de las personas, incluido el derecho de cada una de ellas [...] así como otros derechos adicionales relacionados, como algunos que poseen los padres con respecto a determinadas decisiones sobre los hijos. [...] La comunidad mundial ha reaccionado de forma muy lenta al problema de la atención diferencial a las niñas y a los niños, precisamente porque tanto las tradiciones occidentales como las no occidentales han interpretado el hogar familiar como un espacio inviolable de patrimonio personal exclusivo. Tanto en la esfera pública global como en el debate político interno de cada nación debería marcarse como prioridad el hallazgo de un nuevo enfoque de la familia que sea respetuoso con la libertad de asociación y proteja las capacidades de los niños. (Nussbaaum, 2017, pág. 317-318)

## 4.2 Los criterios jurisprudenciales estudiados

Es evidente que la investigación explora en el seleccionado número de fallos judiciales el estudio que la Corte Constitucional ha dado al principio del interés superior del niño y ese estudio permitió escoger algunos criterios de ese tribunal constitucional, que serán expuestos seguidamente.

Consonante con ese nuevo espíritu de convivencia universal, a partir de 1991, con la instalación de la Corte Constitucional, creada por la Constitución Política de Colombia, se ha dedicado en sus fallos, tanto de tutela como de constitucionalidad, a llamar la atención, no solo de la comunidad judicial, sino a toda la sociedad, acerca de una serie de criterios jurisprudenciales para interpretar y aplicar efectivamente, los derechos de los niños, por diferentes agentes y en distintas circunstancias de hechos y de derechos.

Es así como se propone a jueces, educadores, a la familia y a la sociedad en general, nuevos criterios para interpretar y aplicar los derechos de los niños cuando estos resulten amenazados y vulnerados por diferentes agentes y en diferentes circunstancias fácticas.

La investigación posibilitó conocer tales criterios jurisprudenciales, luego de la recopilación, lectura crítica y sistémica del número de fallos de la jurisdicción constitucional, objeto de la investigación. Rememorando, estos criterios se sintetizaron en: la garantía del desarrollo integral del niño, la garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los niños, la protección del niño frente a riesgos prohibidos, el equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus parientes biológicos o, de hecho, sobre la base de la prevalencia de los derechos de los niños y, finalmente, la necesidad de evitar cambios desfavorables a las condiciones existentes.

Del contenido de cada uno de estos criterios, considerados como una unidad interpretativa, la investigadora, luego de la revisión jurisprudencial realizada, observó la convergencia de uno de ellos en el mayor grupo de sentencias con puntos comunes, seleccionándolo para soportar la teoría jurídica que justifica la investigación: *El criterio del equilibrio de derechos, como una teoría de justicia*, que a continuación se expone y explica.

### **4.3 Formulación de la teoría**

La dimensión pedagógica-jurídica de la investigación, en su propósito, no solo da a conocer la realidad sociológica de la niñez en Colombia reflejada en los permanentes conflictos judiciales a los que aluden los fallos constitucionales analizados, sino en la búsqueda de encontrar en el derecho y en la justicia mecanismos rápidos y educativos para superar dicha realidad de daño a los niños. La investigación se ha guiado a plantear una teoría que, aplicada judicial y educativamente, contribuya a superar la situación de abuso y maltrato infantil.

**4.3.1 ¿Qué es una teoría?** En este sentido, por la naturaleza diversa de los conflictos que afectan la dimensión de los derechos de los niños, se busca responder a tal diversidad de criterios elaborando una teoría. Una teoría que ayude a la garantía, oportuna, de los derechos de la niñez en una sociedad como la colombiana, tan desigual.

Existen diversas definiciones sobre qué es una teoría en determinada disciplina científica. De ahí la necesidad metodológica de exponer algunas de tales conceptualizaciones para ir cimentando la nuestra, Martínez (2009) expone diferentes concepciones:

El proceso de teorización utiliza todos los medios disponibles a su alcance para lograr la síntesis final de un estudio o investigación. Más concretamente, este proceso trata de integrar en un modo coherente y lógico los resultados de la investigación en curso,

mejorándolo con los aportes reseñados por el marco teórico-referencial después del trabajo de contrastación. (p. 181).

En este sentido, la teoría que se plantea nace de la revisión y análisis de los 198 fallos de la Corte Constitucional que tratan el principio del interés superior del niño, y de los postulados filosóficos y jurídicos abordados en el marco de referencia de esta investigación. Así, luego de la revisión jurisprudencial se determinaron los criterios más comunes para una aplicación más efectiva y eficaz del principio estudiado. Pero este análisis no solo consistió en el contenido de las decisiones judiciales, sino que, una vez agrupadas las sentencias, se analizaron estadísticamente variables seleccionadas para representar la realidad de los derechos de la niñez en números, siendo lo más impactante el hecho de que esas estadísticas son el resultado de la propia actuación estatal. Es de resaltar que, al igual que los fallos jurisprudenciales, también tiene su fundamento en otras disciplinas diferentes al derecho, tales como la sociología y la filosofía. Acorde a ello citado autor continúa diciendo:

En el campo de las ciencias humanas, la construcción y la reconstrucción, la formulación y la reformulación de teorías y modelos teóricos o de algunas de sus partes, mediante elementos estructurales de otras construcciones teóricas, es el modo más común de operar y hacer avanzar estas ciencias. (Martínez, 2009, p.180)

Luego de la comparación de los aspectos fácticos de cada caso particular, así como de las normas aplicables, lo que se observa en nuestro desarrollo investigativo con la necesidad de la teoría a proponer, es que ha permitido avanzar en el justo posicionamiento de la infancia en nuestro país, haciendo más coherente el avance normativo en la realidad social de la niñez colombiana. Por ello compartimos cuando Martínez expresa:

La teoría es por tanto un modelo ideal, sin contenido observacional directo, que nos ofrece una estructura conceptual inteligible, sistemática y coherente para ordenar los fenómenos; de manera más concreta, suelen consistir en un sistema de hipótesis, fórmulas, legaliformes y hasta leyes ya establecidas, de modo que su síntesis puede incluir desde lo plenamente conocido hasta lo meramente sospechado. (2009, p. 181)

El aprendizaje que permitió el conocer cada caso particular y la forma de resolverlo por la Corte Constitucional, nos llevó a la creación y formulación de una teoría que consiste en definir desde uno de los criterios de la Corte Constitucional, el poder plantear la forma de solucionar los casos complejos, respecto de situaciones que involucren la garantía de los derechos de los niños. En este orden, se considera válido agregar que:

Para Einstein, la ciencia consiste en crear teorías. Pero una teoría es un modo nuevo de ver las cosas, y puede haber muchos modos diferentes de verlas. (Martínez, 2009, p. 180)

Coincidimos con el autor y sí, se hace necesario ver las cosas de los niños, niñas y adolescentes de muchas formas diferentes, es decir, verlas en su dimensión y especificidad de cada caso, acorde con su edad, sexo, condición, etc., pero no para discriminarlo, sino todo lo contrario, para reconocer sus necesidades particulares, es decir, con visión y perspectiva de género conforme lo señala la Ley de Infancia y Adolescencia como uno de sus Principios rectores.

**4.3.2 ¿Para qué sirve la teoría?** Ahora bien, vista la definición de lo que es una teoría, cabe preguntarse para qué sirve y de qué forma contribuye al mundo del conocimiento en el que pretende impactar. A propósito, Martínez (2009) destaca:

Tal vez se podría hablar de “descubrir” leyes, pero, si se trata de teorías, solamente se puede decir que son “inventadas” o “construidas”, ya que la formación de una teoría no consiste en descubrir o en destapar un hecho “escondido”; la teoría es un modo de mirar los hechos, un modo de organizarlos y representarlos conceptualmente a través de una nueva red de relaciones entre sus partes constituyentes. Aunque la teoría se ajusta y acomoda en cierto modo al mundo exterior, en otro sentido importante crea un mundo propio. (p.302)

El mundo exterior e ideal práctico de un Estado social de derecho, como el colombiano, es facilitar la conformación de una sociedad humana igualitaria. De ahí la razón que su principio fundador sea el respeto de la dignidad humana, que permita un vida democrática, participativa, incluyente y pluralista (Const., 1991, art. 1.), que surge como una nueva red para las infancias, coherente con los objetivos de desarrollo sostenible referentes a la equidad de género, reducción de las desigualdades y a la paz, justicia e instituciones sólidas.

Dentro de ese ideal, la Constitución Política de 1991 consagró en su artículo 44 un listado amplio y taxativo de derechos a los niños y además de enlistarlos constitucionalmente, los denominó fundamentales, es decir, inherentes a la condición humana de los niños, elevándolos a la categoría de prevalente frente a los derechos de los demás, incluidos los de sus progenitores.

Por esa consagración constitucional los niños colombianos sujetos de derechos son sujetos de sus propios derechos y no apéndices de los derechos de los demás, que frente a los de los niños deben ceder para garantizar, efectivamente, los derechos prevalentes de estos.

Ese es el nuevo enfoque interpretativo que deviene de una lectura de la Constitución Política como norma de normas. (Const., 1991, art. 4), y así la ha venido aplicando

comprendiendo nuestra jurisprudencia al estudiar, frente a conflictos judiciales, el principio del interés superior del niño. En esa perspectiva constitucional y jurisprudencial se cimenta nuestra demanda bajo estudio de ese respetado despacho judicial.

Por su parte, Concari (2001), señala que

La capacidad de predicción está asociada a la posibilidad de pronosticar eventos que aún no ocurren y que pueden ser explicados antes de que sucedan. Esta capacidad múltiple de descripción, explicación y predicción, es lo que constituye el poder explicativo de una teoría, o siguiendo la postura de Laudan, su capacidad para resolver problemas". (p. 89)

La filosofía jurídica moderna, la que proviene del Siglo XVIII, cuando se proclamó el Estado de derecho, alude a los derechos que son inherentes a la persona humana, como la libertad, la vida digna, la propiedad; los calificó como derechos fundamentales y enseñó que eran inalienables (Const., 1991, art. 5). Dentro de esos derechos fundamentales, a los niños colombianos la Constitución les consagró un catálogo especial de derechos, que hemos mencionado.

Finalmente, para fundamentar la teoría que propone esta investigación, se acudió, además del análisis estadístico que realiza la investigadora de las sentencias de la Corte Constitucional, a estudios, informes y datos estadísticos de entidades estatales como el Instituto Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses (INMLCF). A continuación, se realizará una travesía por la situación de la niñez colombiana en los últimos años, soportada por la misma jurisprudencia y las estadísticas del INMLCF.

#### **4.4 Situación de la niñez colombiana. Informe del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses**

Tomando como fuentes datos de investigaciones de organismos estatales, como el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se reseñan, en cifras, casos de violencia intrafamiliar, maltratos en hogares, muertes de niños, niñas por homicidios, de explotación y abusos sexuales y desplazamiento forzado por la violencia.

Por ser una institución reconocida de orden nacional la que lo elaboró y por su contenido, dicho Informe lo acogemos en la investigación, para retratar con él la situación real y actual de la niñez, originaria de los conflictos sociales y judiciales que se reflejan en los fallos de los jueces constitucionales que han provocado los pronunciamientos de la Corte Constitucional Colombiana, objeto de estudio de la investigación.

Según las estadísticas reportadas en *Forensis. Datos para la vida* (2017), del INMLCF, en el año 2016 se conocieron 26.473 casos de violencia al interior de la familia, donde sus resultados muestran que el 38,08 % de las víctimas fueron niños, niñas y adolescentes; esto por fuera de la violencia de pareja, la cual alcanzó un total de 77.182 casos. En cuanto al sexo de los niños, niñas y adolescentes víctimas, el mayor grado se dio para el sexo femenino, siendo insignificante la diferencia con el sexo masculino y las edades predominantes van de 10 a 14 años de edad. En cuanto al agresor, resultaron ser los hombres los que predominan como tales en esta clase de violencia infantil y dentro de la familia son los padres y madres, los primeros agresores.

Concluye el Instituto Nacional de Medicina Legal que la violencia en la convivencia hacia la infancia es muy antigua y que ha tenido diferentes denominaciones, tales como violencia

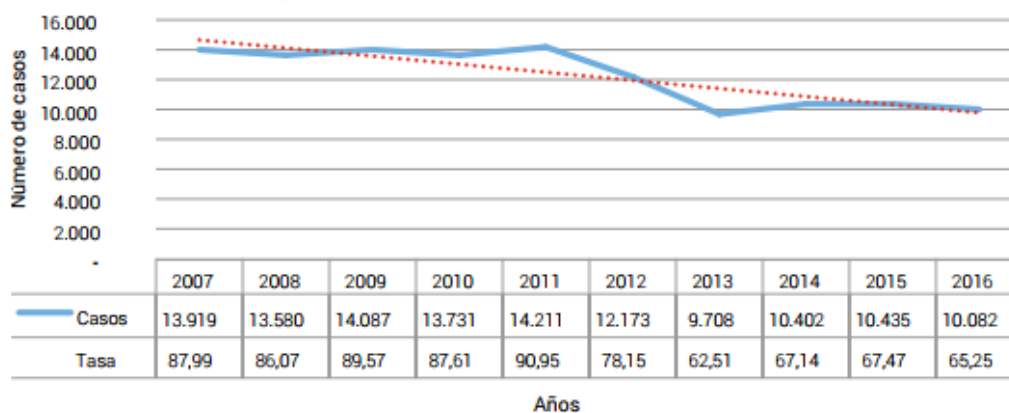


intrafamiliar, violencia ascendiente o ascendente, maltrato filiar, abuso de padres o filio parental, para significar el maltrato a los hijos menores de edad.

En *Forensis. Datos para la vida* (2017), el INMLCF realiza un análisis de las diferentes formas de violencia contra los niños durante el periodo 2007 a 2016, la última edición de la publicación reporta<sup>14</sup>:

Durante el decenio 2007-2016 se conocieron 122.328 casos de violencias contra niños, niñas y adolescentes (NNA) ocurridos en Colombia, lo que significa aproximadamente 12.233 casos por año, 840 por mes y 28 por día. Las tasas más elevadas del periodo se presentaron durante 2011 y 2009 y, por el contrario, la menor tasa se registró en 2013. En el último año la cifra ascendió a 10.082 casos, 353 menos que en 2015, que significó una tasa de 65,25 por 100.000 habitantes. Pese a que la cifra es escandalosa, los casos de conocimiento del sistema forense presentan una tendencia a la disminución, como se aprecia en la Figura 1. (p. 215)

**Figura 1. Violencia contra niños, niñas y adolescentes, casos y tasas por 100.000 habitantes. Colombia, 2007 – 2016**



Fuente: Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses/Grupo Centro de Referencia Nacional Sobre Violencia/Sistema de Información de Clínica y Odontología Forense/ Tasas calculadas con base en las proyecciones de población DANE 1985-2020.

<sup>14</sup> Para la vigencia 2018, el INMLCF no ha emitido la publicación correspondiente. No obstante, *Forensis. Datos para la vida* del año 2017, es de especial valor por cuanto realiza un análisis general del periodo 2007 a 2016.

El gráfico anterior aunque muestra una leve disminución, en las estadísticas año por año, permite observar la continuidad en este problema de tan alto impacto familiar y social, para el presente y futuro de la sociedad colombiana. De igual manera en cuanto a la violencia de los niños en la franja de la primera infancia, presenta un bajo número estadístico, lo que se explica muy seguramente dada la intimidad de la ocurrencia de los hechos y además de la necesidad de la exigencia de una denuncia por parte de los mismos padres agresores.

Según las características del agresor son los padres y madres 29% y 28% respectivamente, los primeros agresores de los niños, niñas y adolescentes, justificado por formas de corrección parental y muestra de autoridad, lo que es contrario a la creencia culturalmente arraigada de que los padres y madres proporcionan a sus hijos solo amor, cuidado y protección.

Los maltratos reportados en la estadística forense muestran que el 70% fueron maltratados con objetos contundentes, así mismo las agresiones se presentan con mayor frecuencia en el tórax en los casos que reportaron esta información. De otra parte, fue entre agosto y septiembre que más se produce violencia contra niños, niñas y adolescentes, siendo los tres primeros días de la semana, los de más alta manifestación de violencia.

La evidencia de las cifras que, históricamente, muestran las estadísticas oficiales, del Instituto Nacional de Medicina Legal, en un considerable periodo de tiempo posterior a la consagración constitucional de los llamados derechos fundamentales de los niños en Colombia, sobre el cimiento filosófico del Principio del Interés Superior, son la realidad que refleja la situación social de una población desprotegida, que sigue siendo víctima de la violencia, no solo intrafamiliar, sino social y política.

Realidad que no cambia, muy a pesar de los avances que la Jurisprudencia nacional ha desarrollado, en estas últimas décadas, sobre los alcances interpretativos con relación a los derechos de los niños, en la búsqueda de soluciones judiciales, a casos puntuales, que contribuyan a mejorar la percepción social sobre la urgente necesidad de garantizar la efectividad de tales derechos, que en la letra constitucional son fundamentales, prevalentes y están presididos por el Principio del Interés Superior.

La revista Semana pública en mayo del 2018:

El panorama de violencia en Colombia en contra de los menores de edad es indignante y demuestra que somos una sociedad enferma. En el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar atendemos cada día 66 casos de violencia contra niños, niñas y adolescentes. Las agresiones van desde el maltrato físico y psicológico hasta sus peores formas como el abuso sexual y el trabajo infantil. Las cifras son un indicador de la tragedia por la que atravesamos. Mientras en 2016 hubo 23.101 casos de restablecimiento de derechos por algún tipo de violencia, en 2017 el ICBF abrió 24.330 procesos y entre enero y marzo de 2018 la cifra alcanzó los 5.870 casos. (párr. 1)

Coincidimos con la funcionaria en que vivimos en una sociedad enferma donde los adultos siguen sintiéndose superiores y por ello permitimos que se sigan invisibilizando a los niños, niñas y adolescentes colombianos, que para nada se compadece con el portafolio normativo para su debida protección.

Por lo anterior, y continuando con la hipótesis que nos ocupa, a continuación iniciaremos el análisis estadístico derivado de las variables seleccionadas para el estudio de las 198 sentencias de la Corte Constitucional. Recordemos que, como se mencionó en el capítulo

primero de esta investigación, las variables escogidas para realizar el estudio fueron: 1) Año de la sentencia; 2) Custodia; 3) Daño causado al niño; 4) Departamento del país; 5) Edad; 6) Sexo; 7) Derecho más vulnerado; 8) Criterio empleado por la Corte; 9) Persona, entidad demandada o agresor. De esta manera se realizaron nueve grupos conformados por sentencias que coincidían en los aspectos establecidos en cada variable, y así se pudieron obtener cifras que explican la dinámica de las sentencias en su dimensión.

#### 4.5. Lectura de los resultados del análisis estadístico descriptivo univariado-sentencias

Se analizaron 198 sentencias proferidas por la Corte Constitucional de Colombia desde el año 1992 hasta el año 2017. Como se puede observar en la Tabla No. 1, el año 2009 fue el período con mayor número de sentencias proferidas, 19 en total, que representan el 10% del total analizado. El menor número de sentencias proferidas por período fue 2, en los años 1992, 1995, 1996, 2001 y 2002.

Tabla 1  
*Frecuencias para la variable 1: Año de sentencia*

Año de sentencia	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
1992	2	0,01	2	0,01
1994	5	0,03	7	0,04
1995	2	0,01	9	0,05
1996	2	0,01	11	0,06
1998	4	0,02	15	0,08
1999	6	0,03	21	0,11
2000	7	0,04	28	0,14
2001	2	0,01	30	0,15
2002	2	0,01	32	0,16
2003	10	0,05	42	0,21
2004	14	0,07	56	0,28
2005	8	0,04	64	0,32
2006	10	0,05	74	0,37
2007	4	0,02	78	0,39
2008	8	0,04	86	0,43
2009	19	0,10	105	0,53
2010	8	0,04	113	0,57

Año de sentencia	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
2011	15	0,08	128	0,65
2012	11	0,06	139	0,70
2013	16	0,08	155	0,78
2014	9	0,05	164	0,83
2015	12	0,06	176	0,89
2016	14	0,07	190	0,96
2017	8	0,04	198	1,00

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 2

*Frecuencias para la variable 2: Custodia del menor*

Custodia del niño	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
Madre	90	0,45	90	0,45
Otro	71	0,36	161	0,81
Padre	36	0,18	197	1,00

Fuente: Elaboración del autor

En las sentencias revisadas se observa que, en los casos de custodia, quien la ostenta en el 45% de los casos es la madre, lo que equivale a 90 sentencias de la Corte Constitucional estudiadas para esta investigación.

Vale la pena resaltar en esta variable, que en el 36% de los casos, resultó ser el segundo cuidador de los niños, niñas y adolescentes otro familiar, que pueden ser abuelos, hermanos mayores, tíos o un tercero. Dejando ver que la presencia del padre es mínima, llevándonos a un país sin paternidad, ya que están ausentes en la vida de sus hijos, y cuando hacen presencia en ellas, vulneran sus derechos, resultando ser el protagonista de la situación de desconocimiento de la garantía de derechos.

Esta realidad contrasta con lo dicho por el filósofo francés André Comte-Sponville (2007) en su libro *La vida humana*:

Entre los humanos, ella deberá proteger a su pequeño –incluso, a veces, contra el padre– durante años, acunarle, consolarle, lavarle, amarlo, hablarle, escucharle, educarle... La humanidad es una invención de las mujeres. Incluso en las sociedades modernas, la madre, casi siempre, permanece como el primer amor, y el último también a veces. Es que ella fue la primera en amar. (p. 32)

En los casos estudiados, la reflexión de Comte es una constante en la vida de los niños de nuestro país. Al respecto, el filósofo sentencia:

El padre es biológicamente necesario, pero humanamente superfluo. Es la sociedad, mucho más que la naturaleza, la que le dará ese lugar exorbitante que es lo suyo, el del poder, del tener, del nombre patronímico (cuando hablamos de lengua materna, no hay nada más que decir: la madre enseña a hablar, el padre transmite su nombre. (p. 32)

Tabla 3

*Frecuencias para la variable 3: Daño al niño*

Daño al Niño	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
Maltrato	92	0.46	92	0,46
Abandono	63	0.32	155	0,78
Abuso sexual	38	0.19	193	0,97

Fuente: Elaboración del autor

En la variable No. 3, correspondiente al daño al niño, se observa que el daño más causado está relacionado con el maltrato (46%), para un total de 92 sentencias de las estudiadas en esta investigación. Situación que coincide con los altos índices de maltrato y violencia contra los niños que reflejan las estadísticas presentadas en la más reciente edición de la Revista *Forensis. Datos para la vida* (2017), mencionada anteriormente.

Tabla 4  
Frecuencias para la variable 4: Departamento del país

Departamento del país	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
Otro	146	0,74	146	0,74
Cundinamarca	29	0,15	175	0,89
Antioquia	22	0,11	197	1,00

Fuente: Elaboración del autor

Con respecto a la variable No. 4 referente al departamento donde se generó la situación de vulneración de derechos contra un menor de edad, se encontró que este fue el Departamento de Cundinamarca, aunque la problemática que viven los niños, niñas y adolescentes, se ve generalizado a lo largo y ancho del país.

Tabla 5  
Frecuencias para la variable 5: Edad del niño

Edad del Niño	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
De 0 a 6 años	146	0,74	146	0,74
De 7 a 11 años	29	0,15	175	0,89
Mayor de 12 años	22	0,11	197	1,00

Fuente: Elaboración del autor

En la tabla No. 5, correspondiente a la variable edad del niño, 146 sentencias corresponden a casos de niños y niñas en primera infancia, las cuales representan el 74% del total de sentencias.

Sin duda alguna, la primera infancia es la etapa más importante del desarrollo humano, así como también es la etapa en la que es más vulnerable. En esta etapa, el niño se encuentra en una situación de indefensión mayor que en cualquier otra etapa de su crecimiento. Y es

precisamente a causa de esa indefensión, esa vulnerabilidad, que el niño requiere de una mayor protección y cuidado. De ahí que la Constitución Política de 1991, los tratados internacionales, las leyes y políticas públicas hayan sido una iniciativa importante a nivel gubernamental. Tanto así que hoy día en Colombia ya existe una Política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre, promulgada por la Ley 1804 de 2016.

Tabla 6

*Frecuencias para la variable 6: Sexo del niño*

Sexo	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
Mujer	92	0,55	92	0,55
Hombre	75	0,45	167	1,00

Fuente: Elaboración del autor

Los resultados para la variable No. 6, respecto al sexo, reflejan que el 55% de los casos corresponden a niñas y el 45% a niños. Se pudiera considerar que este resultado muestra la violencia de género desde la infancia para las niñas.

Tabla 7.

*Frecuencias para la variable 7: Derecho del niño vulnerado*

Derecho del Niño vulnerado	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
Tener familia	71	0,36	71	0,36
Cuidado / amor	62	0,32	133	0,68
Salud/educación	62	0,32	195	1,00

Fuente: Elaboración del autor

Para la variable No. 7 que trata el derecho más vulnerado a los niños, se observa que en el 36% de los casos estudiados, es el derecho fundamental a tener una familia el que más se



vulnera. Este dato estadístico, coincide con los resultados de la variable Custodia, que muestra la debilidad de las familias para garantizar los derechos de los niños.

Tabla 8

*Frecuencias para la variable 8: Criterio de la Corte Constitucional fundamento de la sentencia*

Criterio de la Corte Constitucional fundamento de la sentencia	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
Integral	44	0.22	44	0,22
Fundamentales	52	0.26	96	0,48
Protección de riesgo	30	0.15	126	0,63
Equilibrio	62	0.32	188	0.95
Cambio desfavorable	7	0.03	195	0.98

Fuente: Elaboración del autor

Dentro de las sentencias analizadas, se muestra que el criterio que más utiliza la Corte Constitucional para fundamentar sus fallos es el de equilibrio entre los derechos de los niños y los derechos de sus parientes biológicos o de hecho, sobre la base de la prevalencia de los derechos de los niños. En total, la Corte fundamenta sus fallos en este criterio en 62 casos, que corresponden al 32% de las sentencias estudiadas.

En segundo lugar, aparece el criterio de la garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño, donde la Corte fundamenta su decisión en 52 casos, que corresponden al 26% de las sentencias analizadas.

En tercer lugar, se tiene el criterio de la garantía del desarrollo integral del niño, que se emplea en 44 casos, que representan el 22% de los casos estudiados.

En cuarto lugar, el criterio de la protección frente a riesgos prohibidos, utilizado por la Corte Constitucional en 30 casos, que corresponden al 15% de las sentencias proferidas y estudiadas en esta investigación.

Y por último, el criterio de la necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado, empleado por el alto tribunal en 7 de los casos, que representan el 3% de las sentencias materia de estudio.

Tabla 9

*Frecuencias para la variable 9: Persona o entidad demandada.*

Persona o entidad demandada	Frecuencias absolutas	Frecuencias relativas	Frecuencias absolutas acumuladas	Frecuencias relativas acumuladas
ICBF	48	0,25	48	0,25
Tribunal	63	0,32	111	0,57
Particular	83	0,43	194	1,00

Fuente: Elaboración del autor

Los resultados de la variable No. 9 indican que 48 casos estudiados corresponden a tutelas presentados contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que representan el 25%. Así mismo, se demanda en 63 casos a Tribunales Superiores, lo que significa un 32% de la muestra. Y contra particulares se encontraron 83 sentencias, para un 43% del total de fallos analizados.

Con lo anterior, resulta que es el Estado el mayor demandado por vulneración de derechos de los niños, si se tiene en cuenta que la suma de los casos enunciados contra ICBF y los Tribunales constituyen el 57%, lo que corresponde a 111 de 198 sentencias analizadas.

De allí que se comparta el pensamiento de la psicoanalista argentina Mercedes Minnicelli (2010), en su libro *Infancias en estado de excepción*, donde compara al Estado con la figura paterna, para considerarlos fallidos, de la siguiente manera:

Las cuestiones vinculadas a las legislaciones y a las instituciones modernas sobre los menores de edad se han mimetizado con las improntas de la ley encarnada en una paternidad fallida, tal es el caso del *pater*, institución jurídica del derecho romano que condensa en la figura del padre los dos principios fundantes de la ley jurídica de Occidente: propiedad y paternidad. (p. 191)

Finalmente, se pudo determinar que, en la mayoría de los casos, las víctimas son niños en primera infancia (0-6 años). El derecho más vulnerado, es el derecho a tener una familia y no ser separado de ella. El daño más causado: maltrato. En los casos de custodia, es a la madre a quien se le otorga, en segundo lugar, a otro familiar y en última instancia al padre. El departamento en el que más se presentaron casos fue en Cundinamarca. El criterio de interpretación más empleado por la Corte para dirimir los conflictos fue el del equilibrio entre el derecho del niño y el de sus progenitores o cuidadores. En la mayoría de los casos, las víctimas eran mujeres (niñas/adolescentes). Las entidades que más demandas y tutelas recibieron fueron el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y tribunales.

#### **4.6 Lectura de los resultados del análisis de conglomerados-sentencias**

Las sentencias de la Corte Constitucional colombiana que componen el Grupo I son fundamentadas con el criterio *integral*. En la mayoría de esas sentencias el derecho que se

vulnera al menor es el de tener familia. Este grupo de sentencias representan el 22.22% del total, es decir, 44 sentencias.

Las sentencias de la Corte Constitucional colombiana que componen el Grupo II son fundamentadas con los criterios *equilibrio, fundamentales y protección del riesgo*. Una gran cantidad de las sentencias de este grupo se caracterizan por ser sentencias en donde el daño causado al menor es el abuso sexual y derecho vulnerado es el cuidado y el amor. Este grupo es el más numeroso con 144 sentencias.

Las sentencias de la Corte Constitucional colombiana que componen el Grupo III son fundamentadas con el criterio de *cambio desfavorable*. Este grupo contiene solo 7 sentencias. Lo anterior, se presenta de manera gráfica para mayor ilustración.

Tabla 10  
*Grupo I de sentencias. 22.22 (44)*

Clase modal	Modal/clase	Global	Modalidad	Variable	Peso
100.00	100.00	22.22	Integral	Criterio de la Corte Constitucional	44
35.21	56.82	35.86	Tener familia	Derecho vulnerado	71

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 11  
*Grupo II de sentencias 72.73 (144)*

Clase modal	Modal/clase	Global	Modalidad	Variable	Peso
100.00	43.06	31.31	Equilibrio	Criterio de la Corte Constitucional	62
98.00	35.42	26.26	Fundamentales	Criterio de la Corte Constitucional	52
100.00	20.83	15.15	Protección riesgo	Criterio de la Corte Constitucional	30
94.74	25.00	19.19	Abuso sexual	Daño	38
87.10	37.50	31.31	Cuidado amor	Derecho Vulnerado	62
<b>100.00</b>	9.72	7.07	2016	Año	14

Fuente: Elaboración del autor

Tabla 12  
*Grupo III de sentencias 5.05 (10)*

Clase modal	Modal/clase	Global	Modalidad	Variable	Peso
100.00	70.00	3.54	Cambio desfavorable	Criterio de la Corte Constitucional	7

Fuente: Elaboración del autor

#### **4.7 El equilibrio de derechos como una teoría de justicia para la infancia**

Coherente con la estructura filosófica, ética, política y pedagógica plasmada en los principios consagrados en la Constitución Política (artículos 1, 2, 13, 44, 228, etc.) y en el Código de Infancia y Adolescencia, la investigación expone a partir de sus hallazgos, una teoría para contribuir en su práctica, tanto judicial como pedagógica, a garantizar efectivamente los derechos de los niños, bajo el respeto no solo del principio de interés superior de los niños, sino el principio fundador de nuestro Estado constitucional, el del respeto de la dignidad humana.

A esta teoría la humanizamos, con apego a los criterios señalados en los fallos de la Corte Constitucional estudiados en la investigación, como equilibrio de derechos. Teoría que es en su contenido una teoría de justicia, de justicia para los niños, niñas y adolescentes inmersos en los diversos conflictos que se gestan a diario en una sociedad desequilibrada, por lo desigual, como la nuestra.

El equilibrio de derechos entre los adultos y niños, bajo la prevalencia de los derechos de los niños, lo que intenta, como teoría, es contribuir a la realización en la realidad familiar y social, los ideales del Estado social de derecho, diseñado en la Constitución Política.

Por ello es una teoría de justicia, pero con su singularidad de ser aplicada a los conflictos de la infancia. Y es una teoría de justicia porque se cimienta, no solo en los pronunciamientos

judiciales analizados, sino en el criterio de equidad para ser aplicado en la actividad judicial que establece la Constitución Política en su artículo 230 al señalar que “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”.

La equidad es una clase de justicia determinante expuesta por Aristóteles en su Libro V de la *Ética de Nicómaco*. Establecida en la modernidad, por el filósofo John Rawls en su texto *Justicia como Equidad* (1985). Son estos sus referentes epistemológicos. Al respecto, menciona Aristóteles:

Lo justo y lo equitativo son lo mismo, y aunque ambos son buenos, es mejor lo equitativo. Lo que ocasiona la dificultad es que lo equitativo, si bien es justo no lo es de acuerdo con la ley, sino como una corrección de la justicia legal. La causa de ello es que toda ley es universal y que hay casos en los que no es posible tratar las cosas rectamente de un modo universal. En aquellos casos, pues, en los que es necesario hablar de un modo universal, sin ser posible hacerlo rectamente, la ley acepta lo más corriente, sin ignorar que hay algún error”. ( Trad. 1995, p. 263)

Para luego explicar:

Por eso, lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto. Y tal es la naturaleza de lo equitativo: una corrección de la ley en la medida en que su universalidad la deja incompleta. (Trad. 1995, p. 263)

Concluyendo el filósofo más reconocido en la antigüedad así:

Con esto queda también de manifiesto quién es el hombre equitativo: aquel que elige y practica estas cosas justas, y aquel que, apartándose de la estricta justicia y de sus peores rigores, sabe ceder aunque tiene la ley de su lado. Tal es el hombre equitativo, y este modo de ser es la equidad, que es una clase de justicia, y no un modo de ser diferente.

(Trad. 1995, p. 264)

Pero nuestra teoría de justicia se edifica en los criterios jurisprudenciales examinados en la investigación, por provenir de los estudios de casos judiciales que, por vía judicial, llegaron a conocimiento de la Corte Constitucional, desde diversas zonas del país, teniendo como sujetos de los conflictos a niños.

**4.7.1 El principio del interés superior como amplificador de los derechos del niño.** El interés superior de los niños es la nueva forma en que deben ponderarse los derechos de los niños cuando estén en curso en diversos conflictos familiares, sociales o judiciales. Por eso, a esta investigación le armoniza la tesis de la ponderación de los principios en la labor judicial, que con cordura ha expuesto el iusfilósofo alemán Robert Alexy, tesis que ha sido bien acogida por la jurisprudencia constitucional colombiana.

En la obra *Teoría del discurso y derechos humanos* (1995), Robert Alexy expone su pensamiento acerca de la insuficiencia de las disposiciones positivas para la solución de casos que involucre vulneración de los derechos del niño, es decir, derechos fundamentales y derechos humanos:

Los juristas son conscientes de que con el estrecho instrumental de disposiciones positivas, no es suficiente para lograr cumplir la aspiración, siempre apenas parcialmente realizada, de impartir justicia. (p. 16)

Es de resaltar que el profesor Robert Alexy atribuyó gran importancia al establecimiento de la Corte Constitucional como un elemento básico para la garantía de los derechos fundamentales y de un Estado democrático de derecho. Se requiere entonces alcanzar un espíritu de aplicación correcta, de una opinión pública informada y de ciudadanos en el auténtico sentido de la palabra. Para esto es fundamental una permanente difusión de las teorías democráticas del Estado y el derecho.

Dentro de esta reflexión, tal vez se requieren nuevas teorías para la aplicación de una razón cada vez más práctica que debe ser antepuesta a la razón teórica, en relación a la aplicación de normas en casos que involucre niños. Es decir, tomarnos la tarea de preocuparnos por la forma como los legisladores y jueces entienden su misión, así como la idea que tienen del derecho y su utilidad en la sociedad.

Con revisión del autor citado se propone que la solución a los casos difíciles sea novedosa y coherente, que se presente por buenos juristas, no solo sea conforme a la ley, sino también a la equidad y a la razón, para que pueda ser aceptable moral y socialmente por las partes y la sociedad en general, sociedad que deberá estar ilustrada dado lo relevante del tema. Es por ello por lo que se considera la aplicación de los principios, en este caso específico el principio del interés Superior del niño, ya que apoyan a los derechos consagrados en la constitución. De ahí la necesidad de la ponderación y optimización para la evaluación de argumentos prácticos y generales que beneficien efectivamente a la niñez colombiana.

Con todo caso, para la solución de casos referentes a la vulneración de derechos fundamentales de los niños, se trata de encontrar la suficiente motivación, que vaya más allá de



lo subjetivo, sino que sea esencialmente objetiva e institucional, en el sentido de poder lograr para cada caso, su mayor utilidad.

**4.7.2 El interés superior del niño: hacia una síntesis de los derechos del niño y los valores culturales, según algunos autores consultados.** En trabajos de autores como Miguel Cillero Bruñol (1998), se observan alusiones al conflicto implícito que existe entre los derechos de los niños y los valores culturales de los pueblos. Así por ejemplo, este autor menciona estudios que al respecto se han realizado. De esta manera lo cita:

El estudio que dirigió Alston en 1994 recoge este debate en diversos contextos culturales con atención específica a la relación entre diversidad cultural, derechos del niño e interés superior. Pese a que los diversos estudios analizan casos de difícil conciliación entre derechos del niño y valores culturales, se concluye que se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos". (p. 4)

La discusión radica en la prevalencia de derechos reconocidos internacionalmente. Aunque es cierto que cada vez más el carácter universal de los derechos de la infancia se expande en los cinco continentes, el débil ejercicio de los derechos no evidencia esa universalización, pues la realidad reflejada en estudios y datos estadísticos, distan del objetivo de la satisfacción de derechos.

La cita de Cillero Bruñol (1998) es útil para resaltar el precepto universal que señala que los derechos de los niños, son derechos humanos, es por ello que deben divulgarse y promoverse por todos los adultos para lograr su real aplicación.

En el mismo sentido, en el texto *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*, Verdugo y Soler-Sala (1996), sostienen:

La conferencia de Philip Alston sobre el interés superior del niño plantea una síntesis entre los derechos del niño y los valores culturales. Analiza las distintas perspectivas sobre el principio del interés superior del niño, así como las dificultades que surgen al intentar aplicar e interpretar este principio. Se analiza desde una nueva perspectiva el principio del interés superior del niño, planteando el desarrollo de una mayor sensibilidad cultural para poner en práctica los derechos del niño. A su vez, esa mayor sensibilidad cultural del principio del interés superior nunca debe entrar en colisión con la aplicación de los derechos derivados de la Convención. (p.25)

En esta afirmación se denota una referencia a la prevalencia de los derechos de la infancia, pero además agregan que, aunque el principio del interés superior se ha venido siendo utilizado desde hace tiempo en los diferentes sistemas legales nacionales, logran distinguirse tres razones que justifican la necesidad de examinarlo desde una perspectiva completamente nueva (Verdugo y Soler-Sala, 1996, p. 153).

Así, Verdugo y Soler-Sala exponen las razones por las que se requiere ese cambio en el paradigma de la aplicación del principio, siendo la primera de ella el hecho de que “el uso anterior que se hacía del principio estaba generalmente limitado al tema de custodia del niño, que es un tema particularmente difícil y problemático, mientras que en la Convención el principio es de una aplicación mucho más amplia” (1996, p. 153), algo que en esta década, incluso, sigue siendo habitual, pues como se ha expresado líneas arriba, los deberes que respecto a los niños tienen los padres o responsables, pasan a convertirse en derechos discordantes con los derechos

de los niños, incluso, pasan por encima de ellos. Esta razón, amerita una definitiva transformación o cambio de la forma como se ha venido aplicando el principio a lo largo de estas últimas décadas, después de su configuración en la Convención.

La segunda razón expuesta es que “la CDN (Convención sobre los Derechos del Niño), con 187 países Estados Partes en marzo de 1996, es de una importancia fundamental para el mundo de los niños y para todo el conjunto del derecho internacional de los derechos humanos” (p. 153) y la tercera razón referida a “la creciente insistencia con que los derechos del niño, y por supuesto los derechos humanos en general, son llevados a la práctica de una forma culturalmente sensible, inevitablemente arroja un rayo de luz sobre el principio del interés superior” (p. 153).

Sin embargo, la interpretación y la aplicación del principio no deja de ser compleja. A pesar de la fuerte acogida que tiene el principio en el establecimiento de los derechos del niño, éstos autores han expresado reservas sobre el mismo, reservas tales como:

1. si es apropiado o no seguir hablando de los intereses del niño una vez que sus “derechos” han sido reconocidos;
2. que plantea más preguntas de las que responde;
3. que es un concepto abierto o indeterminado y por ello no puede producir ningún resultado predecible en una situación determinada;
4. que los valores empleados para dar contenido al principio del interés superior han sido a menudo bastante inapropiados; y
5. que el interés superior puede actuar como un Caballo de Troya introduciendo consideraciones culturales en el terreno de los derechos del niño que pueden minar el consenso reflejado en la Convención. (Verdugo y Soler-Sala, 1996, p. 153)

Estos temas son analizados frente al dilema que surge al aplicar el principio en situaciones concretas. Se da, también, especial consideración a la perspectiva de quien pretende su aplicación y efectividad. Es de resaltar la importancia de desarrollar una mayor sensibilidad cultural en la puesta en práctica de los derechos del niño y concluye que el principio del interés superior es un instrumento especialmente útil para conseguir este objetivo. Pero, a la luz del riesgo de abuso que de esta oportunidad puede surgir, debe ser aceptado que el principio nunca puede ser invocado para anular la aplicación de los diferentes derechos sustantivos reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño.

**4.7.3 Pedagogía constitucional sobre el interés superior del niño.** La investigación, muy a pesar de tener como uno de sus objetivos el estudio analítico de normas con alcance jurídico, no desconoce que para alcanzar, no la popularidad de los derechos constitucionales, sino su garantía real frente a sujetos de la máxima protección, aborda dentro de su propuesta académica, un aspecto pedagógico para que los alcances de la investigación, no solo sean tema del aula de clase en las facultades de derecho donde se forman jueces y defensores de familia, si no que sea, transversalmente una temática de estudio y aprendizaje en los niveles de educación superior en el país, ya que el compromiso y deber de garantizar los derechos fundamentales de los niños, no solo es una obligación de jueces y autoridades públicas, sino de padres de familia, de todos los ciudadanos de la sociedad y del Estado.

Para ello, nos fundamentamos en la obligación constitucional de promover, a través de la educación, los derechos humanos:

Art. 41. En todas las instituciones de educación, oficiales o privadas, serán obligatorias el estudio de la Constitución y la instrucción cívica. Así mismo se fomentarán prácticas

democráticas para el aprendizaje de los principios y valores de la participación ciudadana. El Estado divulgará la Constitución. (Const., 1991, art. 41)

**4.7.4 La dignidad humana como fin de la teoría de equilibrios de derechos.** El respeto de la dignidad humana es un principio fundador del Estado social de derecho colombiano. Desde la perspectiva constitucional este principio fundador le da el carácter antropocéntrico a nuestra Constitución Política, colocando al hombre, como persona y sujeto de derechos, como el objeto central de todos los fines del Estado social.

Pero el respeto de la dignidad humana no se queda anclado en el plano práctico constitucional, sino que el legislador lo desarrolló como un fin teleológico, al reglamentar los derechos fundamentales de los niños en la Ley 1098 de 2006, recientemente modificada por la Ley 1878 de 2018, cuyas normas sustantivas y procedimentales se incluyen en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Es así como el artículo 1° de la Ley 1098 de 2006, establece, de manera clara el siguiente fin:

Este código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna.

En ese orden, el principio de la dignidad humana unifica, en armonía, la filosofía política constitucional con el deber legal de considerar a los niños como sujetos de derechos fundamentales, y como tal personas humanas a quienes se les tiene que garantizar, sin distinción alguna, sus derechos inalienables, como la libertad, la vida, la propiedad sobre su vida, como

individuo y como miembros de una familia y por ende de una sociedad igualitaria. Un sujeto en igualdad de derechos ante la ley.

Creemos que esta es una honrosa oportunidad para exponer y explicar, con la brevedad necesaria, la nueva concepción sobre los derechos de los niños, en nuestro país, originada por su especial consagración en la Constitución Política vigente, en su regulación en el Código de Infancia y Adolescencia y en su reforma mediante Ley 1878 de 2018, así mismo su desarrollo por la jurisprudencia, tanto de la Corte Constitucional como de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil- Familia. Nueva concepción que compartimos, coherentemente, en la vida profesional-académica, familiar, social y personal.

Y lo hacemos para presentar, como soporte epistemológico de nuestra teoría, los argumentos jurídico-políticos que nos inspiran la defensa de las garantías de los derechos de los niños, que nace de la Constitución Política y su bloque de constitucionalidad, que insertó a Colombia en la modernidad al consagrar el principio liberal del respeto a la dignidad humana, como fundador de nuestro Estado social de derecho.

En este sentido, una teoría del equilibrio de derechos entre los de los adultos y los de los niños, tiene un eje mediador: el derecho fundamental a expresar libremente su opinión, la de los niños, no solo involucrados en conflictos, sino en su diario vivir, obviamente acorde con su desarrollo psicobiológico.

**4.7.5 El lenguaje del infante.** La investigación ha dejado claro que el término infancia o infante, significa en su connotación semántica “los que no tienen voz”. Pero desde esa perspectiva lingüística, no se puede desconocer como ocurre frecuentemente en la práctica

judicial y educativa que a los niños se les conculque su derecho a expresar su opinión, es decir, a ser escuchados.

Y ello porque si bien es cierto, el niño a determinado período de su crecimiento orgánico y mental no ha consolidado su lenguaje verbal, no es menos cierto que los niños se pueden expresar por otros medios, como el lenguaje mímico, las propias expresiones de su cuerpo o sentimientos.

Entonces oír al niño como recientemente sentenció la Corte Constitucional (Sentencia T-587 de 2017), no solo es escuchar su voz menuda y trémula, sino examinar, con inteligencia e imparcialidad sus gestos, sus llantos, su desgaste corporal y otras manifestaciones evidentes de su expresividad humana.

En Colombia, los niños han dejado de considerarse minusválidos mentales, ya que la Constitución Política al otorgarles derechos fundamentales les concedió personería jurídica, activa, para defender tales derechos prevalentes y buscar su garantía cuando resulten amenazados o vulnerados. Hoy los niños en Colombia pueden hablar y la justicia está obligada a escucharlos, aunque sean "menores de edad", pero no carentes de derechos.

Así lo ha enseñado nuestra Corte en sentencia T- 663 de 2017:

De manera específica respecto de los menores de edad, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, se refiere al derecho que tienen éstos a ser escuchados en los procesos judiciales. En efecto, el artículo 12 instituye en cabeza de los Estados partes, la obligación de garantizar que los niños y niñas estén en condiciones de formularse su propio juicio y de expresar libremente sus opiniones en todos los asuntos que los involucren, lo anterior, de conformidad con sus capacidades evolutivas. También se

indica que, para ello, debe darse al menor de edad la oportunidad de ser escuchado al interior de los procedimientos administrativos o judiciales dentro de los cuales se tomen decisiones que los afecten, esto, en consonancia con las leyes nacionales. (Corte Constitucional, 2017, sentencia T- 663)

Seguir creyendo que los niños son manipulables es seguir creyendo en que el mundo no ha evolucionado para darles una mejor vida. Los niños tienen voz, así sean infantes (sin voz). Y ello porque sus derechos son constitucionales, legales, internacionales y prevalentes.

En ese sentido nuestra teoría de equilibrio de derechos, como teoría de la justicia para niños, propugnará que en todos los eventos donde se ventilen derechos de los niños, estos como sujetos de derechos fundamentales sean oídos y tenidos en cuenta, es decir escuchados en sus propios y múltiples medios de lenguaje.

#### **4.8 conclusiones y propuesta**

La humanidad tiene una obligación colectiva de encontrar formas de vivir y cooperar conjuntamente para que todos los seres humanos puedan llevar vidas decentes. Una vez ha quedado esto claro, comenzamos a pensar el modo de hacerlo realidad. (Martha Nussbaum, 2016, p. 279)

Nuestra propuesta de implementar una teoría de la justicia para los niños, a partir del criterio jurisprudencial del equilibrio de derechos, implica no solo conocer en detalle el principio del interés superior, como lo hemos expuesto a lo largo de la investigación, capítulo tras capítulo, sino que esa propuesta sea difundida y aplicada desde la familia, la escuela y la Justicia hasta llegar a todos los ámbitos de nuestra sociedad.



Es decir, el criterio de equilibrio de derechos, expuesto por la Corte Constitucional colombiana en sus fallos sobre el interés superior del niño, como una teoría de justicia, no es un simple logro provisional traído a esta investigación académica, sino que es el resultado ponderado de todos aquellos criterios jurisprudenciales extraídos de los fallos constitucionales estudiados y analizados. Es una síntesis teórico-práctica para que, conociendo la realidad social de nuestra niñez, reflejada en las estadísticas del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y en los propios fallos constitucionales, se convierta en una herramienta de aplicación cotidiana para ir alcanzando la igualdad de derechos y el reconocimiento de que los niños, en nuestro país, son sujetos de derechos fundamentales, los cuales no pueden seguir siendo amenazados y vulnerados por la familia, la sociedad y el Estado.

Esta propuesta es real y puede convertirse en una política pública pedagógica y judicial, y no solo en una guía académica, ya que para lograr los fines esenciales de nuestro Estado social de derecho y construir un orden social justo, es necesario comenzar a reconocer y garantizar los derechos fundamentales de los niños, bajo la perspectiva del principio del interés superior.

Nuestra propuesta se hace pertinente para lograr la justicia para a la niñez colombiana y poder así hacer realidad la evolución de las normas, en el sentido de reconocerles su condición de sujetos de derechos, consideradas constitucionalmente como una población de especial protección.

El primer capítulo de esta investigación, relata el contenido del proyecto realizado para la construcción de la misma, iniciando con la revisión histórica del concepto *niño*, que permitió confirmar su lento y débil evolución.

En el plano internacional, con la firma de la Convención sobre de los Derechos del Niño

en 1989, la sociedad adulta mira de frente al niño, al considerarlo persona sujeto de derechos fundamentales y prevalentes. Es así como no deja de sorprender lo débil que ha sido la evolución del concepto y el desarrollo mismo de la normatividad legal, tanto en el nivel nacional como internacional.

En relación a Colombia, podemos observar que los avances normativos importantes y concordantes con el derecho internacional de los derechos del niño, iniciaron con la expedición de la Constitución Política de 1991, pero la realidad demuestra que el verdadero cambio cultural, es decir, el hecho de asimilar y reconocer la contemporánea legislación en su completa dimensión para darle vida a los principios y derechos consagrados, aún está en su proceso de desarrollo y esta investigación se inscribe en ello.

En la investigación se detalla, y vale la pena resaltarlo, cómo desde la antigüedad hasta nuestros días, la historia le debe a la infancia todo lo que le ha costado lograr su crecimiento integral como persona en su dimensión y dignidad humana.

Se analizaron las leyes desde la antigüedad hasta la actualidad, al igual que la aceptación y evolución en el manejo dado al concepto *niño*, para demostrar la deuda pendiente con la niñez, ya que, aunque se evidencia en esta investigación que se ha evolucionado en lo normativo, esta evolución no se refleja en la realidad que viven los niños y niñas de Colombia, al observarse la grave vulneración de derechos en cabeza, principalmente, del Estado, cuando fueron cotejadas las estadísticas analizadas en este último capítulo.

Los avances legales y jurisprudenciales no han logrado transmitir y materializar el disfrute de los derechos en la vida de los niños y niñas. No es cierto que los niños en Colombia crezcan en un ambiente de felicidad, amor y comprensión como dice la norma especial que los

protege. Actualmente sigue siendo muy alto el número de niños vulnerados en sus prevalentes derechos.

Se palpa a lo largo del segundo capítulo de esta investigación, el carácter de debilidad y desprotección, no de su condición exclusivamente, por razones de tratarse de un ser humano en proceso de formación y desarrollo; sino por el desconocimiento e ignorancia de las necesidades propias de su dimensión humana, lo que ha llevado a que carezcan de un verdadero reconocimiento social y judicial.

Aseguramos que la evolución legal ha sido vital en la nueva concepción de la verdadera dimensión del niño, la contundente jurisprudencia analizada en capítulo posterior, aunado con la propuesta de cierre de este trabajo, puede contribuir a mejorar el nivel de vida de la sociedad de hoy.

Además, la investigación permite recorrer la realidad social que, de tiempo atrás, vive la niñez colombiana, realidad reflejada en las estadísticas presentadas por el Instituto Nacional de Medicina Legal y en los 198 fallos de la Honorable Corte Constitucional colombiana, los cuales fueron objeto de estudio.

En primer lugar, se logró evidenciar a través de las estadísticas presentadas por el Instituto Nacional de Medicina Legal que son los niños, niñas y adolescentes los más afectados en los casos de violencia intrafamiliar, en especial las niñas, quienes en la mayoría de los casos (el 70%) sufren por culpa de sus propios progenitores. Esto se refleja una generación que ha entendido la vida como una lucha continua en contra de su propia familia.

En segundo lugar, el análisis de los fallos del alto tribunal Constitucional describió una serie de criterios jurisprudenciales para entender la realidad de la niñez en conflicto por sus

derechos fundamentales, tomando como pilar el principio de interés superior del niño. De esta manera, se logró determinar que de los criterios propuestos por la Corte Constitucional colombiana, el más preciso para la resolución de los conflictos que involucran niños, niñas y adolescentes es el criterio de equilibrio de derechos, expuesto en el 32% de los casos materia de estudio en esta investigación. De ahí que más adelante se haya propuesto tal criterio del equilibrio de derechos, como una teoría de justicia.

No es casual que las estadísticas del Instituto Nacional de Medicina Legal, arroje como resultado que son los niños y niñas los más afectados en las situaciones problemáticas de sus familias; y que al mismo tiempo, el criterio más empleado por la Corte Constitucional para resolver los conflictos paterno/materno-filiales, sea el de una solución que brinde equilibrio entre los derechos de los niños frente a los derechos de sus padres, familiares y adultos responsables de su cuidado. Es claro entonces que hablar de una teoría de equilibrio de derechos se hace urgente, en la medida en que el desequilibrio de los mismos genera una inestabilidad a nivel personal, familiar y social.

Pero además, el análisis de la importancia y alcance del principio de interés superior del niño en la Convención de 1989 y en el Comité de los Derechos del Niño, permitió conocer los fundamentos a nivel internacional que sostienen la correcta aplicación del principio, desarrollada posteriormente por la Honorable Corte Constitucional en cada uno de los criterios, teniendo como eje central la voz expresada del niño, que es lo que finalmente, lo dotará de las herramientas necesarias para el ejercicio de la totalidad de sus derechos humanos.

Precisamente sobre los criterios analizados en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, levantamos la teoría con que modulamos la investigación, bajo la denominación de

*El criterio de equilibrio de derechos, como una teoría de justicia.* Predominando en la aplicación, de esta teoría, la efectividad de los derechos de los niños por su naturaleza fundamental y prevalente frente a los derechos de los demás.

En ese orden consideramos que nuestra teoría debe comprenderse como una teoría de justicia. De una justicia específica para ser aplicada en la solución efectiva de la situación de vulnerabilidad que a diario se presenta con la garantía de los derechos de los niños. Es decir, una teoría de justicia para niños que se aplique judicial y pedagógicamente bajo los postulados expuestos por Aristóteles, el gran pensador de la antigüedad occidental, al considerar a la equidad como una clase de justicia. Equidad que es en Colombia uno de los criterios auxiliares de la administración de justicia, no solo de los jueces, sino de la sociedad en general. Criterio poco utilizado o no aplicado en la definición de los numerosos conflictos judiciales provocados por el maltrato dado a nuestra niñez.

Pero nuestra teoría *El criterio de equilibrio de derechos, como una teoría de justicia* debe entenderse desde la equidad para los niños, pues está construida, razonablemente en la desatención que jueces, educadores y padres de familia evidencian sobre el derecho de la libre expresión de la niñez, al no atender las denuncias, quejas y relatos, que en su propia voz hacen cuando son víctimas de abusos y maltratos.

Entonces solo materializándose ese derecho fundamental, en cualquier atención, educativa o judicial, podemos consolidar una sociedad digna y respetuosa con la niñez. Sin la voz de los niños no habrá justicia, sino un simulacro de esta, ya que la violencia contra la niñez no se detiene, muy a pesar, de los postulados constitucionales, la vigencia de una ley especial y la detenida jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional.

Si la voz o expresión de los niños, como un derecho fundamental, es el centro medular de *El criterio de equilibrio de derechos, como una teoría de justicia* esta podrá ser convertida en realidad, con solo transformar la aplicación del principio del imperio de la ley por el principio del imperio del interés superior del niño, cuando se trate de garantizar los derechos de los niños, es decir, un cambio del paradigma judicial y educativo, bajo el sobrio entendimiento aristotélico que la equidad, como clase de justicia, es una precisa y especial corrección de la ley. Así las cosas, no se necesitaría de un nuevo constituyente o un legislador, sino de jueces, educadores y padres educados en la teoría y práctica del equilibrio de los derechos.

Y para ello, la propuesta que surge de esta investigación es útil ya que la sociedad debe considerar a la equidad como justicia en la solución de todos y cada uno de los conflictos donde se vinculen, activa o pasivamente a los niños, niñas y adolescentes de este país inequitativo, desigual y violento.

Nuestra propuesta dignifica a la niñez y por tanto a su dignidad humana, y haría realidad el principio del interés superior como evidencia para una sociedad justa y en paz. Es una propuesta académica pero anclada en la realidad investigada.

### Lista de referencias

- Agnitio. Biblioteca virtual. Recuperado de <http://www.definicion-de.es/infancia/>.
- Aguilar, G. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 223 – 247. ISSN: 0718 - 0195. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/820/82060110.pdf>.
- Antolín, M. C. et al. (2013). *Ciencias para el mundo contemporáneo, reflexiones sobre los contenidos de las ciencias y sobre nuestra forma de vida*. 2a ed. España: Universitat de Valencia.
- Aristóteles. (1995). *Ética Nicomáquea-Ética Eudemia*. Madrid: Gredos.
- Aristóteles. (2005). *Libro de las categorías*. Recuperado de <https://docs.google.com/document/d/1nnr9GhFPqiVkJHjAnOvJCE7zXVMY9Piz9zVsXzUE/preview>.
- Alexy, R. (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*. 2a ed. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (2010). Directrices sobre las modalidades alternativas de cuidado de los niños. Recuperado de <http://www.unicef.org/spanish/videoaudio/PDFs/100407-UNGA-Res-64-142.es.pdf>.
- Bechara Llanos, A. (2011). Estado constitucional de derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy. *Revista del Centro de Investigaciones de la Universidad Libre de Cartagena*, 6(2), 63-71. Recuperado de <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/saber/article/view/1778>.
- Beloff, M. (Comp.). (2000). *Derecho, infancia y familia*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Borrás, A. (1994). El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado, en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña. *Revista Jurídica de Cataluña*, 93(4), 915 – 992. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/35364>.

- Bulloch, P., y Raz, J. (Eds.). (2000). *Post Scriptum al concepto del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bustamante, N. (2012). *Locuciones latinas en materia jurídica*. Estados Unidos: Palibrio.
- Cillero, M. (1998). El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño. En García Méndez, E., Beloff, M. (Comp.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Bogotá, Colombia: Temis/Depalma.
- Cillero, M. (1997). Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios. Boletín del Instituto Interamericano del Niño (234). Recuperado de [http://www.iin.oea.org/Cursos\\_a\\_distancia/explotacion\\_sexual/Lectura4.Infancia.DD.pdf](http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura4.Infancia.DD.pdf).
- Comité de los Derechos del Niño. (6 de marzo de 2015). Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Colombia. Recuperado de [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fCOL%2fCO%2f4-5&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fCOL%2fCO%2f4-5&Lang=en).
- Comité de los Derechos del Niño. (29 de mayo de 2013). Observación general No. 14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Recuperado de [https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14\\_sp.doc](https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc)
- Comte-Sponville, A. (2007). *La vida humana*. Editorial Paidós, Barcelona.
- Concari, S. (2001). Las teorías y modelos en la explicación científica. *Revista Ciência & Educação*, 7 (1), 85-94. Recuperado de <https://docobook.com/las-teorias-y-modelos-en-la-explicacion-scielo.html>.
- Crecer Juntos (a). (s.f.). *1 mes*. Recuperado de <http://www.crecerjuntos.com.ar/mes1.htm>.
- Crecer Juntos (b). (s.f.). *7 meses*. Recuperado de <http://www.crecerjuntos.com.ar/mes7.htm>.
- Crecer Juntos (c). (s.f.). *8 meses*. Recuperado de <http://www.crecerjuntos.com.ar/mes8.htm>.
- Crecer Juntos (d). (s.f.). *10 meses*. Recuperado de <http://www.crecerjuntos.com.ar/mes10.htm>.
- Crecer Juntos (e). (s.f.). *12 meses*. Recuperado de <http://www.crecerjuntos.com.ar/mes12.htm>.



Crecer Juntos. (s.f.). *Recién nacido*. Recuperado de <http://www.crecerjuntos.com.ar/mes0.htm>.

Cruz-Coke, R. (1980). Fundamentos genéticos del comienzo de la vida humana. *Revista chilena de pediatría*, 51(2), 121-124. Recuperado de <https://dx.doi.org/10.4067/S0370-41061980000200006>.

De la Puente, B. (2015). Ningún hombre puede cruzar el mismo río dos veces porque ni el hombre ni el agua serán los mismos. [Entrada de blog]. Recuperado de <https://elclubdelosquetzalesmuertos.wordpress.com/2015/09/17/ningun-hombre-puede-cruzar-el-mismo-río-dos-veces-porque-ni-el-hombre-ni-el-agua-seran-los-mismos/>.

Delval, J. (2008). *El Desarrollo Humano*. España: Siglo XXI.

Departamento Nacional de Planeación (DNP). (1991). Plan de acción en favor de la infancia 1991-1994. Recuperado de <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/2551.pdf>

Duby, G. y Ariès, P. (2003). *Historia de la vida privada. Tomo I*. Madrid: Editorial Taurus.

Dworkin, R. (2009). *Los Derechos en serio*. España: Ariel.

Echeverría Esquivel, M. y Echevarría Acuña, M. (2010). *Compendio de Derecho Romano*. Colombia: Editorial Edgardo Payares Bossa.

El Poder de la palabra. (s.f.). *Erasmus de Rotterdam*. Recuperado de <http://www.epdlp.com/escritor.php?id=3045>.

Enesco, I. (2000). *La infancia en la historia*. España: Universidad Complutense de Madrid. Recuperado de [http://pendientedemigracion.ucm.es/info/psicoevo/Profes/IleanaEnesco/Desarrollo/La\\_infancia\\_en\\_la\\_historia.pdf](http://pendientedemigracion.ucm.es/info/psicoevo/Profes/IleanaEnesco/Desarrollo/La_infancia_en_la_historia.pdf).

Fraenkel, J., y Wallen, N. (1996). *How to design and evaluate research in education*. 3a ed. New York: McGraw-Hill.

- Freedman, D. (2007). Funciones normativas del interés superior del niño. *Revista Jura Gentium*, 2, 103-116. Recuperado de:  
[http://www.juragentium.org/Centro\\_Jura\\_Gentium/la\\_Rivista\\_files/JG\\_2005.pdf](http://www.juragentium.org/Centro_Jura_Gentium/la_Rivista_files/JG_2005.pdf).
- Gallo, L. (2006). El Pensamiento Educativo de John Locke y la Atención a la Educación Física. *Revista Educación Física y Deporte Universidad de Antioquia*, 25 (1), 97 -114.  
Recuperado de  
<https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/educacionfisicaydeporte/article/viewFile/2990/2713>.
- Garay, A. (2004), Del modelo tutelar al modelo de responsabilidad a la luz de la convención internacional de los derechos del niño. *Revista La voz del Magistrado*. Recuperado de  
[http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C4-11\\_del\\_mod\\_tutelar\\_a\\_mod\\_responsabilidad\\_210208.pdf](http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/C4-11_del_mod_tutelar_a_mod_responsabilidad_210208.pdf).
- Goldstein, J., Freud, A. y Solnit, A. (1979). Beyond the best Interests of the Child. *Columbia Law Review Association*, 74(5), 996-1015. doi: 10.2307 / 1121526.
- González de la Vega, G. (2011). El interés superior del niño y la orientación sexual. Dos casos y una propuesta. *Revista derecho en libertad*, 6, 82-126. Recuperado de  
[http://www.cdh.fldm.edu.mx/assets/articulos/el\\_interes\\_superior\\_del\\_nino\\_y\\_la\\_orientacion\\_sexual.pdf](http://www.cdh.fldm.edu.mx/assets/articulos/el_interes_superior_del_nino_y_la_orientacion_sexual.pdf).
- González, P. (2013). *Procesos de Selección Penal Negativa*. Bogotá, Colombia: Universidad Libre.
- Guio, R. (2009). Estado del arte sobre política pública nacional de primera infancia. *Revista Estudios en Derecho y Gobierno*. 2 (2), 33-45. Recuperado de  
<https://es.scribd.com/document/274062289/estado-del-arte-sobre-la-politica-publica-nacional-de-primera-infancia-pdf>.
- Hart, H. (1961). *El concepto de Derecho*. 2a ed. Argentina: Abeledo-Perrot.
- Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, p. (2014). *Metodología de la investigación*. 5a ed. Mexico: McGraw-Hill.

- Hernández, S. (2001). *El niño en los conflictos armados. Marco jurídico para su protección internacional*. España: Tirant lo Blanch.
- Humanium. (s.f.). Declaración de Ginebra sobre los derechos del Derechos del Niño, 1924. Recuperado de: <https://www.humanium.org/es/ginebra-1924/>.
- Humanium. (s.f.). Declaración de los Derechos del Niño, 1959. Recuperado de <http://www.humanium.org/es/declaracion-1959/>.
- Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. (2017). Forensis. Datos para la vida, 18 (1). Recuperado de <http://www.medicinalegal.gov.co/documents/20143/49526/Forensis+2016.+Datos+para+l+a+vida.pdf>.
- Jaramillo, L. (2007). Concepción de Familia. *Revista Zona Próxima*, 8, 108-123. Universidad del Norte. Recuperado de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/zona/article/viewArticle/1687/4634>.
- Jiménez, A. (2012). *Emergencia de la Infancia contemporánea en Colombia 1968-2006*. Bogotá: Ed. Universidad Nacional.
- Joyal, R. (1991). La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, sa place dans la Convention des Nations-Unies sur les Droits de l'Enfant. *Revue Internationale de Droit Penal*, 62(3), 785-792. Recuperado de <http://www.maklu-online.eu/nl/tijdschrift/ridp/1991/1991-vol-62-3-4-revue-internationale-de-C8W64AUB58/>.
- López, D. (1997). *El Derecho de los Jueces*. Bogotá: Editorial Legis.
- Martínez M. (2009). *Epistemología y metodología cualitativa en las ciencias sociales*. México: Trillas.
- Millet, X. (s.f.). El paquete estadístico SPAD. *Revista de Estadística Española. Universitat de Barcelona*. Recuperado de [file:///C:/Users/w7/Downloads/116\\_10.pdf](file:///C:/Users/w7/Downloads/116_10.pdf).
- Minnicelli, M. (2009). Las cuestiones vinculadas a las legislaciones. *Educación en Revista*, 25 (1), 179-202. Recuperado de <http://www.scielo.br/pdf/edur/v25n1/10.pdf>

- Monroy, M. (2010). *Introducción al derecho*. 15a ed. Bogotá: Temis.
- Morrison, G. (2005). *Educación Infantil*. 9a ed. Madrid: Pearson/ Prentice Hall.
- Naciones Unidas (2006). *Informe del experto independiente para el estudio de la violencia contra los niños, de las Naciones Unidas*. Recuperado de [https://www.unicef.org/violencestudy/reports/SG\\_violencestudy\\_sp.pdf](https://www.unicef.org/violencestudy/reports/SG_violencestudy_sp.pdf).
- Nussbaum, M. (2016). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. 1a ed. Bogotá, Colombia: Paidós, Sociedad y Estado.
- Ortega, I. (2002). El principio del interés superior del niño en las situaciones de crisis familiar: una perspectiva comparada en el ámbito de la unión Europea. *Revista Psicopatología clínica, legal y forense*, 2 (3), 87–108. Recuperado de <http://masterforense.com/pdf/2002/2002art18.pdf>.
- Ott, W. (1976). *Der Rechtspositivismus, Klistische Wordingung auf der Grundiage eines Juristischen Pragmatismus*. Berlin: Car Herymanns Verlag.
- Pestalozzi, J. (1819). *Cartas sobre educación infantil, 1819*. Recuperado de <http://peuma.e.p.f.unblog.fr/files/2012/06/Pestalozzi-Johann-Cartas-Sobre-Educacion-Infantil1.pdf>.
- Pilotti, F. (2001). Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto. Comisión Económica para América Latina y del Caribe (48). Recuperado de [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5998/S01040321\\_es.pdf?sequence=1](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5998/S01040321_es.pdf?sequence=1)
- Pineda, S. y Aliño, M. (1999). El Concepto de la Adolescencia. En Márquez Gálvez, R. y Colás Pérez, E. (Eds.), *Manual de prácticas clínicas para la atención integral a la salud en la adolescencia*, 15-23. Recuperado de [http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/prevemi/capitulo\\_i\\_el\\_concepto\\_de\\_adolescencia.pdf](http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/prevemi/capitulo_i_el_concepto_de_adolescencia.pdf).
- Pinheiro, P. (2006). Informe mundial sobre la violencia contra los niños y niñas. Organización de las Naciones Unidas. Recuperado de

<http://www.observatoriodelainfancia.mscbs.gob.es/productos/pdf/informeMundialSobreViolencia.pdf>.

Platón. (s.f.). La República. Recuperado de

<http://www.ataun.net/bibliotecagratis/cl%C3%A1sicos%20en%20espa%C3%B1ol/Plat%C3%B3n/La%20Rep%C3%Ablica.pdf>.

Pradilla-Rivera, S. (2011). Aplicación del principio del interés superior del niño (a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13(1), 329-348. Recuperado de <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1509>.

Quiroz, A. (1998). *Manual de Civil. Tomo I. General y Sujeto de Derecho*. Bogotá: Editorial Gustavo Ibáñez.

Quiroz, A. (2013). *Manual Derecho de Infancia y Adolescencia*. 3a ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Ravetllat, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término. *Revista Educatio Siglo XXI*, 30 (2), 89-108. Recuperado de: <file:///C:/Users/w7/Downloads/153701-Texto%20del%20art%C3%ADculo-593011-1-10-20121017.pdf>.

Rawls, J. (1995). *Teoría de Justicia* [Traducido al español de A Theory of Justice]. México: Fondo de Cultura Económica.

Real Academia de la Lengua Española (2001). Categoría. En *Diccionario de la lengua española* (22a ed.). Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=7wJdjDR>.

Real Academia de la Lengua Española (2001). Infancia. En *Diccionario de la lengua española* (22a ed.). Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=LUbWPI0>.

Real Academia de la Lengua Española (2001). Menor. En *Diccionario de la lengua española* (22a ed.). Recuperado de <http://dle.rae.es/?id=Ouc027t>.

- Real Academia de la Lengua Española (2001). Niño. En *Diccionario de la lengua española* (22a ed.). Recuperado de <http://lema.rae.es/drae/?val=ni%C3%B1o>.
- Revista Semana. (15 de mayo de 2018). “Abandonar un niño también es una infamia”: directora del ICBF. Recuperado de <https://www.semana.com/Item/ArticleAsync/567189?nextId=567159&nextId=567084>.
- Rojas, M. (2008). *Restablecimiento de derechos de la infancia*. Bogotá: Ed. Temis.
- Rousseau, J. (1985). *Emilio*. 22a ed. Madrid: EDAF, S.L.
- Sandel, M. (2011). *¿Hacemos lo que debemos?*. Barcelona: Debate.
- Sánchez, M. (2011). Derechos de los niños, niñas y adolescentes: Resultado de un consenso internacional. *Revista Advocatus*, 17, 86-109 . Recuperado de <http://www.unilibrebaq.edu.co/ojsinvestigacion/index.php/advocatus/article/download/179/172>.
- Serrano, E. (2005). La teoría aristotélica de la justicia. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 22, 123-161. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-teora-aristotlica-de-la-justicia-0/>.
- Soto, A., Ponzoni, I., Vázquez, G. (2006). Análisis numérico de diferentes criterios de similitud en algoritmos de clustering. *Revista Asociación Argentina de Mecánica Computacional*, 25, 993-1011. Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/228867109\\_analisis\\_numerico\\_de\\_diferentes\\_criterios\\_de\\_similitud\\_en\\_algoritmos\\_de\\_clustering](https://www.researchgate.net/publication/228867109_analisis_numerico_de_diferentes_criterios_de_similitud_en_algoritmos_de_clustering).
- Suárez, P. (2006). *Metodología de la investigación. Diseño y técnicas*. Bogotá: Orión Editores Ltda.
- Tamayo y Tamayo, M. (2005). *El Proceso de la Investigación Científica*. México: Limusa.
- Torres, A. (2001). *Introducción al Derecho. Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.

UNESCO. (1957). Juan Amos Comenius, apóstol de la educación moderna y de la comprensión internacional. Boletín mensual (11). Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0006/000679/067956so.pdf> .

UNICEF. (2001). Estado Mundial de la Infancia. Recuperado de [http://www.unicef.org/spanish/publications/files/pub\\_sowc01\\_sp.pdf](http://www.unicef.org/spanish/publications/files/pub_sowc01_sp.pdf) .

UNICEF. (2002). La niñez colombiana en cifras. Recuperado de <https://www.unicef.org/colombia/pdf/cifras.pdf>.

UNICEF. (2004). Datos sobre la infancia. Recuperado de <http://www.unicef.org/spanish/earlychildhood/9475.html> .

UNICEF. (2015). La Evolución de las normas internacionales sobre derechos de la infancia. Recuperado de <http://www.unicef.org/spanish/rightsite/sowc/pdfs/panels/SOWC%20all%20panels%20SP.pdf>.

UNICEF. (2006). Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia. Recuperado de [https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN\\_06.pdf](https://www.unicef.es/sites/www.unicef.es/files/CDN_06.pdf).

UNICEF. (2007). Justicia y derechos del niño, boletín (9). Recuperado de [http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc\\_wp/justicia%20y\\_derechos\\_9.pdf](http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/justicia%20y_derechos_9.pdf).

UNICEF. (s.f.). La Convención sobre los Derechos del Niño, el documento marco de UNICEF. Recuperado de <https://www.unicef.org/honduras/19087.html>.

Van der Maren, J. (2003). *La recherche appliquée en pédagogie. Des modèles pour l'enseignement*. Bruxelles: Édition de Boek.

Verdugo, M. y Soler, V. (1996). *La convención de los derechos del niño hacia el siglo XXI*. España: Universidad de Salamanca.

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 10a ed. Madrid: Trotta.

Zermatten, J. (2003). *El interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico*. Institut international des droits de l'enfant. Recuperado de

[https://www.childsrighs.org/documents/publications/wr/wr\\_interes-superior-nino2003.pdf](https://www.childsrighs.org/documents/publications/wr/wr_interes-superior-nino2003.pdf).

### **Legislación Consultada**

Asamblea de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). *Declaración universal de los derechos humanos*. Recuperado de [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf).

Asamblea de las Naciones Unidas. (13 de diciembre de 2006). *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Recuperado de <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=497>.

Asamblea de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>.

Asamblea General de la Sociedad de Naciones. (26 de diciembre de 1924). *Declaración de Ginebra sobre los derechos del niño*.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (18 de diciembre de 1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>.

Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1959). *Declaración de los derechos del niño*. Recuperado de <https://www.cidh.oas.org/Ninez/pdf%20files/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o.pdf>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (20 de noviembre de 1989). *Convención internacional sobre los derechos del niño*. Recuperado de



[http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv\\_derechos\\_nino.html](http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_derechos_nino.html).

Congreso de la República de Colombia. (31 de mayo de 1873). *Código Civil*. [Ley 84 de 1873]. DO: 2.867.

Congreso de la República de Colombia. (22 de enero de 1991). *Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos Del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989*. [Ley 12 de 1991]. DO: 39.640.

Congreso de la República de Colombia. (29 de abril de 2013). *Por medio de la cual se expide el estatuto de ciudadanía juvenil y se dictan otras disposiciones*. [Ley Estatutaria 1622 de 2013]. DO: 48.776.

Congreso de la República de Colombia. (31 de julio de 2009). *Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006*. [Ley 1346 de 2009]. DO: 47.427.

Congreso de la República de Colombia. (8 de noviembre de 2006). *Código de la Infancia y la Adolescencia*. [Ley 1098 de 2006]. DO: 46.446.

Congreso de la República de Colombia. (12 de julio de 2012). *Código General del Proceso*. [Ley 1564 de 2012]. DO: 48.489.

Constitución política de Colombia. [Const.] (1991) 2da Ed. Legis.

Departamento Nacional de Planeación. (2007). *Documento Conpes Social 109. Política Pública Nacional de Primera Infancia*. Recuperado de [https://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-177832\\_archivo\\_pdf\\_Conpes\\_109.pdf](https://www.mineducacion.gov.co/1759/articles-177832_archivo_pdf_Conpes_109.pdf).

Departamento Nacional de Planeación. (1 de junio de 2000). *Política Nacional para la Construcción de Paz y Convivencia Familiar - Haz*. Documento Conpes.

3077. Recuperado de

<https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/CONPES/Econ%C3%B3micos/3077.pdf>.

Organización de los Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969) *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Recuperado de [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm) suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969.

Organización Internacional del Trabajo. (17 junio 1999). *Convenio sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación*. [Convenio 182 de la OIT de 1999]. Recuperado de: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312327](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312327).

Presidencia de la República de Colombia. (27 de noviembre de 1989). *Código del Menor*. [Decreto 2737 de 1989]. DO: 39.080.

## **Jurisprudencia**

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (5 de junio de 1992). Sentencia T- 406. [MP. Ciro Angarita Barón].

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (12 de agosto de 1993). Sentencia T- 326. [MP. Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional, Sala de Revisión. (15 de mayo de 1996). Sentencia T-215. [MP. Fabio Morón Díaz].

Corte Constitucional, Sala Plena. (2 de diciembre de 1998). Sentencia SU-747. [MP. Eduardo Cifuentes Muñoz].

Corte Constitucional, Sala Plena. (1 de abril de 2003). Sentencia C-271. [MP Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional, Sala Plena. (1 de abril de 2003). Sentencia C-273. [MP. Clara Inés Vargas Hernández].

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (19 de junio de 2003). Sentencia T-510. [MP. Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional, Sala Plena. (9 de agosto de 2005). Sentencia C-821. [MP. Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional, Sala Plena. (23 de julio de 2008). Sentencia C-740. [MP. Jaime Araujo Rentería].

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (1 de diciembre de 2009). Sentencia T-887. [MP. Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (10 de febrero de 2010). Sentencia T-1021. [MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional, Sala Plena. (3 de marzo de 2010). Sentencia C-145. [MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional, Sala Plena. (28 de abril de 2010). Sentencia C-303. [MP. Luis Ernesto Vargas silva].

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (15 de julio de 2010). Sentencia T-572. [MP. Juan Carlos Henao Pérez].

Corte Constitucional, Sala Plena. (27 de octubre de 2010). Sentencia C-840. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (12 de noviembre de 2010). Sentencia T-899. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (21 de junio de 2011). Sentencia T-488. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional, Sala Plena. (6 de julio de 2011). Sentencia C-539. [MP. Luis Ernesto Vargas silva].

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (12 de julio de 2011). Sentencia T-557. [MP. María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. (25 de julio de 2011). Sentencia T-580A. [MP. Mauricio González Cuervo].

Corte Constitucional, Sala Plena. (26 de julio de 2011). Sentencia C-577. [MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (11 de enero de 2012). Sentencia T- 001. [MP. Juan Carlos Henao Pérez].

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (29 de marzo de 2012). Sentencia T-260. [MP. Humberto Antonio Sierra Porto].

Corte Constitucional, Sala Plena. (28 de noviembre de 2012). Sentencia C-1017. [MP Luis Guillermo Guerrero Pérez].

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (28 de enero de 2013). Sentencia T-040. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (14 de febrero de 2013). Sentencia T-075. [MP. Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (14 de marzo de 2013). Sentencia T-139. [MP.Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (15 de julio de 2013). Sentencia T-453. [MP. Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional, Sala Séptima de Revisión. (15 de julio de 2013). Sentencia T-458. [MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión. (29 de agosto de 2013). Sentencia T-586. [MP. Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (13 de septiembre de 2013). Sentencia T-634. [MP. María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (3 de diciembre de 2013). Sentencia T-904. [MP. María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (6 de diciembre de 2013). Sentencia T-923. [MP. Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional, Sala novena de Revisión. (19 de diciembre de 2013). Sentencia T-955. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión. (31 de enero de 2014). Sentencia T-044. [MP. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (1 de abril de 2014). Sentencia T-200. [MP. Alberto Rojas Ríos].

Corte Constitucional, Sala Plena (20 de agosto de 2014). Sentencia C – 594. [MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

Corte Constitucional, Sala Plena. (18 de febrero de 2015). Sentencia C-071. [MP Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (29 de julio de 2015). Sentencia SP9792-2015/42307. [MP Patricia Salazar Cuéllar].

## Anexo A

## Fallos de la Corte Constitucional colombiana relativos al Principio del Interés Superior del Niño 1991-2017

## Muestra objeto del análisis cualitativo y cuantitativo de la investigación

Variable			Custodia			Daño			Departamento			Edad			Sexo			Derecho			Criterio de la Corte Constitucional					Demandado			
No	Sentencia	Año	Padre	Madre	Otro	Maltrato	Abandono	Abuso sexual	Otro	Cundinamarca	Antioquia	0-6	6-11	12+	M	F	No.	A tener una familia	Cuidado y Amor	Salud/Educación	Protección integral	Ejercicio de los derechos	Protección frente riesgos	Equilibrio de derechos	Evitar cambios desfavorables	ICBF	Tribunal	Particular	
1	T-572	2010		X				X		X			X						X								X		
2	T-968	2009		X			X			X		X						X						X				X	
3	T-119	2016			X		X				X								X				X						X
4	T-070	2015			X		X			X			X			X						X							X
5	T-606	2013		X		X			Valle			X				X						X							X
6	T-577	2011			X		X			X			X					X				X						X	
7	T-111	2015			X	X					X	X						X				X						X	
8	T-090	2010			X		X				X		X					X				X					X		
9	T-519	2015		X		X				X		X						X				X					X		
10	T-580a	2011			X		X			X		X							X					X		X			
11	T-887	2009			X		X				X		X					X						X			X		
12	T-923	2013		X				X		X		X				X							X						X
13	T-716	2011			X	X					X		X					X						X					X
14	Su-214	2014		X		X			San Andrés			X				X			X				X				X		
15	C-145	2010		X		X				X			X					X				X							
16	T-239	2014		X		X					X	X						X					X						
17	T-044	2014		X		X				X			X		X	X	2	X				X					X		
18	T-834	2014	X				X		Valle	Bogotá		X					1	X					X				X		
19	T-115	2014		X		X				Bogotá			X			X	2	X					X						X
20	T-266	2012		X		X				Bogotá		X				X	2	X	X					X					X
21	T-639	2006		X		X				Bogotá		X					1	X				X						X	
22	T-129	2015			X		X		Tolima			X					1		X				X				X		
23	T-187	2015		X		X			Atlántico			X					2		X				X				X		
24	T-260	2012		X		X			Valle			X					1		X					X					X
25	T-387	2016	X					X	Villa chica					X	X	X	2		X					X					X

**Anexo A**  
**Fallos de la Corte Constitucional colombiana relativos al Principio del Interés Superior del Niño 1991-2017**

**Muestra objeto del análisis cualitativo y cuantitativo de la investigación**

Variable			Custodia			Daño			Departamento			Edad			Sexo			Derecho			Criterio de la Corte Constitucional					Demandado			
No	Sentencia	Año	Padre	Madre	Otro	Maltrato	Abandono	Abuso sexual	Otro	Cundinamarca	Antioquia	0-6	6-11	12+	M	F	No.	A tener una familia	Cuidado y Amor	Salud/Educación	Protección integral	Ejercicio de los derechos	Protección frente riesgos	Equilibrio de derechos	Evitar cambios desfavorables	ICBF	Tribunal	Particular	
26	T-075	2013		X		X				Bogotá			X			X	1			X	X						X		
27	T-844	2011		X			X			Bogotá			X			X	1	X						X			X		
28	T-196	2016		X		X				Bogotá		X				X	1	X					X				X		
29	T-512	2016		X				X	Tolima				X			X	1		X				X						X
30	C-569	2016		X			X			Bogotá		X				X	1	X				X							X
31	T-292	2016		X					Valle					X	X		2			X				X				X	
32	T-675	2016		X						Bogotá			X				2		X					X				X	
33	T-008	2016		X			X				X			X		X	4			X				X				X	
34	T-143	2016		X				X			X			X		X	1		X				X						X
35	T-246	2016		X		X					X	X							X					X				X	
36	C-239	2014		X		X			Cesar			X				X	1			X	X								X
37	T-196	2015			X			X	Cesar					X		X	1	X						X				X	
38	C-741	2015			X	X				X		X						X				X							X
39	T-955	2013			X		X				X			X		X	1		X					X				X	
40	T-546	2013		X		X			Tolima					X	X		1			X	X								X
41	T-206	2013			X	X				Tolima		X				X	1			X	X								X
42	T-453	2013		X				X			X			X		X	1		X					X			X		
43	T-672	2013			X	X			Bolívar					X	X		1			X		X						X	
44	T-904	2013			X			X		X				X	X	X	4		X			X							X
45	T-001	2013			X		X		Guainía			X						X						X			X		
46	T-689	2012	X			X			Valle		X					X	1		X					X		X			
47	T-012	2012		X		X			Valle		X				X		1		X					X					X
48	T-1077	2012		X		X			Tolima			X	X	X	X	X	3			X				X					X
49	T-276	2012			X		X			X		X	X		X		2	X						X			X		
50	T-452	2012	X			X			Santander				X			X	2	X				X						X	



## Anexo A

## Fallos de la Corte Constitucional colombiana relativos al Principio del Interés Superior del Niño 1991-2017

## Muestra objeto del análisis cualitativo y cuantitativo de la investigación

Variable			Custodia			Daño			Departamento			Edad			Sexo			Derecho			Criterio de la Corte Constitucional					Demandado				
No	Sentencia	Año	Padre	Madre	Otro	Maltrato	Abandono	Abuso sexual	Otro	Cundinamarca	Antioquia	0-6	6-11	12+	M	F	No.	A tener una familia	Cuidado y Amor	Salud/Educación	Protección integral	Ejercicio de los derechos	Protección frente riesgos	Equilibrio de derechos	Evitar cambios desfavorables	ICBF	Tribunal	Particular		
51	T-577	2011	X			X			Santander			X	X		X	X	2		X			X					X			
52	T-884	2011			X			X	Valle					X		X	1			X				X				X		
53	T-068	2011			X		X		Quindío			X			X		1		X			X				X				
54	T-205	2011		X				X	Caldas			X	X			X	3			X		X						X		
55	t-1015	2010		X				X		X			X	X		X	2			X			X					X		
56	T-078	2010		X				X	Bolívar				X			X	1		X					X				X		
57	T-200	2014		X			X		Cesar			X				X	1			X		X							X	
58	T-156	2009		X			X		Bolívar			X							X		X								X	
59	T-1275	2008		X			X			X			X			X	1		X			X						X		
60	T-966	2008		X		X				X		X				X	1			X		X						X		
61	T-576	2008		X		X			Valle							X	1			X		X							X	
62	T-705	2013			X					X	X	X		X	X	3	X				X								X	
63	T-844	2009			X		X		Valle				X			X	1	X			X							X		
64	T-302	2008			X			X		X			X	X	X	X	3		X					X				X		
65	T-165	2009		X			X		Bolívar					X	X		1		X			X							X	
66	T-735	2009		X		X			Caquetá			X			X		1			X		X				X				
67	T-024	2009		X		X			Villavicencio			X				X	1		X					X		X				
68	T-887	2009		X		X				X		X			X		1		X					X		X				
69	T-968	2009		X		X				X	X				X		1	X						X		X				
70	T-520a	2009		X				X		X		X			X		1		X					X				X		
71	T-585	2007		X		X			Caldas			X				X	1			X		X							X	
72	T-794	2007		X				X	Quindío				X			X	4			X				X				X		
73	T-090	2007																												
74	T-1078	2012			X		X			X				X	X		1	X			X								X	
75	T-002	2012			X			X	Quindío					X	X		1	X				X							X	

## Anexo A

## Fallos de la Corte Constitucional colombiana relativos al Principio del Interés Superior del Niño 1991-2017

## Muestra objeto del análisis cualitativo y cuantitativo de la investigación

Variable			Custodia			Daño			Departamento			Edad			Sexo			Derecho			Criterio de la Corte Constitucional					Demandado			
No	Sentencia	Año	Padre	Madre	Otro	Maltrato	Abandono	Abuso sexual	Otro	Cundinamarca	Antioquia	0-6	6-11	12+	M	F	No.	A tener una familia	Cuidado y Amor	Salud/Educación	Protección integral	Ejercicio de los derechos	Protección frente riesgos	Equilibrio de derechos	Evitar cambios desfavorables	ICBF	Tribunal	Particular	
76	T-699	2011			X		X		Santander					X	X	X	3		X					X					X
77	T-628	2011		X		X				X				X	X		1		X					X				X	
78	T-502	2011		X		X				X					X		2	X						X				X	
79	T-973	2011		X				X	Bolívar					X		X	1			X		X						X	
80	T-1042	2010	X				X		Boyacá				X		X	X	3	X			X						X		
81	C-383	2012	X				X		Bogotá		X				X		1		X				X						X
82	C-900	2011			X			X	Bogotá			X			X		1			X				X		X			
83	C-468	2009	X			X			Bogotá					X	X		1		X		X							X	
84	C-663	2009		X			X		Bogotá		X					X		X				X							X
85	T-1045	2010	X			X			Bogotá			X							X				X					X	
86	C-071	2015	X			X			Bogotá		X				X		1	X				X							X
87	T-129	2015			X		X		Tolima		X				X		1		X					X		X			
88	T-856	2013		X				X	Bogotá				X		X		1			X				X					X
89	T-139	2013	X			X			Cauca			X			X		1			X		X							X
90	T-923	2013	X					X	Cúcuta			X			X		1	X						X				X	
91	T-458	2013		X		X			Santander					X	X	X	6			X		X							X
92	T-117	2013		X				X	Pereira			X			X		1			X		X						X	
93	T-953	2006	X			X			Pereira			X			X		1			X				X				X	
94	T-773	2015			X		X		Bogotá		X	X			X	X	2		X					X		X			
95	T-732	2014	X				X		Barranquilla		X				X		1	X			X						X		
96	T-730	2012			X	X			Bogotá					X	X		2		X			X							X
97	T-730	2015			X			X	Bogotá		X				X		1		X					X				X	
98	T-622	2014		X				X		X				X	X		1	X						X				X	
99	T-573	2016		X				X	Bogotá					X		X	1			X				X				X	
100	T-506	2016		X		X			San Andrés		X				X		1			X		X							X

**Anexo A**  
**Fallos de la Corte Constitucional colombiana relativos al Principio del Interés Superior del Niño 1991-2017**

**Muestra objeto del análisis cualitativo y cuantitativo de la investigación**

Variable			Custodia			Daño			Departamento			Edad			Sexo			Derecho			Criterio de la Corte Constitucional					Demandado			
No	Sentencia	Año	Padre	Madre	Otro	Maltrato	Abandono	Abuso sexual	Otro	Cundinamarca	Antioquia	0-6	6-11	12+	M	F	No.	A tener una familia	Cuidado y Amor	Salud/Educación	Protección integral	Ejercicio de los derechos	Protección frente riesgos	Equilibrio de derechos	Evitar cambios desfavorables	ICBF	Tribunal	Particular	
101	T-488	2011	X			X					X		X	X		X	2			X			X						X
102	T-196	2016		X		X					X		X			X	1	X				X							X
103	T-389	1999	X					X	Bogotá			X			X		1			X					X		X		
104	T-353	2005	X			X			Pasto				X			X	1		X		X					X			
105	T-412	2000	X			X			Pereira				X		X		1	X							X		X		
106	T-478	2015			X	X			Bogotá					X	X		1			X		X					X		
107	T-671	2010			X		X		Bogotá				X			X	1	X						X			X		
108	T-309	2011	X			X			Pereira					X	X		1			X		X							X
109	T-599	2006		X		X			Bucaramanga					X		X	2		X					X			X		
110	T-808	2006	X				X		Bogotá		X					X	1				X					X			
111	T-1035	2006	X				X		Cali				X			X	1			X			X						X
112	T-397	2004		X		X			Bogotá		X					X	1	X						X		X			
113	T-750	2004		X		X			Cali					X	X		1			X		X							X
114	T-094	2004		X			X			X			X		X		1			X				X					X
115	T-731	2004		X		X				X	X					X	1			X			X						X
116	T-907	2004			X	X			Bogotá		X				X		1		X			X							X
117	T-324	2004			X		X		Puerto Wilches				X		X		1	X			X						X		
118	T-950	2005			X	X				X	X				X		1		X					X					X
119	T-1199	2005		X			X			X			X		X	X	2			X				X					X
120	T-864	2005		X				X	Bogotá				X			X	1			X		X					X		
121	T-746	2005			X		X		Bogotá				X		X	X	2	X						X		X			
122	T-497	2005			X		X			X	X					X	1	X					X			X			
123	T-186	2005		X			X		Bolívar				X			X	1			X	X								X
124	T-466	2006			X		X		Villavicencio		X					X	1		X					X		X			
125	T-900	2006	X			X			Bogotá			X	X	X	X	X	2	X						X			X		

## Anexo A

## Fallos de la Corte Constitucional colombiana relativos al Principio del Interés Superior del Niño 1991-2017

## Muestra objeto del análisis cualitativo y cuantitativo de la investigación

Variable			Custodia			Daño			Departamento			Edad			Sexo			Derecho			Criterio de la Corte Constitucional						Demandado		
No	Sentencia	Año	Padre	Madre	Otro	Maltrato	Abandono	Abuso sexual	Otro	Cundinamarca	Antioquia	0-6	6-11	12+	M	F	No.	A tener una familia	Cuidado y Amor	Salud/Educación	Protección integral	Ejercicio de los derechos	Protección frente riesgos	Equilibrio de derechos	Evitar cambios desfavorables	ICBF	Tribunal	Particular	
126	T-137	2006		X				X	Bogotá			X	X	X	X	X	3	X				X						X	
127	T-551	2006			X			X	Bogotá			X	X	X	X	X	4	X					X				X		
128	T-1399	2000			X	X			Valle			X			X		1	X			X							X	
129	T-1430	2000		X		X			Bogotá			X			X		1			X		X							X
130	T-1155	2001			X	X			Montería			X	X	X	X	X	4												
131	T-209	2002			X		X		Bogotá				X		X		1	X							X		X		
132	T-212	2003		X			X		Bolívar				X			X	1			X									X
133	T-510	2003			X		X		Nariño			X			X		1		X						X		X		
134	T-554	2003			X			X	Boyacá				X			X	1			X		X						X	
135	T-189	2003	X			X			Bogotá			X							X						X			X	
136	T-1019	2003		X				X	Pereira					X	X	1		X			X								X
137	T-1051	2003		X				X	Boyacá					X	X		1			X				X					X
138	T-1078	2003	X					X	Bogotá			X			X		1		X			X							X
139	T-087	2004			X		X		Neiva				X		X	1	X				X						X		
140	T-543	2004			X	X			Medellín			X	X		X	X	4		X						X		X		
141	T-531	1992			X		X		Medellín				X		X						X							X	
142	T-571	1992		X				X	Caldas			X			X	1			X				X						X
143	T-411	1994		X		X			Cauca			X			X	1			X			X							X
144	T-068	1994		X		X			Medellín			X			X	1			X		X								X
145	T-217	1994			X		X		Fusagasugá			X			X	1	X								X		X		
146	T-283	1994			X		X		Santander			X			X	1	X								X		X		
147	T-278	1994			X		X		Bogotá					X	X	1	X					X					X		
148	T-408	1995	X			X			Santa Marta					X	X	1		X							X				X
149	T-474	1996		X			X		Bogotá					X	X	1			X						X				X
150	T-182	1996			X	X			Bogotá			X	X		X	2	X					X							X

## Anexo A

## Fallos de la Corte Constitucional colombiana relativos al Principio del Interés Superior del Niño 1991-2017

## Muestra objeto del análisis cualitativo y cuantitativo de la investigación

Variable			Custodia			Daño			Departamento			Edad			Sexo			Derecho			Criterio de la Corte Constitucional					Demandado			
No	Sentencia	Año	Padre	Madre	Otro	Maltrato	Abandono	Abuso sexual	Otro	Cundinamarca	Antioquia	0-6	6-11	12+	M	F	No.	A tener una familia	Cuidado y Amor	Salud/Educación	Protección integral	Ejercicio de los derechos	Protección frente riesgos	Equilibrio de derechos	Evitar cambios desfavorables	ICBF	Tribunal	Particular	
151	T-587	1998			X	X			Bogotá					X		X	1	X					X				X		
152	Su-225	1998		X		X			Bogotá					X	X	X	2			X				X					X
153	T-514	1998		X			X		Pereira				X		X		1			X	X								X
154	T-556	1998		X		X			Antioquia		X				X		1			X					X				X
155	T-591	1999		X		X			Antioquia		X					X	1			X				X					X
156	T-715	1999		X		X			Bogotá		X					X	1			X	X								X
157	T-886	1999		X		X			Bolívar		X				X		1			X		X							X
158	T-049	1999			X		X		Buga		X					X	1	X						X		X			
159	T-182	1999	X				X		Tunja					X		X	2		X				X					X	
160	T-412	2000	X			X			Pereira		X				X		1		X					X				X	
161	T-1400	2000	X			X			Santander		X				X		1	X			X					X			
162	T-1480	2000		X		X			Medellín		X					X	1			X		X							X
163	C-1046	2000			X	X			Bogotá		X				X				X		X								X
164	C-814	2001			X		X		Bogotá			X			X	1			X				X						X
165	C-157	2002			X	X			Bogotá		X				X		1	X						X					X
166	C-653	2003	X					X	Bogotá			X				X	1		X			X							X
167	C-273	2003		X			X		Bogotá		X				X		1	X			X								X
168	A-147	2003	X			X			Bogotá			X				X	1		X					X				X	
169	C-997	2004			X	X			Bogotá		X				X		1	X			X							X	
170	C-796	2004			X				Bogotá			X			X		1	X				X				X			
171	C-247	2004			X		X		Bogotá				X		X		1		X				X						X
172	C-505	2004		X		X			Bogotá		X				X		1	X				X						X	
173	C-507	2004	X				X		Bogotá			X				X	1	X			X								X
174	C-203	2005			X	X			Bogotá				X	X			1		X					X					X
175	C-716	2006	X				X		Bogotá		X					X	1	X							X				X

## Anexo A

## Fallos de la Corte Constitucional colombiana relativos al Principio del Interés Superior del Niño 1991-2017

## Muestra objeto del análisis cualitativo y cuantitativo de la investigación

Variable			Custodia			Daño			Departamento			Edad			Sexo			Derecho			Criterio de la Corte Constitucional					Demandado			
No	Sentencia	Año	Padre	Madre	Otro	Maltrato	Abandono	Abuso sexual	Otro	Cundinamarca	Antioquia	0-6	6-11	12+	M	F	No.	A tener una familia	Cuidado y Amor	Salud/Educación	Protección integral	Ejercicio de los derechos	Protección frente riesgos	Equilibrio de derechos	Evitar cambios desfavorables	ICBF	Tribunal	Particular	
176	C-145	2007			X	X			Bogotá					X		X	1		X		X								X
177	C-256	2008			X		X		Bogotá			X			X		1	X				X							X
178	C-061	2008			X	X			Bogotá					X		X	1			X			X						X
179	C-804	2009		X				X	Bogotá			X			X		1		X					X					X
180	C-174	2009	X			X			Bogotá			X			X		1	X				X							X
181	C-684	2009			X		X		Bogotá				X			X	1		X		X								X
182	C-740	2008	X			X			Bogotá			X			X			X			X					X			
183	C-228	2008		X			X		Bogotá				X			X	1		X			X						X	
184	C-240	2009			X			X	Bogotá					X	X		1			X			X						X
185	C-442	2009		X			X		Bogotá					X	X		1		X						X	X			
186	C-853	2009	X			X			Bogotá			X				X	1	X			X							X	
187	C-107	2004		X		X			Bogotá				X		X		1			X					X				
188	C-149	2009	X				X		Bogotá					X		X	1	X				X							X
189	C-113	2017			X			X	Bogotá				X		X		1		X			X				X			
190	T-234	2017		X		X			Cesar			X	X	X	X	X	5	X						X				X	
191	T-177	2017			X		X		Guaviare			X				X	1			X		X						X	
192	T-154	2017			X	X			Valle				X				1		X					X				X	
193	T-105	2017		X		X			Meta				X		X		1		X			X							X
194	T-116	2017		X				X	Villavicencio				X			X	1			X		X						X	
195	T-024	2017			X	X			Cali					X		X	1			X				X				X	
196	T-240	2017		X		X			Antioquia					X		X	1	X			X								X
197	T-447	1995			X		X		Antioquia					X	X		1			X				X				X	
198	T-714	2016			X	X			Meta			X				X	1	X					X					X	

