



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA
2011

T E M A S

SOCIO - JURÍDICOS

FACULTAD DE DERECHO
CENTRO DE INVESTIGACIONES
SOCIO - JURÍDICAS

ALBERTO MONTOYA PUYANA
Rector

GILBERTO RAMÍREZ VALBUENA
Vicerrector Administrativo

EULALIA GARCÍA BELTRÁN
Vicerrectora Académica

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas

LAUREANO GÓMEZ SERRANO
Director - Editor

Facultad de Derecho

JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ
Decano

PABLO ANDRÉS DELGADO PEÑA
Coordinador de Facultad

Directores de Área

ANTONIO BOHÓRQUEZ ORDUZ
Área Profesional

LAUREANO GÓMEZ SERRANO
Área Científica

RODOLFO MANTILLA JÁCOME
Área Penal

Directores de Línea

LUIS FRANCISCO CASAS FARFÁN
Derecho Penal

JORGE ENRIQUE PRADILLA ARDILA
Derecho Privado

ÁIDA FERNÁNDEZ DE LOS CAMPOS
Derecho Público

IVÁN SANTOS BALLESTEROS
Derecho Procesal

CARLOS GUSTAVO GARCÍA MÉNDEZ
Derecho Laboral(e)

CARLOS ANDRÉS GONZÁLEZ LEÓN
Derecho Económico

Temas Socio - Jurídicos (Facultad de Derecho)	Bucaramanga Colombia	Vol. 2	No. 60	Agosto 2011	ISSN 0120-8578
--	-------------------------	--------	-----------	----------------	----------------

Comité Editorial

Laureano Gómez Serrano
José Escribano Úbeda-Portugués
Rocío Zafra Espinosa De Los Monteros
Jorge Eduardo Lamo Gómez
Jorge Antonio Castillo Rugeles
Aída Fernández de los Campos
Mónica Cortés Falla

Comité Literario

Heriberto Sánchez Bayona
Carlos Andrés González León
Mario Guevara Mendoza

Portada:

Beatriz Gómez de Acevedo
"De la serie Atmósferas"
Foto Saúl Meza

Editada por:

Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas
Periodicidad Semestral
Depósito Legal Verificado
Tiraje: 1000 Ejemplares
Formato 17 x 22 cms

Diseño y Diagramación

Ideas Comunicación

Calle 48 N. 39-234 - Conmutador 6436111 - 6436261
Apartado Aéreo 1642 - Bucaramanga - Colombia, Sur América.

LAS OPINIONES CONTENIDAS EN LOS ARTÍCULOS DE ESTA REVISTA, NO VINCULAN A LA INSTITUCIÓN, SINO QUE SON DE EXCLUSIVA RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES, DENTRO DE LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS DE LA CÁTEDRA LIBRE Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 3º DEL ESTATUTO GENERAL DE LA CORPORACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA - UNAB

El material de esta publicación puede ser reproducido sin autorización, siempre que se mencione su procedencia y el Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la UNAB, reciba un ejemplar de la publicación.

Distribución gratuita para los estudiantes de la Facultad de Derecho de la UNAB.

INDICACIONES A LOS AUTORES

La Revista Temas Socio Jurídicos es una publicación seriada del Centro de Investigaciones Socio Jurídicas, dependencia adscrita a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, que se dirige principalmente a Abogados, profesionales de las ciencias sociales y humanas, a estudiantes de derecho y de ciencias sociales y humanas.

Los siguientes tipos de artículos podrán ser incluidos en su contenido:

1) Artículo de investigación científica y tecnológica. Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.

2) Artículo de reflexión. Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.

3) Artículo de revisión. Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

4) Artículo corto. Documento breve que presenta resultados originales preliminares o parciales de una investigación científica o tecnológica, que por lo general requieren de una pronta difusión.

5) Reporte de caso. Documento que presenta los resultados de un estudio sobre una situación particular con el fin de dar a conocer las experiencias técnicas y metodológicas consideradas en un caso específico. Incluye una revisión sistemática comentada de la literatura sobre casos análogos.

6) Revisión de tema. Documento resultado de la revisión crítica de la literatura sobre un tema en particular.

Los trabajos deben ser inéditos y sometidos a consideración del Comité de TEMAS SOCIO JURIDICOS, se exceptúa la reproducción, con permiso del autor o editor de artículos de especial interés. Cuando el artículo haya tenido una publicación previa, el autor o autores deben informar al remitir el artículo a publicar. Las ideas expuestas en el artículo remitido son de exclusiva responsabilidad de los autores.

El trabajo debe enviarse en original y una copia en papel tamaño carta por un solo lado dejando márgenes de 25 mm. Cada copia debe incluir todas las tablas y figuras. Si es posible, el trabajo puede enviarse en disquete digitado en procesador de

palabras debidamente identificado. El remitente debe conservar copia de todo el material que envíe. El trabajo debe venir acompañado de una carta del autor principal en el que se exprese que ha sido leído y aprobado por todos los autores. En la carta se consignan también el nombre y dirección del autor responsable de la correspondencia relacionado con el artículo. Los artículos deben dirigirse a:

RESUMEN DE REQUERIMIENTOS TÉCNICOS

- Todo artículo debe prepararse a doble espacio.
- Cada sección debe iniciarse en una nueva página.
- La presentación del artículo debe seguir el orden siguiente: Título, resumen, palabras clave, agradecimientos, resumen en inglés y bibliografía. Las tablas deben venir cada una por separado, con su respectiva leyenda y numeración arábica.
- Las ilustraciones, gráficos y esquemas se denominan FIGURAS, se enumeran según el orden de aparición y sus leyendas se describen en hoja separada.
- Si incluyen ilustraciones propias de otras publicaciones se debe incluir el respectivo permiso para usarlas.

PÁGINA TITULAR

La página titular debe contener.

- a) El título del artículo, el cual debe ser conciso e informativo.
- b) El nombre de cada autor y su mayor título académico.
- c) La institución a la cual pertenecen los autores.
- d) Reconocimiento a la Institución que haya patrocinado económicamente la investigación.
- e) La dirección a la cual se pueden solicitar los reimpresos del artículo.

RESUMEN Y PALABRAS CLAVE

La segunda página debe contener el resumen de no más de 200 palabras. El resumen debe enunciar los propósitos del estudio o investigación, procedimientos básicos, principales hallazgos y las principales conclusiones. Debe enfatizar los aspectos innovadores, producto del estudio o investigación. Seguida a esta sección los autores deben suministrar 3 a 10 palabras clave ó frases cortas, que servirán de guía para realizar índices y referencias cruzadas de artículos.

AGRADECIMIENTOS

Las personas que colaboraron intelectualmente en el artículo pero cuya participación no justifica la autoría pueden ser citadas por su nombre, añadiendo su función o tipo de colaboración; por ejemplo, "recolección de los datos", "apoyo financiero y material, especificando la índole del mismo", etc. Estas personas tendrán que conceder su permiso para ser nombradas. Los autores se responsabilizarán de obtener la autorización por escrito de las personas mencionadas por su nombre en los agradecimientos. El reconocimiento por la ayuda técnica recibida figurará en un párrafo separado.

TEMAS SOCIO JURÍDICOS

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS

Universidad Autónoma de Bucaramanga

Calle 48 No 39-234 Bucaramanga, Colombia

E-mail: temassj@bumanga.unab.edu.co

Tabla de Contenido

Editorial	9
Reseña portada	11
In memoriam	13
Algunas perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI Edgardo Villamil Portilla	43
Perspectiva constitucional de los derechos de la niñez y la adolescencia Jose Mauricio Marin Mora	69
Inconstitucionalidad del artículo 9 de la ley 1395 de 2010 Antonio Bohórquez Ordúz	103
Sobre el conflicto entre decretos reglamentarios del gobierno nacional y normas locales en materia de normas urbanísticas Paulo Javier Ochoa Silva	125
Determinación de la paternidad: su evolución desde la biología Norma C. Serrano Díaz	125
Avances en psicología familiar Patricia Díaz Gordon	125

Psicología jurídica engaño de disfunción cognitiva

Isabel Cristina Puerta

139

El gusano en la manzana. Un caso de filiación visto a la luz de los *critical legal studies*

Jefferson Contreras Serrano

Carlos Arturo Duarte Martínez

149

Editorial

L

El Centro de Investigaciones Socio-jurídicas se complace en presentar la edición número sesenta (60) de la revista TEMAS SOCIO-JURÍDICOS, con la cual se alcanzan tres (3) décadas de divulgación de la producción académica de los investigadores y profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Registra la revista la normalización institucional que se había presentado en el país, con el enfrentamiento de las tres (3) ramas de poder público, que ahora, al parecer se encaminan en la de dar pleno cumplimiento al mandato constitucional de la “colaboración armónica” de los poderes públicos.

Igualmente, se denota la intención del estado Colombiano de iniciar la senda del restablecimiento de los derechos de las víctimas del conflicto armado, dando aplicación a los estándares universales de protección a la población civil y la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario, que se expresa con la expedición de la Ley 1448 de 2011.

En la presente edición se publican los siguientes trabajos:

Artículos de reflexión:

Proseguimos con la divulgación de las ponencias elaboradas por los docentes de la Maestría en Derecho de Familia, dentro de las cuales se destacan, el trabajo del profesor Edgardo Villamil Portilla denominado “*Algunas perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI*” y la del profesor José Mauricio Marín Mora “*Perspectiva constitucional de los derechos de la niñez y la adolescencia*”, que corresponde al área jurídica del referido programa académico.

Del área psicológica del programa de Maestría, se presentan las ponencias de las profesoras Patricia Díaz Gordon “*Avances en psicología familiar*”, y de Isabel Cristina Puerta “*Psicología jurídica. Engaño de disfunción cognitiva*”, y del área de aspecto probatorios, la ponencia de la profesora Norma Cecilia Serrano Díaz denominada “*Determinación de la paternidad: su evolución desde la biología*”.

Revisión de tema

El profesor Antonio Bohórquez Ordúz, presenta un trabajo sobre la *"Inconstitucionalidad del artículo 9 de la Ley 1395 de 2010"*, y el abogado Paulo Javier Ochoa Silva un artículo *"Sobre el conflicto entre decretos reglamentarios del gobierno nacional y normas locales en materia de normas urbanísticas."*

Los estudiantes Jefferson Contreras Serrano y Carlos Arturo Duarte Martínez, del Semillero de Investigación "Hermes", presentan "EL GUSANO EN LAMANZANA. Un caso de filiación visto a la luz de los *Critical Legal Studies*"; escrito que ha obtenido una MENCIÓN ESPECIAL en el Concurso de Investigación Formativa "OCTAVIO ARIZMENDI POSADA" (Ensayo Jurídico) 9a Versión 2010-2011, organizado por la Universidad de La Sabana.

Bucaramanga, junio 15 de 2011.

LAUREANO GÓMEZ SERRANO
DIRECTOR

Reseña Portada

Enrique Reyes

“Yo con mis boreales
Y con caricia austral
Inventamos patria
Patria es humanidad”
Mario Benedetti

Obra presentada por el autor en la exposición Mujeres Libertarias, del proyecto Bicentenario, que se realizó en el Instituto Municipal de Cultura de la ciudad de Bucaramanga en el año 2010.

In Memoriam

Laureano Gómez Serrano

E

l Dr. LAUREANO GOMEZ SERRANO dirigió con especial acierto la revista TEMAS SOCIOJURÍDICOS de la Facultad de Derecho de la UNAB, durante cerca de cinco lustros de publicación semestral continua, luego de haber sido fundada por nuestro también docente Dr. Adalberto Flórez Romero a cuya dedicación se deben sus primeros números.

De una revista de unas pocas hojas, se transformó bajo su dirección en una notable fuente de difusión del pensamiento jurídico, que él concebía como órgano de expresión abierto a los docentes y estudiantes de la Facultad de Derecho, de manera prioritaria, pero sin que ello fuese óbice para recibir en sus páginas escritos de otros estudiosos.

Ha coincidido la entrega de la Revista Número 60 con la infausta partida del Dr. Gómez Serrano, y así este acto aparezca contrario a su manera de pensar y vivir la vida académica, quienes fuimos sus alumnos en la UNAB (término que creemos se aplica no sólo al estamento estudiantil sino a todos los que en el diario vivir de la Universidad interactuamos con él) no podemos menos que, como acto de elemental gratitud, reseñar ante el hecho ineluctable de su muerte, su condición de jurista.

El Dr. Laureano muchas veces escribió en sus páginas disertos textos que han estado abiertos (como a él le gustaba) a la controversia argumental ajena de todo preconcepción o afán dogmatizante, ya que si algo le caracterizó fue precisamente su a-dogmatismo en los temas socio-jurídicos, por cuanto las reglas que regulan una sociedad concreta siempre las concibió y entendió como dinámicas y flexibles, con un propósito regulatorio ajeno a todo avasallamiento del poder, y dentro de unas normas propias de cada estructura política en particular, en donde los principios del sistema deben estar presentes en el sentido que de las leyes formule el intérprete, desechando así las formas que pretenden reducir el entendimiento de las leyes al simple aforismo latino, hoy, por fortuna, desueto, de "*dura lex sed lex*".

La Universidad Autónoma de Bucaramanga en su Facultad de Derecho y gracias al influjo del Dr. GÓMEZ SERRANO, quien la ideó y construyó a lo largo de muchos años de dedicación docente, ha logrado crear una

impronta que distingue a sus egresados, y que no es otra que una seria y ponderada metodología para desentrañar y solucionar los asuntos propios de la ciencia del derecho a partir del establecimiento del problema jurídico, las fuentes de derecho aplicables y – lo que resulta de mayor trascendencia- los criterios que existen alrededor de ellas, que necesariamente llevan al análisis estructural de la jurisprudencia para definir su urdimbre argumental y los nexos con las razones filosóficas de cada pronunciamiento judicial o doctrinal, que a su vez nos llevan a establecer el origen de la corriente del pensamiento conceptual de quien o quienes fueron sus autores.

Esta herencia de LAUREANO, no me cabe duda, será recogida por las personas a quienes él formó con el celo propio del educador y están llamadas no solamente a mantenerlas sino a moldearlas de acuerdo con los avances sociales y reconocimientos del Derecho, para que continúen siendo eje de la enseñanza de nuestra facultad, dentro del espíritu de libertad, tolerancia y respeto propios de la misión y visión de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

También fue su gran pasión de jurista todo cuanto concierne con el tema hermenéutico que abordó en diferentes escritos y en su quehacer docente. “Este es el único conocimiento que no nos podrán derogar por decreto”, pregonaba sin cesar, y toda su experiencia, la profundidad de sus lecturas y lucubraciones las volcó y reflejó en la investigación para su tesis doctoral (“Hermenéutica Jurídica. La interpretación a la luz de la Constitución”), texto escrito sin engolamientos y dirigido a los estudiosos de estos asuntos, en el que partió del supuesto de la Revolución Francesa, según el cual en la Constitución que dio lugar al nuevo régimen, se construyó *“una estructura política y jurídica institucionalizada a través del texto constitucional, procurando un dispositivo de guarda y de control, que no se limitaba a los juramentos de fidelidad que los gobernantes y los ciudadanos deben prestarle”*, dando especial énfasis al respeto de los derechos ciudadanos considerados como inalienables.

Y nos recordó que *“establecida la supremacía de la Constitución, su carácter de norma fundamental, su facultad de configuración del poder , los límites de su ejercicio, las garantías y los derechos de los ciudadanos, su aplicabilidad inmediata y directa, era necesario implantar el poder del Juez Constitucional para que como legislador negativo expulse las leyes que contravienen la norma fundamental, vincular a la tutela de la carta fundamental a todo el aparato jurisdiccional, así como a todas las autoridades y a los mismos ciudadanos, e igualmente ligar al intérprete del ordenamiento jurídico a las reglas y principios que se derivan de ella”*.

Esto es, la interpretación del sistema de leyes solo es posible hacerla de manera correcta teniendo en cuenta los valores y principios de la Carta que es un orden de valores que trasciende las simples reglas de un ordenamiento.

Fue el Dr. Laureano acucioso con sus alumnos al instarlos a descubrir por sí mismos el sentido de las leyes, a “soltar amarras” intelectuales, pensar y descubrir por sí mismos verdades dentro de lo relativo que ellas deben comportar , no ser simples operadores jurídicos, lo que entendió que sólo era posible *“a partir del diálogo*

trascendental sobre el lenguaje, en el que Sócrates indica claramente que la naturaleza de los seres debe descubrirse en ellos mismos” y que la “la hermenéutica jurídica, de manera particular, asume la tarea de concretar la ley para su correcta aplicación, extrayendo del texto jurídico el sentido, la intención del legislador, mediante el uso de un riguroso raciocinio.”

No es, no puede ser, propósito de este escrito profundizar sobre las tesis del maestro fallecido, que dan un invaluable soporte conceptual a la actividad de los Jueces, recordándonos que el Juez al aplicar una norma a un caso concreto, la interpreta y la valida dentro del ordenamiento, por lo que *“la doctrina y la práctica jurídica modernas han puesto de presente cómo la decisión judicial trasciende la simple operación silogística, que en su momento pretendieron estatuir los cultores del método exegético”, haciendo énfasis en que “el núcleo de la decisión judicial lo constituye la discusión sobre las premisas por utilizar, y no la subsunción, y en la fase de exposición la justificación de las premisas empleadas, para precisar que el proceso argumentativo es posterior al proceso de decisión, ya que en la práctica cotidiana los jueces “primero deciden y luego argumentan(...).”*

Quisiera finalizar estas cortas frases de admiración y de reconocimiento señalando que nadie como el Dr. Gómez Serrano entendió y difundió la máxima según la cual *“ninguna definición del derecho es el derecho”,* que este depende de los procesos de interpretación que de sus partes u ordenamientos se hagan, siendo dable recordar los versos de Borges en El Golem, en una de cuyas estrofas expresó:

*“ Si (como el griego afirma en el Cratilo)
el nombre es arquetipo de la cosa,
en las letras de rosa está la rosa
y todo el Nilo en la palabra Nilo.”*

Esta revista seguirá su curso. Serán otros, quienes llamados a su dirección, ellos traerán nuevas visiones e ideas. Pero, de lo que está segura la Universidad, es de que quienes están destinados a su continuidad serán los estudiantes que no podrán desprenderse del legado formativo dejado por Laureano, quien buscaba dentro de sus respetables posturas filosóficas, la quimera de un mejor futuro del país, que consideraba posible con la apertura de conciencia de las nuevas generaciones que deben orientarse por un criterio vivo del derecho, ausente de cualquier forma estática o aherrojada a preconceptos de dominación.

Resulta deseable que continúen siendo su criterio orientador las aseveraciones formuladas por el Dr. Laureano con referencia al ser del sistema jurídico colombiano (“El Control Constitucional en Colombia” – Evolución Histórica), de acuerdo con las cuales:

“No es por falta de instrumentos jurídicos políticos que los derechos fundamentales se ven gravemente lesionados en nuestra realidad, sino por la acción corrosiva de fuerzas subterráneas, que proclamando la libertad y la democracia anegan la nación con el sangriento resultado de sus acciones, en un país cuya Constitución proclama el derecho a la vida como inviolable, pero que es inerte para garantizarlo”, identificando esas fuerzas subterráneas que, dentro del nuevo régimen a partir de la Carta Constitucional de 1991, los definió como *“Los viejos gamonales, ahora sin*

distingos partidarios, diseminados en empresas electorales privadas, (quienes dentro del nuevo régimen de la Carta de 1991) volvieron a hacerse reelegir por sus caudas electorales; el clientelismo y la corrupción reaparecieron vitalizados por el dinero del narcotráfico, y los gremios económicos prosiguieron en sus aventuras depredatorias reforzados por los inversionistas internacionales, mientras la confrontación armada se agudiza lubricada por los dineros de la droga”.

JORGE EDUARDO LAMO GÓMEZ

Decano Facultad de Derecho UNAB

Bucaramanga, 25 de julio de 2011.

Algunas perspectivas
del Derecho de Familia
en el siglo XXI

Edgardo Villamil Portilla

ALGUNAS PERSPECTIVAS DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL SIGLO XXI

AUTOR: Edgardo Villamil Portilla
FECHA DE RECEPCIÓN: Septiembre 14 de 2010
DIRECCIÓN: edgardo.villamilportilla@gmail.com

RESUMEN: La presente investigación ha sido presentada y expuesta en el programa de MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA, de la FACULTAD DE DERECHO de la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA, los días 18 y 19 de diciembre de 2009.

PALABRAS CLAVE: Familia, Estado, Constitución Política, Derechos Humanos, Género.

ABSTRAC: The present paper is a product of the research presented and exposed on the FAMILY LAW MAGISTER PROGRAM, from UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA LAW SCHOOL, the 18 and 19 december, 2009.

KEYWORDS: Family, Government, Constitution, Human Rights, Gender.

Algunas perspectivas del Derecho de Familia en el siglo XXI

Edgardo Villamil Portilla*

El presente trabajo intenta poner, en una perspectiva algo diferente algunos temas del derecho de familia, en especial un asomo a temas de género, globalización, derecho de la discapacidad, restitución internacional de menores. Como advertencia queda sentado que es la suma de partes de un programa más general.

BREVE RESEÑA DEL TRATAMIENTO DEL TEMA DE GÉNERO EN EL ESPACIO JUDICIAL Y EN LA DOCTRINA; ALGUNOS ANTECEDENTES.

Una primera mirada al tema sugiere una íntima conexión entre la evolución vernácula del derecho de familia y lo que acontece fuera de las fronteras. A manera de hipótesis puede afirmarse que la evolución legal y constitucional del derecho de familia en Colombia, es la resonancia de un proceso global cuyo influjo es inexorable. La pretensión de universalidad de los derechos humanos es defendida cada vez con mayor ahínco y esa propagación no se detendrá porque fluye a través de las avenidas de la información. Este es el escenario más propicio para que el derecho de familia rompa esos moldes parroquiales que en el siglo pasado lo confinaron a un espacio crematístico, que tenía como su tarea más urgente resolver acerca de los despojos resultantes de la quiebra del matrimonio, o de cómo estabilizar y arbitrar la codicia de los herederos.

La internacionalización del derecho de familia, al lado de la universalización de los derechos humanos, se expresa en la creación de instrumentos jurídicos multilaterales, de instituciones y organismos, de acciones complementarias, pero fundamentalmente de una especie de conciencia universal sobre la necesidad de protección a la familia. No corresponde en un escenario tan especializado como éste, hacer el inventario de los instrumentos jurídicos que se han suscrito, porque invade el temor de que en este mismo momento, antes de acabar la enumeración algunos compromisarios estén suscribiendo alguna otra convención que venga a servir de decorado a un escenario que nunca estará saturado, pero que padece de

* Abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia. Especializado en Derecho Penal, Derecho Laboral y Seguridad Social de la misma Universidad. Estudios completos en Maestría en Derecho, y en Economía de la Universidad Nacional. Magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y ex - Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

los mismos males del derecho internacional: la falta de instrumentos coercitivos que hagan eficaces los estándares mínimos sobre los cuales se ponen de acuerdo los estados signatarios de los tratados y convenciones.

Un debate global

El debate por los valores en la familia es mundial, tanto que proliferan tratados, convenciones y toda serie de instrumentos bilaterales y multilaterales, se consagran así mismo mandatos, prohibiciones y sanciones enderezadas a mejorar la situación del individuo en la familia y de la familia como sujeto. Además de que los estados asumen compromisos, lo mas valioso quizás es que se ha creado una enorme masa de conciencia de la solidaridad de la humanidad entera en torno a la familia, ese, aunque puede ser el mejor síntoma de lo que se ha hecho, no puede dejarnos sin tareas urgentes, pues entre la consagración formal de los derechos y compromisos, y su realización práctica y efectiva hay una brecha considerable.

Si el ser humano es el eje central de esta civilización, la familia es el primer espacio propiamente cultural en que el individuo realizará el contacto con los valores que identifican el *ethos* colectivo. En la familia se aprenden las claves y los códigos para descifrar lo social, el concepto “relación” se llena de contenido en la práctica cotidiana del niño, la noción que este tendrá del “otro”, la alteridad, será construida a partir de la vivencia prístina; el plano instintivo tan próximo a la animalidad encausa su fuerza primitiva según la dimensión familiar de los comportamientos aprendidos, el ajuste de la tensión entre naturaleza y cultura, entre lo que está gravado filogenéticamente y lo que es asumido por imitación, tiene en la familia su primer espacio; el uso de las señales y el mapa de la comunicación humana se descubren igualmente en el seno familiar; el hallazgo del otro y en general la conciencia de sí, son una temprana experiencia que marca definitivamente al niño y al hombre, que construirá el sentido en sus relaciones con los demás y la sociedad entera, según las estructuras simbólicas adquiridas en la edad primera. Esa es la verdadera importancia de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Siguiendo el rastro a otro de los avances más importantes en la internacionalización de la defensa de la familia, aparece la construcción de micro lenguajes universales y estructuras simbólicas que cumplen los fines tradicionales de comunicación, pero que tienen otros efectos. Nuevos lenguajes y sintagmas prestan su servicio como instrumentos para agilizar la comunicación en la investigación, en la academia, en la jurisdicción, por supuesto entre las autoridades encargadas de formular y ejecutar las políticas. Se trata de una especie de enciclopedia de tecnolectos que condensan y decantan contenidos muy precisos acerca de la definición de los fenómenos asociados al campo de la familia.

La construcción de lenguajes propios, producto de la reflexión acerca de la protección a la familia, permite hacer convenciones no formales y acuerdos de uso de esos lenguajes, los que sirven a la manera de operadores deónticos que prestan su concurso para denunciar abusos y conductas dignas de reproche. El uso de vocablos específicos que operan como instrumentos de reproche ético, permite la

sanción social, tan fuerte o más que la sanción jurídica. Unos cuantos candidatos podrían ilustrar el anterior planteamiento. Palabras como abandono, abuso, acoso, maltrato, vulnerabilidad; y las categorías específicas como desplazamiento forzado, niños en el conflicto, niño trabajador, niño abandonado, niño desplazado, niño refugiado, mujer cabeza de familia, vulnerabilidad permiten la identificación pronta de sujetos en situaciones que convoquen una alerta temprana, y justifiquen la injerencia del Estado y el movimiento de la preocupación solidaria de las comunidades, ya se expresen como sociedad civil o como un núcleo más reducido.

El plano económico

No obstante, la mundialización de las tendencias acerca de los derechos, las categorías universales de los derechos humanos, del DIH y la multiplicación de los instrumentos internacionales de protección del ser humano, ellas no suceden en un escenario neutral, pues de modo simultáneo se producen cambios vertiginosos en formas y estructuras sociales. Somos testigos inconscientes de transformaciones fundamentales en la manera de interacción de los grandes grupos de culturas, intereses, naciones, etnias y personas que transitan la historia cabalgando en el vórtice de las convulsiones creadas por la muerte y renacer de las ideologías. Así como las comunicaciones reducen dramáticamente el tamaño del mundo y acercan a los hombres y las culturas, esas mismas comunicaciones reproducen exponencialmente la autoconsciencia del hombre sobre el despojo, la marginalidad y el sufrimiento. Nunca antes la humanidad conoció el avance portentoso de la ciencia y del progreso material, tampoco conoció en ninguna época tanto dolor, tanta miseria, tanta destrucción y tanto sufrimiento. Y lo que es peor, jamás tuvo la humanidad tal plenitud de conciencia sobre su propio pathos social.

La velocidad y disponibilidad del conocimiento sobre el mundo y nuestra propia suerte, incrementa exponencialmente la angustia y la frustración. Así como se producen cambios universales de concepción acerca de los derechos humanos, de la situación de las poblaciones y sujetos vulnerables, también sobrevienen inexorablemente las políticas de adelgazamiento del tamaño del Estado y su entrega al mercado. Aunque el mundo es más pequeño, el Estado, las fronteras y las soberanías son un estorbo anacrónico para la expansión del capital, este erigido en la única filosofía que subsiste. En un mundo virtual sin fronteras, en que la fuerza del capital globalizado derrumba soberanías y nacionalidades, el único refugio que queda es lo puramente local, lo comunitario, en la familia, lo doméstico, un *ethos* cotidiano erigido sobre la solidaridad. Paradójicamente, es tal la fuerza avasalladora de la globalización, que la defensa del Estado se ha convertido en la tarea más urgente de las izquierdas que antes pregonaban su destrucción y que ahora reclaman un Estado fuerte que defienda al individuo de los macrosujetos económicos que se sobreponen al mismo Estado. La política que traza la dictadura de lo económico hacen que el Estado no deba competir con los particulares en la captación de recursos que son necesarios para el desarrollo, requiere, por tanto, abandonar todo aquello que los particulares hacen mejor que él: la salud, la educación, los servicios públicos son entonces asuntos que deben resolver las frías fuerzas del mercado. En suma, un Estado débil, casi inexistente, reducido a unas

cuantas superintendencias y oficinas de control, no está en capacidad de materializar todo el discurso teórico y las consignas acerca de los derechos de los niños, del adulto mayor o de la mujer cabeza de familia, a menos que se haga de la tarea de defensa de la familia una verdadera meta que se convierta en el eje central de la política.

Hay en el horizonte señales visibles de esa disfunción entre la consagración formal de los derechos y la posibilidad de llevarlos a la realidad. Las restricciones presupuestales sacrifican las instituciones dedicadas a la protección de la familia. El gobierno Nacional trata de deshacerse de sus responsabilidades y trasladarlas al nivel local. A manera de ejemplo, lejos de fortalecer la jurisdicción de familia, todo indica que ella va languideciendo, lo que es más triste, con su propio concurso. En tema de tanta trascendencia como la violencia intrafamiliar las sucesivas leyes que se han dictado, 294 de 1996 y 575 de 2000 pretenden el traslado de lo judicial hacia las comisarías de Familia que son entidades que se financian con recursos locales.

Ese divorcio entre la dictadura de lo económico y la consagración apenas formal de los derechos, genera la sensación de que hoy tienen más anclaje en la conciencia ciudadana abstracciones sobre “el libre desarrollo de la personalidad”, que la urgencia alimentaria asociada al hambre, la desnutrición y la marginalidad.

La disociación entre las arquitecturas legales y la realidad económica muestra, por ejemplo, el fracaso de la criminalización de la inasistencia alimentaria y la prohibición del trabajo infantil. El verdadero nervio del problema está en el desempleo, en la carencia de ingreso, en la falta de desarrollo, variables todas asociadas también a un mundo globalizado, y en lo interior a la muerte de “la política”. La corrupción y el conflicto conspiran decididamente.

La Constitución de 1991

En esa idea de que el derecho de familia es algo más que lo puramente económico, la Constitución de 1991 consagró que cualquier forma de violencia es destructiva de la familia. En un primer momento del desarrollo constitucional se consideró que existía el derecho fundamental a la paz en la familia. Los jueces primero, luego las Cortes, empezaron a intervenir mediante acción de tutela para introducir correctivos a las expresiones de violencia en la familia. Esa intervención era la más lúcida concepción de la indefensión de la familia; no obstante, la presencia del juez permitía desvelar las estructuras autoritarias gobernadas por la dictadura de lo económico o por la capacidad de daño o intimidación asociada a la fuerza. No se puede desconocer que la irrupción del juez en el espacio de la familia para tratar la violencia mediante la acción de tutela tenía un efecto simbólico de enorme magnitud, en atención a la fuerza cultural e ideológica que ha tomado el discurso de los derechos fundamentales y la comprensión social que ha ganado la labor del juez de tutela. Si se hubiera mantenido la acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la integridad personal, a la paz, a la no violencia en el hogar, hoy tendríamos un contingente de más de 3000 jueces disponibles para intervenir, y no de cualquier manera, sino amparados con la legitimidad que ha significado la acción de tutela para la función jurisdiccional.

Con profundo respeto para quienes ejercen hoy la competencia en materia de la prevención de la violencia intrafamiliar, y lo hacen desde luego con denodados esfuerzos, no debe perderse de vista la potencia y la eficacia simbólica de los instrumentos jurídicos. Cuando un funcionario público, por poderoso que sea, enfrenta al juez constitucional de tutela que emitirá un mandato o lo ha emitido, llámese medida de protección o cualquier otro, entenderá el destinatario que detrás de ese juez hay una estructura de poder, que compromete integralmente a la Jurisdicción, todo lo cual sirve de soporte a su decisión. También se emplaza detrás de la decisión, un enorme volumen de construcciones conceptuales que prestarán su concurso para justificar las sanciones. El funcionario, o el particular que ha caído en la violación de los derechos fundamentales enfrentaban toda la fuerza social, teórica y simbólica de la acción de tutela. No acontece lo mismo por la dispersión competencial de las Leyes 294 de 1996 y 575 de 2000, pues la competencia en materia de estos derechos, que siguen siendo fundamentales se dispersó y se fragmentó. Un tema de derechos por esencia fundamentales, por lo mismo reservado a los jueces por mandato de la Constitución, se confunde en la ambigüedad de si es de resorte del juez municipal, del comisario de familia, de los jueces de paz o de los conciliadores.

Queda entonces la angustiosa sensación de que en materia de protección a la familia contra toda forma de violencia, se produjo una fractura sensible, pues mientras se puso en la Constitución el principio que proscribe toda forma de violencia en el hogar, se perdió el norte porque el juez constitucional abandonó un territorio en que sin duda están comprometidos los derechos fundamentales de todos los integrantes de la familia.

Algunos antecedentes

El advenimiento de la Constitución de 1991 significó un cambio esencial del campo de acción de la judicatura, e implicó transformaciones radicales en los modelos de oferta de justicia y de servicios legales.

Para tratar de explicar el entorno legislativo existente al momento de la transformación constitucional, tomamos en cuenta apenas unos pocos antecedentes que podrían ser significativos para dar una idea de la dimensión del problema de la violencia en la familia. Sugerimos como hipótesis que esta generación presenció la existencia de la pena de muerte administrada por el marido, lo que da cabal idea de cuánto atraso social y cultural hay en materia de violencia en la familia, es decir, allí donde se aprenden tempranamente los códigos de lo social.

Nuestro sistema civil es legatario del derecho romano y el desprendimiento de esa herencia ha sido un proceso tortuoso y difícil; lamentablemente todo indica que las transformaciones han sido muy lentas, casi imperceptibles.

La religión. En el Génesis, la mujer es un desprendimiento o desgarramiento del hombre pues su creación se hace a partir de una costilla de Adán; ni siquiera se alude a una parte más noble de la anatomía humana como por ejemplo a un órgano par de difícil sustitución sino a una parte que podríamos llamar envilecida del cuerpo. En

contraste, en la Teogonía de Hesíodo, Atenea nace del cráneo de Zeus. La creación del primer hombre en el Génesis acude a la formación a partir del barro, sin que intervenga la maternidad a la que no se le quiere reconocer siquiera la función biológica trascendental. Sólo tardíamente la Iglesia Católica ha reconocido las teorías darwinianas de la evolución. La maldición del Paraíso impone a la mujer el parto con dolor a manera de castigo y al hombre, el trabajo. En el Éxodo 20:17 la mujer es una de las posesiones del hombre. Son frecuentes las mujeres estériles, Sara, Rebeca y los castigos a la infertilidad. En la tradición cristiana el icono es la Virgen María, ella representa pureza, abstinencia sexual, maternidad virtual, concepción espiritual puramente idealizada, además es la encarnación de la capacidad de sufrimiento, del dolor, del silencio, de la abnegación, de la sumisión; vale decir, en la imagen de la Virgen hay ante todo una relación de poder en la que la mujer valoriza en grado superlativo la afectación de su propia dignidad humana.

Antes de los mitos griegos. En contraste para el historiador de las religiones J. Bachofen la prístina organización social fue una ginecocracia o gobierno de las mujeres centrada en el culto de la diosa madre, basada en la sucesión matrilineal que se ubica entre los años 7.000 y 2.500 antes de Cristo. En la horda primitiva la promiscuidad sexual no permitía conocer al padre. La forma del poder ejercido por reinas sacerdotisas implicaba una comunidad de los bienes por el derecho natural, los símbolos más importantes eran la tierra y el agua. Se asociaban la fertilidad de la tierra y la fertilidad de la madre; del vientre de la tierra nace la subsistencia de la humanidad, los rituales sociales elaborados en que participaba toda la comunidad ayudaban al parto de la tierra. En los símbolos de la época dominaban las señales de la procreación, la vulva representada en recurrentes formas geométricas triangulares, el agua, la humedad, los vórtices, la exaltación de los senos como fuentes de alimento. En esa simbología lo cíclico, representado en las fases de la luna y en la renovación de la piel de las serpientes, implicaba alusión permanente a la maternidad como valor dominante. Del culto a la diosa madre subsisten como rezagos transformados las prácticas adoratrices a la diosa Isis en Egipto y la figura de la Virgen como una resistencia al abandono absoluto de 5.000 años de dominación matriarcal.

El eclipse del matriarcado vino de las invasiones de las tribus del este, basada en la cría caballar y en el gran desarrollo de las armas. Por allí llegaron la sucesión patrilínea, el derecho positivo, la monogamia, la propiedad privada y de la simbología terrígena se pasó a la iconografía terrestre.

Para **Rousseau** (1712 – 1778), la educación de la mujer debe estar encaminada a la formación de un ser como complemento para el placer, y para ser la segunda madre del hombre sólo debe saber lo que le conviene saber. La Inclusa es un hospicio u orfanato al cual van los hijos expósitos. Allí fueron a parar, apenas recién nacidos, los cinco hijos de Rousseau, lo cual constituye una aporía para una cumbre de la educación y la filosofía social.

Por su parte **Kant**, (1724 1804), “se ocupa a menudo del bello sexo, la expresión es suya, y hay que reconocer que lo hace a ratos con un tono elegante, que contrasta con la manera mucho más burda con que otros exponentes del idealismo alemán

enfrentan este mismo tema. Sin embargo, los resultados a los que llega Kant difieren solo en la forma y sustancialmente coinciden con las conclusiones de Hegel acerca de la inferioridad de la mujer en cuanto a capacidades intelectuales y morales, que justificaría su condición de subordinación y su destinación a la pasividad y a la obediencia. Con su tono aparentemente halagador, en una de sus más conocidas obras juveniles Kant pone en entredicho tanto la capacidad intelectual como la capacidad de la mujer para una auténtica autonomía moral. A su juicio, el atributo de la belleza, tan esencial para comprender la naturaleza del destino de la mujer se refleja en su inteligencia y en sus dotes morales: “el bello sexo tiene tanta inteligencia como el masculino; solo que se trata de una inteligencia bella, a diferencia de la nuestra que debe ser una inteligencia profunda o sublime” de ahí la escasa disposición de las mujeres a la meditación profunda, al examen prolongado y al ejercicio de las ciencias abstractas, demasiado pesados para una inteligencia espontánea y algo superficial. Todavía mas perjudicial para la dignidad de la mujer resulta su caracterización como un ser que actúa bajo el impulso de las sensaciones, de los sentimientos y de las valoraciones estéticas, mas que por una razón auténticamente moral: (...) las mujeres evitarán el mal no porque sea injusto sino porque sea repugnante; y a sus ojos son acciones virtuosas las que son moralmente bellas. Nada de deber, nada de constricción u obligación (...). Me parece difícil creer que el bello sexo sea capaz de principios (...). Por eso la Providencia ha otorgado a su pecho sentimientos bondadosos y benévolos, un fino sentimiento para la honestidad y un alma amable.” Puesto que su virtud es una virtud bella, a diferencia de la del sexo masculino que es noble y sublime, perdería su tiempo quien pretendiese exigirle sacrificio y autodominio. Solo es posible confiar en sus sentimientos y su corazón tierno. En el contexto de una filosofía que valorase el sentimiento y el corazón por encima de la razón, los juicios anteriores podrían resultar hasta halagadores para la mujer. Sin embargo, hemos visto como para Kant el fundamento de la dignidad humana consiste ante todo en la disposición y en la capacidad de autonomía moral, que por cierto se fundamenta en la razón, más que en los sentimientos. Al poner en duda la capacidad de auto regulación de la mujer, Kant justifica a su manera el presunto destino del sexo femenino a la subordinación respecto de a los padres, al esposo, o a los fines de la naturaleza ligados con la reproducción de la especie. Como consecuencia, Kant no tiene ninguna duda acerca de la exclusión de la mujer de cualquier participación activa en la vida política. Al fin y al cabo la mujer acaba por compartir la misma condición de los criados, los obreros dependientes y los menores de edad. Al carecer de un carácter sustancial y autónomo y al depender de otro, parece obvio que se la elimine de asuntos que no le interesan y en los que no es mucho lo que su inteligencia puede aportar.

Esta limitación o negación de la dignidad de la mujer no se reduce al ámbito de la vida pública. Incluso en el interior de la familia, gracias precisamente a la figura del derecho real - personal, su reconocimiento como un sujeto libre, autónomo y mayor de edad sufre serias restricciones. Gracias a este derecho (innato) el hombre adquiere a la mujer, lo que le confiere el derecho de utilizarla para satisfacer sus necesidades vitales y sexuales, e inclusive el derecho de reconducirla de nuevo a su poder en caso de que ella intentase fugarse de la casa (si uno de los esposos se ha escapado de la casa o se ha abandonado a la posesión de otra persona, el otro queda

autorizado en todo tiempo y de manera irrecusable a recuperarlo en su poder, justo como una cosa.) Según estas palabras, el derecho a recuperar el objeto perdido parecería pertenecer a los dos miembros de la pareja; sin embargo, en la mayoría de los casos la desigualdad de fuerza y de poder haría que la posibilidad de que la mujer ejerciera un derecho de esta naturaleza resultase bastante remota. Y para no dejar dudas acerca de quien manda, tanto en la administración del Estado como en los asuntos domésticos, Kant aclara que la igualdad entre los miembros de la pareja no está en contradicción con la ley que ordena que el hombre debe ser “el señor”, “el que manda”, y la mujer la parte que obedece. Esta diferencia de funciones “no puede ser considerada contraria a la igualdad natural de los miembros de una pareja, en la medida que tal dominio se basa solo sobre la superioridad natural de las facultades del varón frente a la mujer en la realización del interés común de la familia y en el derecho al mando que se sustenta en esta tarea.”¹

En el derecho romano. Valga ahora un repaso por el derecho romano, el que haremos siguiendo literalmente a Troplong en el texto “La influencia del Cristianismo en el Derecho Romano”. Se pregunta el autor:.. “**¿Qué es en primer lugar la familia romana? ¿Tiene como fundamento la sangre y la naturaleza**□ No. Es el lazo civil del poder (*potestas, manus*) el que une sus miembros y mantiene su agregación. Ese lazo fingido es su signo de reconocimiento y su punto de unión. No está uno en la familia por razón de que es hijo, o esposa, o pariente, sino porque es uno hijo en potencia, esposa en potencia, pariente por la sumisión a un poder actualmente común, o que lo sería si el jefe viviese todavía. En una palabra, la familia romana, creación singular de un pueblo nacido para el poder, no es otra cosa que el conjunto de los individuos que reconocen el poder de un solo jefe. Cualquiera que proceda de dicho poder está en la familia. Todos los que estén libertados por *capitis deminutio*, aunque sean hijos descendientes, no están en la familia. Véanse, pues, las consecuencias de este derecho. El matrimonio por sí solo (*iustae nuptiae, justum matrimonium*) **es un lazo insuficiente para hacer entrar a la esposa en la familia de su marido: esta continúa, pues, en su propia familia, con el nombre de *matrona*; continúa allí extraña a la familia de sus propios hijos**². Pero si las nupcias van seguidas de un año de posesión de la mujer por el marido (*usus*)³, o bien, si están consagradas por las ceremonias religiosas y patricias de la confarreación o acompañadas de las formas civiles de la venta ficticia (*co-emptio*)⁴, entonces la mujer pasa bajo la

1 PAPPACCHINI Angelo, *Filosofía y Derechos Humanos*, 2a. Ed. Editorial Facultad de humanidades, ciudad y democracia. Universidad del Valle. Pág. 269

2 Inst. de Just. *ad. S. C. Trebell, proem.; Cayo, I, 196*, párrafo D. *de verb. Signif.*, y en sus *Inst.*, lib.

3, N° 24; Ulp., 26, *Frag.* 8. He aquí las palabras de Cayo: “Al punto de que ni entre la madre ni el hijo o la hija recíprocamente, haya derecho de herencia.” Y Ulpiano: “La herencia de un hijo intestado, por la ley de las Doce Tablas, no corresponde a la madre.”

3 CAYO: *Inst.*, I, 110, 111, 112, 113: “Antiguamente, pues, pasaban a poder (del marido) de tres maneras: por el uso, por la confarreación, por la coempción (compra), etc.”

4 NIEBUHR, t. I, p. 324, nota 635. CAYO, I, 112. DIONISIO DE HALICARNASO, lib. II, cap. 25, nos enseña lo que sigue: “Pero Rómulo hizo... que las mujeres fueran sumamente modestas y puras. La Ley era esta: que la mujer CASADA, que hubiese pasado a poder del marido por ritos sagrados, hiciese copartícipe con él de todos los bienes y de todos los ritos. Los antiguos denominaban NUPCIAS SAGRADAS, expresando el hecho con un apelativo romano, confarreación... y los unió (Rómulo) con

potestad del marido⁵ (*in manu*)⁶. Se convierte en *mater familias*; y esta potestad (esta palabra ha llegado hasta nosotros sin la cosa) impresiona sobre todo el espíritu por su carácter de severa altivez; porque el marido es el juez de su esposa; puede, solo en los primeros tiempos, más tarde ante un tribunal doméstico al que son llamados sus allegados, condenarla a muerte. Es el amo de su persona y de sus bienes, poco más o menos como si la conquista la hubiera puesto en sus manos: terrible reminiscencia del rapto de las vírgenes sabinas⁷. Y puesto que la potestad hace la familia, la mujer deja desde entonces a los suyos y pasa a la familia de su marido. Allí es recibida como hija; no tiene más categoría que la de hermana consanguínea de los hijos que ella ha dado⁸. Fuera, participará sin duda de los honores de su marido, será rodeada del respeto oficial; porque la ley recuerda que si la hija sabina fue conquistada, la mujer romana salvó al Capitolio de la venganza de Tacio⁹. Pero en el seno de la familia se borra en cierto modo ante la majestad del marido, *majestas viri*. No tiene derecho de propiedad mientras vive su esposo, y las llaves de la casa sólo se le confían a título de depósito. **Solamente heredará de su esposo, como hija adoptiva de este padre civil. Por lo demás, la muerte de su marido no le hará volver a la familia paterna. Un lazo sagrado la retiene en aquella que la adoptó; allí encontrará un tutor legal entre sus nuevos agnados, o un tutor testamentario de la elección de su marido.”**

Por la fuerza de estos antecedentes poco hay que decir, apenas que vestigios vergonzosos de esa situación estuvieron anidados cómodamente en la vida colombiana en el siglo pasado. Evoquemos solamente que la mujer carecía de la

tan necesarios vínculos de familiaridad indisoluble, que nada pudiera ya disolver tales nupcias. Esta ley constriñe a las mujeres a que ajusten su vida a los hábitos y costumbres de su respectivo marido, toda vez que no les queda ya otro refugio, etc. Pues la esposa casta y OBEDIENTE EN TODO A SU MARIDO, era señora de la familia *al igual que el mismo varón*, y entraba en la sucesión de los bienes del marido difunto, *como hereda una hija los de su padre.*”

5 CAYO: *Inst.*, I, 112. CICERO: *Pro Flacco*, N° 34, ed. Panck., t. XII, p. 296. Todo induce a creer que durante largo tiempo los matrimonios con la *manus* fueron los más frecuentes (DIONISIO, lib. 2, c. 25; *Revue de légist.*, t. VII, p. 306).

6 He citado hace un momento (p. 17, nota) un pasaje de Apuleyo, en el cual el hombre de letras no ha hablado de la *manus* como jurisconsulto.

7 La severidad de esta posición no impedía, sin embargo, las costumbres de hacer maridos complacientes, y mujeres cariñosas y voluntarias. **En su comedia *Casina*, Plauto pone en escena una mujer celosa que llena a su marido de reproches e injectivas (acto 2, escena 3).**

Se ven también en esta obra quejas sobre las pretensiones de las mujeres.

“*Pues los hombres*

No pueden lograr su derecho a las mujeres.” (Acto 2, v. 2.)

Recordaré por fin, como prueba de esta influencia indirecta de las mujeres que aparece a través de las más severas leyes, la anécdota de la joven Fabia, cuya vanidad herida excita el celo democrático de su padre, Arbusto, y de su marido, Licinio Stolo (TITO LIVIO, lib. 6, N° 34).

8 CAYO: *Inst.*, I, III, 111: “Obtenía la categoría de hija; – a su lado pórtese como una hija.”

9 NIEB., t. I, p. 324, recuerda los honores concedidos a las mujeres romanas por Rómulo, en aquella ocasión.

posibilidad de elegir y ser elegida, que hasta la Ley 28 de 1932 no tenía la libre administración de sus bienes, que para ese y otros efectos su marido era el representante legal de ella.

Códigos penales. Pero lo que más nos aproxima a esas páginas del Derecho Romano sería el Código Penal. Que las normas hablen por sí solas: Disponía el artículo 591 del Código Penal de 1890. “El homicidio es inculpable absolutamente cuando se comete en cualquiera de los casos siguientes: 9) En el de cometer el homicidio en la persona de su mujer legítima, o de una descendiente del homicida, que viva a su lado honradamente, a quien sorprenda en acto carnal con un hombre que no sea su marido; o el que cometa con la persona del hombre que encuentre yaciendo con una de las referidas; y lo mismo se hará en el caso de que los sorprenda, no en el acto carnal, pero sí en otro deshonesto, aproximado o preparatorio de aquél, de modo que no pueda dudar del trato ilícito que entre ellos existe.” Esta norma no es otra cosa que la pena de muerte administrada por el marido y estuvo vigente en Colombia hasta 1936. Aunque ese año se sustituyó por otra menos bárbara, la nueva no llama al orgullo.

DECRETO 2300 DE 1936 – CÓDIGO PENAL

Artículo 316. El que someta a otra persona al acceso carnal, sin consentimiento de esta y mediante violencia física o moral, estará sujeto a la pena de dos a ocho años de prisión.

A la misma sanción estará sujeto el que tenga acceso carnal con un menor de catorce años de edad, o con persona a la cual haya puesto por cualquier medio en estado de inconsciencia.

Artículo 322. El responsable de los delitos de que tratan los dos capítulos anteriores quedará exento de pena si contrajere matrimonio con la mujer ofendida.

El artículo 382 de la Ley 95 de 1936, Código Penal, se refiere a las disposiciones comunes a los dos capítulos anteriores - que tratan de homicidio y las lesiones personales -. Decía así: “Cuando el homicidio o las lesiones se cometan por cónyuge, padre o madre, hermano o hermana, contra el cónyuge, la hija o la hermana de vida honesta a quienes sorprenda en ilegítimo acceso carnal, o contra el copartícipe de tal acto, se impondrán las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, disminuidas de la mitad a las tres cuartas partes. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará al que en estado de ira o intenso dolor determinados por tal ofensa, cometan el homicidio o causen las lesiones en las personas mencionadas, aun cuando no sea en el momento de sorprenderlas en el acto carnal. Cuando las circunstancias especiales del hecho demuestren una menor peligrosidad en el responsable, podrá otorgarse a este **el perdón judicial y aún eximirse de responsabilidad.**” Esta norma estuvo vigente en Colombia hasta mediados de 1980.

En este escenario no olvidemos que el sistema judicial estaba dominado por hombres, las mujeres ni siquiera tenían acceso a la educación, el grado otorgado a la

primera mujer abogada a mediados del siglo pasado fue todo un acontecimiento nacional. No es difícil adivinar entonces, cuál era la tendencia frente a la aplicación de normas hechas por hombres, aplicadas por hombres y para defender el “honor” y los valores de los hombres. El contraste entre los antecedentes romanos y la historia de Colombia en el siglo pasado muestra enorme similitud, dicho de otro modo, la pena de muerte aplicada a las esposas e hijas por sus maridos y padres, indica que la sociedad colombiana vivía como en Roma, y no precisamente con lo mejor de Roma sino con lo que llama a vergüenza. En este contexto, brutalmente simplificado, es donde deben analizarse las posibilidades de la lucha contra la violencia en la familia y la irrupción de los nuevos valores constitucionales. Comentarios similares pueden hacerse a las normas acerca del castigo moderado a los hijos.

Desde otra perspectiva, dentro del paradigma heredado del Código Civil Francés, hizo carrera la afirmación de que el Código de Napoleón se detenía ante las puertas de la alcoba. Semejante situación estaba signada por un respeto enorme al individualismo revolucionario y en el respeto al derecho a la intimidad. Aunque la familia, se decía, era el núcleo fundamental de la sociedad, lo público no asomaba en los intersticios del hogar, pues lo que allí sucediera pertenecía a los integrantes de la familia, como ya vimos, no pertenecía a la familia sino a la estructura del poder asentada en su seno, no es la intimidad de la familia sino la complicidad con esas estructuras de poder en el interior de ella.

No es extraño entonces que se popularizaran expresiones sintomáticas de un excesivo, y tal vez injustificado respeto por los territorios que correspondían al individuo y a la familia. Así, con toda naturalidad la gente usaba expresiones tales como “que la ropa sucia se lava en casa.” Si escrutamos el sentido de este tropo, ella podría darnos una idea del entorno cultural en que fue creada, de su génesis y de la función que estaba llamada a cumplir. También sería interesante reflexionar acerca de la vigencia de la expresión y los pocos cambios de uso y significado que puede haber tenido con el paso del tiempo.

La expresión “la ropa sucia se lava en casa” se puede mirar desde dos perspectivas, una desde la arista de quien la usa y otra a quien va dirigida. Así, puede ser usada como una admonición, en función típicamente preventiva, a fin de detener la revelación de una situación vergonzosa, o para evitar ser escarnecido mediante la revelación de datos o episodios que se consideran vedados a los demás. Expresada en un contexto específico, ella podría tomarse como un reclamo de prudencia. La misma expresión puede ser empleada como censura ante lo que se considera un traición, cosa que ocurre cuando quien la emite cree que se han hecho revelaciones que cierto código del silencio impone. La invocación de que la “ropa sucia se lava en casa” implica la existencia de códigos del silencio, y se emplea el plural para resaltar que cada modelo de familia, cada región o la personalidad dominante en la familia puede delinear a su antojo ciertos códigos, cuya severidad dependerá de las estructuras de poder que se mueven al interior de las familias, según sea su forma particular. Así, es de esperarse que haya tantos códigos del silencio como fuentes de poder haya en la familia y según las necesidades. Lo más relevante es que estos códigos son impuestos desde el poder y están a disposición de los miembros de la

familia de modo asimétrico, pues como acontece con otros instrumentos reguladores, sólo son usados por quienes pueden acompañarlos de la coerción suficiente para causar intimidación y daño. Dicho de otra manera, sólo quienes ejercen poder en la familia están interesados en la aplicación de los estrictos códigos del silencio por ellos impuestos.

Desde la temprana infancia se enseña que hay “ciertas cosas” que pertenecen a la intimidad del hogar y que revelarlas es un acto detestable de traición. Como en la delincuencia organizada, se invoca el honor y la familia como valores a defender y por los cuales vale la pena cualquier sacrificio individual. No obstante, con ello lo que se logra es identificar los intereses del individuo como si fueran de la familia toda, y a despertar una solidaridad mecánica que no distingue entre las agresiones internas y las externas, pues la solidez del clan se coloca artificiosamente como justificación última del sacrificio individual. Cuánto impacto produce en un niño la acusación de traicionar a su padre o a su hermano, por ejemplo; esa didáctica del silencio y la tolerancia es un contravalor de difícil erradicación.

Al volver los ojos sobre quienes expiden y aplican los códigos del silencio en la familia, ha de descartarse a quienes carecen de poder, pues el monopolio de la fuerza está directamente relacionado con la vigencia de los códigos, además el esquema se reproduce, pues los hermanos mayores imponen sus propios códigos de silencio y mal entendida solidaridad; esta coexistencia de normas de silencio deja a los menores en un ambiente de imposible manejo. Esos códigos de silencio en ocasiones son impuestos por extraños, familiares y amigos importantes para acallar violaciones, excesos y desmesuras.

Expresiones como la analizada creaban y crean un ambiente de complicidad en el hogar, propicio para el desarrollo de atentados a la integridad personal que quedan a resguardo de la injerencia del Estado, pues las víctimas estarían cohibidas de denunciar por temor a ser sindicados de traidores.

El cambio de paradigma en la Constitución significó, como ya se dijo, un nuevo modelo de demanda de justicia y por lo mismo que la jurisdicción irrumpiera en espacios que antes no cubría. La difusión de los derechos fundamentales y sus mecanismos de protección llevó la labor judicial por ejemplo a los juzgados, a los colegios, a los sindicatos, a los clubes y a la familia. Los jueces para atender la demanda de protección de los derechos fundamentales transformaron radicalmente el modelo de prestación de servicio. Todo esto podría catalogarse como la judicialización de la vida cotidiana y la sensación de presencia permanente del juez en la comunidad.

LA FAMILIA COMO SUJETO DE DERECHOS

La evolución del derecho de familia ha causado una conmoción en los conceptos tradicionales sobre la titularidad de los derechos, pues cabe la discusión, por ejemplo, sobre si la familia como tal es sujeto de derechos como entidad propia, con prescindencia de los derechos de sus miembros o como complemento de la personalidad jurídica de estos.

La Constitución establece que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, igualmente consagra (Art. 42) que la honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. Podemos decir entonces, sin duda alguna, que la familia sí es titular de derechos, pues no otra cosa se desprende de la inviolabilidad que se predica respecto de los derechos a la honra, la dignidad y la intimidad que a no dudarlo son derechos fundamentales. Esto explica entre otras cosas la inviolabilidad del domicilio, tomado este en principio como el refugio que sirve para el desarrollo de la familia.

DERECHO DE LA DISCAPACIDAD

1. Los Derechos fundamentales en una sociedad democrática.

Para asegurar la efectividad de aquellos valores que reconoce como esenciales, y que son fundantes de la cohesión social y la convivencia, la civilización occidental ha codificado los Derechos Humanos en normas de la mayor jerarquía de cada sistema jurídico¹⁰, es decir, se han establecido disposiciones de jerarquía constitucional con eficacia suficiente para que más allá de un enunciado formal, se logre garantizar y concretar aquellos valores programáticos que sirven de coordenadas a una sociedad que reconoce la diferencia, el conflicto y la diversidad como notas características.

A partir de ese postulado, se ha reconocido que estos valores han evolucionado en tres segmentos temporales; en la primera etapa, los movimientos sociales en distintas latitudes dieron lugar a la aparición de un modelo de organización estatal que aglutinaba poblaciones en territorios, alrededor de elementos de cohesión como intereses compartidos, valores, idiomas, historia, legislación, religión, etc. Tal es el caso de las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa, fruto de las cuales se promulgaron declaraciones fundantes que luego fueron puestas en cartas de derechos con énfasis en los derechos individuales o civiles y los de carácter político, que pretendían imponer límites claros al ejercicio del poder, por contraste con el régimen antiguo de monarquía feudal; en un segundo momento, se desplazó la preocupación por otra dimensión humana y la búsqueda migró a la concepción y formalización en instrumentos internacionales, de los derechos económicos, sociales y culturales, que suponen el ejercicio de derechos individuales con limitaciones que miran el contexto en que se reconocen y disfrutan, así como la instauración del Estado intervencionista. Finalmente, acumulados con los anteriores, emergieron los derechos de “*solidaridad*” que apuntan a preservación de la especie humana, dentro de los cuales se destacan la paz, el desarrollo, la libre autodeterminación, el medio ambiente, y el patrimonio común de la humanidad.

Esos presupuestos de formación y desarrollo del Estado y sus fines, repercuten directamente en el ámbito del Derecho, pues la interpretación de las instituciones jurídicas varía en la medida en que lo hace el contexto de aplicación de las normas, de manera que los derechos inherentes al ámbito privado, mantienen sus perfiles esenciales, pero la lectura de esas prerrogativas tiene que analizarse con el prisma de

10 ALEXY Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos* (Traduc. De Villar Borda). Universidad Externado de Colombia, 1995, pág 65.

los nuevos valores y concepciones de la Carta Política, pues como ha dicho la Corte, las normas constitucionales representan una *“directiva preferente”*, que clama cuidadosa atención de los funcionarios en las operaciones hermenéuticas *“imponiendo por lo tanto la selección, entre las varias alternativas hermenéuticas posibles de uno o varios preceptos frente a las particularidades de cada caso, aquella que mejor encaje con esos valores y principios constitucionales, regla esta que cobra todavía mayor significación cuando lo que está en juego es la vigencia de los que se denominan genéricamente derechos fundamentales y libertades públicas.*

“Así, pues, hoy no admite duda, con miras a la aplicación de la ley, que ésta debe estar en perfecta armonía con la Constitución Política, entendida esta última con una dimensión que trascienda el carácter jurídico formal, es decir que esa aplicación debe consultar la fuerza normativa del ordenamiento superior en punto a principios, derechos y garantías consagrados en ella; de manera que al hacerla actuar (la ley) el operador judicial sea consciente que es deber ineludible suyo el de garantizar la vigencia del orden jurídico justo, como lo reclama el propio preámbulo de la Carta; labor esa que, consecuentemente, lo llevará de paso a ser certero al hacer uso de los preceptos que le están subordinados.

“De manera que si la Constitución Política reclama en la actualidad una aplicación legal que consulte su valor normativo y no meramente organicista, y si constituye así mismo afirmación apodíctica la de que el orden legal debe estar en consonancia con la Constitución Política dado el sistema piramidal en el que se estructura el ordenamiento jurídico colombiano, cuando el juzgador aplica las normas sustanciales contenidas en la ley sin tomar las previsiones que se imponen para mantener la correspondencia entre ésta y la carta política, produce un dislocamiento del andamiaje jurídico en que se asienta el correspondiente derecho legal (Sent. Cas. Civ. de 16 de diciembre de 1997, Exp. N° 4837).

2. Derechos humanos de las minorías

A pesar de que el concepto clásico de democracia privilegia la decisión de las mayorías, la necesidad de mantener el equilibrio social impone que los derechos de las minorías estén debidamente garantizados, para contener la propensión a provocar el desaparecimiento de la divergencia ideológica, y de la diversidad étnica, económica, y en otros órdenes, que se juzga indispensable en camino de reconocer y respetar las diferencias de opinión, raza, sexo, filiación política, credo, etnia, lengua, ascendencia, opción sexual, o cualquiera otra condición que sea resultado del ejercicio legítimo de las libertades individuales, colectivas o representen expresiones culturales diferentes que permiten conservar y enriquecer los valores nacionales tradicionales.

Así, los derechos de las minorías se garantizan por el Estado que registra y *“protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”* (Art. 7° C.N.), a partir de los principios de dignidad humana y pluralismo, tópicos que dicen relación con formas de vida y conceptos del mundo divergentes respecto de la generalidad de los habitantes de un territorio.

Por la misma senda, es preciso otorgar reconocimiento jurídico a ciertas minorías que por razones naturales o accidentales tienen que afrontar la vida con elementos disminuidos en cuanto a los sentidos, la movilidad, o el discernimiento, carencias frente a las cuales el Estado debe adoptar medidas positivas que tiendan a mejorar las condiciones de los discapacitados en términos de integración a la sociedad y el ejercicio digno de sus derechos, so pena de que aquellos resulten excluidos por omisión y sus derechos conculcados, con clara violación de la segunda parte del artículo 13 de la Carta Política que impone al Estado la promoción y protección de *“las 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”*.

3. Derechos humanos de las personas en especial estado de vulnerabilidad

Dentro del contexto social, el Derecho estima que algunos sujetos son dignos de protección especial, pues por distintas razones se considera que se encuentran en estado de vulnerabilidad y sus derechos son puestos por la objetividad de las desigualdades en situación de mayor riesgo de ser quebrantados. Así, la ley nacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia consideran como personas en situación de especial vulnerabilidad y necesitadas de mayor protección constitucional, a los adultos mayores de la tercera edad, a las personas discapacitadas, las mujeres cabeza de familia, la población desplazada y los niños.

En tales casos, las medidas tomadas a favor de los sujetos con alto grado de vulnerabilidad deben contener estrategias de una forma promocional de *“discriminación”*, aspectos de mejora sensible o trato diferenciado frente al resto de la población, estrategia que se justifica en la medida en que el mecanismo sea eficaz para compensar la merma de las condiciones objetivas de un segmento minoritario de ciudadanos y procurar una igualdad material a partir de la integración armónica de la sociedad.

4. Los derechos humanos del adulto mayor

Dentro de la población más sensible a que sus derechos sean desconocidos, se encuentra el adulto mayor, de especial consideración para el ordenamiento en la medida en que el paso del tiempo naturalmente apareja el deterioro mental del sujeto, situación que determina la necesidad de agudizar los mecanismos de amparo dispensados a tales personas que en el ocaso de su vida requieren una protección reforzada para conseguir el disfrute y respeto de sus derechos.

En el ámbito constitucional, se destacan dos normas de la Constitución que influyen de manera importante en el ordenamiento del tema; en primer lugar, el artículo 13 de la Carta Política que dispone: *“ 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. Asimismo se destaca el artículo 46 *ibídem*, que establece que “El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”, normas que desde la base del ordenamiento jurídico surgen protectoras de los derechos de las personas de avanzada edad e intentan irradiar el contenido de otras disposiciones que las desarrollan con especificidad.*

Además de la aludida protección constitucional, el legislador también se ha ocupado de fijar criterios para establecer la atención integral y amparo de los derechos del adulto mayor, en especial, en materia de salud, geriatría y gerontología, como se desprende de los postulados consagrados en la Ley 1276 de 2009, que consagró mecanismos de financiación de programas a favor de la tercera edad, mediante la autorización para emitir estampillas con el propósito de “*contribuir a la construcción, instalación, adecuación, dotación, funcionamiento y desarrollo de programas de prevención y promoción de los Centros de Bienestar del Anciano y Centros de Vida para la Tercera Edad*”, como establece el artículo 3° de la citada norma, todo para lograr la atención de los mayores de 60 años que pertenezcan a los niveles I y II del Sisbén. La norma mencionada subrogó la Ley 687 de 2001.

En la exposición de motivos de la Ley 1276, la Cámara de Representantes reconoció a los adultos mayores como población que debe recibir mayor protección, entre otros, porque en ellos concurren circunstancias de vulnerabilidad que se “agudizan dadas las dificultades para conseguir un ingreso, los problemas de salud, la escasa aceptación social y la falta de espacios propicios para su interacción social, distintos a los tradicionales ancianatos que no siempre son aceptados por la carga emocional que significan y por conducir a mayores niveles de marginalidad familiar y social. No obstante, el proyecto ley que estamos presentando, no niega la necesidad de los asilos o ancianatos, cuando las condiciones sociales de la persona no permitan su acceso a los centros vida por carecer de sitios en dónde pernoctar, sin prohibir el acceso de estas personas a los Centros Vida en la búsqueda de servicios integrales, durante el día

(...)

Para hacer frente de manera integral a este problema social que está golpeando a la sociedad colombiana, se propone la creación, dotación y puesta en marcha, en Colombia, de manera obligatoria, de los Centros Vida, que ofrezcan durante el día, un espacio propicio para el esparcimiento, rehabilitación, actividad física, cultural y recreativa de nuestros mayores.

(...)

Se conciben como espacios donde la tercera edad recibe durante el día, atención básica en alimentación, salud, incluyendo la promoción, la prevención, la consulta de medicina general, odontológica y la rehabilitación básica, además de orientación psicológica y psicosocial que le permita incrementar su nivel de bienestar y la calidad de vida que en esta etapa tiende a deteriorarse. También se incluyen las actividades lúdico-recreativas, deportivas y culturales, acordes con las condiciones de esta población; además del ocio productivo y el desarrollo de actividades que eventualmente les permitan conseguir ingresos. El acceso a internet será necesario en los Centros Vida, toda vez que a través de la Web se ofrece un valioso apoyo a las personas de la tercera edad, a través de comunidades virtuales que contribuyen a mejorar su calidad de vida”, todas razones legislativas útiles para orientar la interpretación de las disposiciones sobre los discapacitados.

5. La Ley 1306 de 2009, la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y la Ley 1346 de 2009

La protección del discapacitado parte del mismo uso del lenguaje legal, pues la recién promulgada Ley 1306 de 2009¹¹ sustituyó la expresión “*demente*”, que otrora aparecía en el Código Civil y la legislación en general, por el de “*persona con discapacidad mental*”, cuya condición puede predicarse del sujeto que “*padece limitaciones psíquicas o de comportamiento, que no le permite (sic) comprender el alcance de sus actos o asumen riesgos excesivos o innecesarios en el manejo de su patrimonio*”, modificación que desde la terminología pretende un trato digno al discapacitado¹² y carente de discriminaciones, tratamiento legal acorde con los compromisos internacionales asumidos por el Estado al suscribir el instrumento denominado¹³ “**Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**” de las Naciones Unidas, firmado el 13 de diciembre de 2006, cuyo texto total fue integrado a la legislación mediante la Ley 1346 de 2009, disposiciones que, entre otras, propugnan por la protección de la persona que sufre trastornos mentales de consideración.

Sobre la convención recién aludida y su influencia en el Derecho se debe resaltar que hay pasos importantes hacia la creación de un derecho de la discapacidad, lo que implica ver el fenómeno desde todas las perspectivas, incluida la acción positiva de los poderes públicos, en la búsqueda de propiciar la autonomía personal, la vida autónoma de las personas con discapacidad, sus derechos laborales, la accesibilidad universal, la discapacidad y la igualdad de género, la protección patrimonial, la responsabilidad social empresarial y, derecho internacional de la discapacidad. Se trata de dar poder a personas con discapacidad.

Discapacidad implica combatir toda forma de exclusión social, la búsqueda de mejoramiento de la calidad de vida de las personas con discapacidad, considerar la inmigración, el envejecimiento, así como la situación de otros grupos

¹¹ Diario Oficial N° 47.371.

¹² En el mismo sentido, la sentencia C- 1088 declaró inexecutable las expresiones “*si la locura fuere furiosa o si el loco...*” contenida en el artículo 548 del Código Civil.

¹³ En Especial el literal a. del artículo 3°.

desfavorecidos y en riesgo de exclusión social. Se busca una ciudadanía de hombres libres e iguales en una sociedad cada día más justa y solidaria.

Entre las varias formas de discapacidad se hallan las personas sumidas en el mundo del silencio, mundo de los sordos que no está conformado por limitaciones, sino por capacidades distintas. Igualmente personas en el mundo de las tinieblas, casos dramáticos todos pero nunca iguales a quienes extraviados se hallan en la penumbra de la sinrazón y en el silencio de la más radical incomunicación, como que no es posible siquiera una Constitución en **braile** para quienes padecen una disfunción mental severa, por lo insondable de sus lenguajes e indescifrable de sus códigos de vida, existencia en la penumbra a la que el derecho no puede ser ajeno, en particular cuando en la ancianidad la insania ataca quienes ayudaron a la creación de la familia, sociedad, el Estado y la riqueza y que, por tanto, merecen la solidaridad como valor fundante del programa constitucional.

También puede destacarse que el artículo 6º de la Ley 1306 impuso a la sociedad en general la protección del sujeto con discapacidad mental, aunque el ejercicio de la misma fue radicado específicamente en cabeza de sus familiares más cercanos y en las entidades especializadas del Estado, las cuales tienen el deber de asegurar para el discapacitado *“un nivel de vida adecuado, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda apropiados y a la mejora continua de sus condiciones de vida y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad”*, todo en la búsqueda de que, tanto los protectores designados por el juez como cualquier persona, puedan acudir en defensa del discapacitado a través de la acción de tutela, como lo prevé el artículo 14 de la misma ley.

La citada norma asignó al Instituto de Bienestar Familiar, a través de los defensores de familia, la protección especial al discapacitado mental absoluto, para lo cual dispuso que, en lo pertinente, este organismo podría hacer uso de los procedimientos y medidas de todo orden, similares a las previstas en la Ley 1098 de 2006 (Código de la Infancia y la Adolescencia), con el mismo propósito protector.

Existen otras medidas de protección dirigidas a garantizar los derechos del sujeto con discapacidad mental absoluta, previstas por la Ley 1306, en el aspecto patrimonial, como la designación de una entidad financiera como administrador fiduciario, si el patrimonio del discapacitado mental absoluto supera los 500 salarios mínimos mensuales o el juez lo estima necesario (artículo 57); en el aspecto personal, existe la posibilidad de nombramiento de consejeros para la persona con discapacidad mental relativa, que actúa como guía, asiste a aquel y complementa su capacidad en los actos objeto de inhabilidad; también la ley aludida pretende la protección del derecho de locomoción del discapacitado, a través de un régimen que reconoce el internamiento únicamente como mecanismo transitorio, siempre que se derive de la conducta del afectado y la necesidad de orden judicial para los casos distintos a urgencia psiquiátrica debidamente acreditada (Arts. 20 a 24 *ibidem*); además se dispensa a los discapacitados de cumplir con *“los deberes cívicos, políticos, militares o religiosos cuando quiera que ellos puedan afectar su*

salud o agravar su situación”, según el inciso final del artículo 12 *ibídem*, todo lo cual señala con nitidez que la legislación encamina los esfuerzos estatales a la protección del incapaz e intenta por distintos medios la garantía de sus derechos y busca la rehabilitación de sus padecimientos.

La capacidad permite al hombre ejercer autonomía sobre sus actos y sus bienes, en este último caso de tamaña importancia para el sujeto; no se pierda de vista que *“disponer libremente de los bienes es algo inmanente a la personalidad, lo que más consulta con la naturaleza del hombre”* (Sent. Cas. Civ. de 30 de enero de 2006, Exp. N° 1995-29402), por supuesto que la reducción de aquella por causa de la interdicción, restringe sensiblemente esas aptitudes para autodeterminarse.

Por otro lado, nótese que para lograr el decreto de interdicción judicial resulta indispensable ahora la aducción de la prueba calificada del dictamen pericial, realizado por un *“equipo interdisciplinario”*, que deberá precisar *“la naturaleza de la enfermedad, su posible etiología y evolución, las recomendaciones de manejo y tratamiento y las condiciones de actuación o roles de desempeño del individuo”* según determina el artículo 28 de la Ley 1306 de 2009. Nótese que desde siempre ha sido imprescindible la presencia de la prueba pericial para que la capacidad general presunta de todo ser humano pueda hacer una pausa, en beneficio de sus propios derechos, pues no es casualidad que dentro de los procesos de interdicción por demencia se acredite la enfermedad mental sobre una base científica, de manera que por esta vía se acredite, sin lugar a dudas, que *“ha habido una perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad”* (G.J. T. XLIII, 799)

Por eso resulta coherente que en ese escenario legal que reconoce la capacidad del sujeto y que restringe la incapacidad a casos excepcionales debidamente comprobados, existan claros mecanismos para que el incapaz retorne a la aptitud jurídica, pues aunque el decreto de interdicción cercena radicalmente la validez de los actos celebrados por las personas con discapacidad mental absoluta, ellos pueden pretender su rehabilitación para conseguir nuevamente el ejercicio pleno de las facultades inherentes a la autonomía privada y al libre desarrollo de la personalidad.

En épocas anteriores a la vigencia de la Ley 1306, la jurisprudencia reconoció la finalidad protectora de las normas sobre incapacidad, así como las que rigen el trámite de interdicción, pues *“con el propósito primordial de proteger al enfermo, en estas actuaciones se persigue desvirtuar la presunción legal de capacidad que consagra el artículo 1503 del Código Civil, para todas las personas, el dictamen pericial - que presupone y exige que los peritos examinen conjuntamente al paciente y el estado en que éste se encuentra (Art. 237 numeral 2° de C. de P.C.) es prueba que debe practicarse forzosamente, en tales procesos, sin que pueda ser suplida por ninguna otra. Es pues, dicha prueba, legalmente surtida y debidamente apreciada, la única legalmente eficaz para demostrar la demencia de la persona sobre que versa el proceso de interdicción; es precisamente la prueba necesaria a que se refiere el segundo inciso del artículo 233 del Código de Procedimiento Civil.*

Así lo disponen claramente los artículos 549 del Código Civil y 659, numeral 3º del Código de Procedimiento Civil” (Sent. Cas. Civ. de 25 de mayo de 1976 G.J. t. CLII, pág. 271).

En punto a la representación del discapacitado mental, el artículo 26 de la Ley 1306 estableció que la declaración de interdicción provocada con anterioridad a la mayoría de edad, aparece como consecuencia, la prórroga legal de la patria potestad de los padres en el ejercicio de la representación legal del interdicto. En el caso de que se trate de persona no sometida a la patria potestad, el artículo 52 *ibidem* dispone la designación de un curador que “*tendrá a su cargo el cuidado de la persona y la administración de sus bienes*”. Tanto la prórroga de la patria potestad, como el nombramiento de representante también constituyen medidas de protección encaminadas al reconocimiento jurídico del discapacitado y a dotarlo de instrumentos para que desarrolle sus derechos, pues como establece el artículo 25 de la Ley 1306, la interdicción “*es también una medida de restablecimiento de los derechos del discapacitado*”.

En fin, existe un sistema armónico de protección al discapacitado mental que pasa por el reconocimiento de la dignidad humana, la proscripción de los actos de discriminación derivada de la discapacidad, la asignación de protectores y representantes, en este último caso, mediante el proceso de interdicción con la prueba pericial adecuada, así como el respeto a la libertad de locomoción, y el derecho a la rehabilitación del decreto de interdicción, todo lo cual apunta a que la condición jurídica de discapacidad mental procura la protección del sujeto que la sufre y por todos los medios busca normalizar la situación de manera que se garanticen los derechos de aquél.

6. Presunción de capacidad

La capacidad de ejercicio de un individuo, según el artículo 1502 del Código Civil, es la “*facultad de obligarse sin el ministerio o autorización de otra*”, condición que constituye la regla general, de conformidad con lo previsto en el artículo 1503 *ibidem*, presunción que percute en diferentes ámbitos de relaciones jurídicas de manera que el mismo régimen *mutatis mutandi* de incapacidades que aplica para los actos en general, debe gobernar el proceso, porque ninguna justificación existiría para convertir el inicio del trámite judicial en el lugar o el camino subrepticio para despojar, en breve, a los particulares de los atributos que conceden las normas que consagran la capacidad general, cuyo ámbito de aplicación es universal.

En otras palabras, no puede predicarse incapacidad de un sujeto sólo dentro de un proceso, mientras por fuera de él se mantiene la presunción de capacidad que las normas generales le reconocen, lo que acontece si se acude al artículo 45 del C.P.C., sin parar mientes en que tal norma se aplica, si previamente se ha decretado la interdicción provisional o definitiva.

Los conceptos de capacidad de goce y ejercicio se proyectan en el ámbito del proceso como capacidad para ser parte y capacidad procesal, respectivamente,

siendo que la primera de ellas, “*consiste en la capacidad para ser sujeto de una relación procesal, corresponde a las personas naturales o jurídicas; la capacidad para comparecer en juicio, que se traduce en la aptitud para ejecutar y recibir con eficacia todos los actos procesales, se identifica con la capacidad legal del derecho civil, y como tal sólo la tienen las personas que sean legalmente capaces.*”

*'Así como la capacidad sustancial que en general tiene toda persona no implica su habilidad para usar de ella en forma personal y libre, así también su capacidad para ser parte en un proceso no implica que siempre pueda intervenir en el juicio de manera personal y directa. Pero aquí como allá imperan los mismos principios generales: es capaz para comparecer en juicio toda persona que la ley no haya declarado incapaz: y quienes sean incapaces procesalmente, comparecen en juicio por intermedio de sus representantes legales (Arts. 230 y 240 C. J., hoy 44 C.P.C.)' (Cas. Civ. 5 de febrero de 1971 T. CXXXVIII, págs. 87 a 89)” (Sent. Cas Civ de 14 de agosto de 1995, Exp. N° 4176)¹⁴. Por consiguiente, “*toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso' (...) la natural puede comparecer por sí al proceso cuando no ha sido declarada incapaz conforme a la ley, pues si lo fue, debe hacerlo por conducto de su representante, o con autorización de éste*” (Sent. Cas. Civ. de 8 de agosto de 2001, Exp. N° 5814).*

El acto de comparecer a un proceso implica un compromiso tal que “*requiere capacidad especial, tanto para el demandante como para el demandado o para los intervinientes. De ahí que no toda persona que tenga capacidad para ser parte de una relación procesal pueda intervenir en ella por sí misma; la capacidad procesal es la aptitud para realizar actos procesales con eficacia jurídica en nombre propio*” (G.J. T. CLXVI, pág. 547).

Los anteriores precedentes permiten inferir que dentro del proceso civil la presunción legal de capacidad debe ser cabalmente desvirtuada para que pueda accederse al régimen excepcional de las incapacidades, con los efectos que se derivan del mismo, entre ellos, el conocimiento preciso sobre el representante del incapaz, para que aquél acuda al trámite, en defensa y protección de los derechos del este, todo para que el proceso tenga plena validez.

Como ya se dijo, la regla general es la capacidad, aun de ejercicio, y la incapacidad es la excepción, como expone el Profesor Claro Solar, para quien “*la capacidad es la regla de derecho común: cada persona debe ser presumida capaz de administrar sus bienes; y la protección de la ley no debe existir sino respecto de aquéllas que están en un estado de inferioridad con relación a las demás personas*” (Claro Solar Luis, Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado Tomo XI, de las Obligaciones, Imprenta Nascimento, Santiago, 1937, pág. 25).

Luego si el sujeto de derecho es convocado al proceso, en principio, ninguna circunstancia simplemente sumaria podría permitir escapar a la aplicación de la presunción general de capacidad y al ejercicio de esta, porque según la Corte, “*las actuaciones en la vida civil de las personas legalmente capaces que no han sido*

¹⁴ G.J. t. CCXXXI, pág. 254.

declaradas en interdicción judicial por insanidad de juicio, están amparadas por la referida presunción legal y en tal virtud son válidas, mientras no se declare judicialmente lo contrario. Para este efecto será necesaria la plena prueba de que la persona que los celebró padecía 'entonces' una grave anomalía psíquica" (Sent. Cas. Civ. de 25 de mayo de 1976, G.J. T. CLII, pág. 169, reiterada en Sent. Cas. Civ. de 13 de julio de 2005, Exp. N° 988201). Desde luego que si una persona es citada a la controversia judicial, su comparecencia personal sólo podría excluirse en la medida en que exista una orden judicial que restrinja la capacidad de ejercicio del sujeto, de manera que proceda el nombramiento de un representante, mediante el cual asistirá válidamente al proceso.

En desarrollo de la misma línea de pensamiento, al particular no podría ser privado de la capacidad procesal simplemente a partir de aportar una prueba incipiente de su menguada condición mental, pues en medio del asunto se encuentra en entredicho uno de los atributos de la personalidad, cuyo decaimiento de ninguna manera puede tener un tratamiento tan ligero e improvisado.

Para corroborar la dimensión del tema, es necesario acudir al régimen general que contempla los mecanismos de protección para el discapacitado mental, la exigencia de una prueba calificada para privar al sujeto de sus facultades jurídicas; además, después de decretar la interdicción prevé mecanismos para que el incapaz sea rehabilitado.

7. Conclusiones preliminares sobre el tema de las discapacidades

Las consideraciones expuestas hasta el momento hacen visible que a partir de la vigencia de la Constitución de 1991, la mirada e interpretación de las normas sobre la discapacidad ocupan un espacio más relevante, en la medida en que deben mirarse en conjunto con otras áreas de la población cuyos derechos están en mayor riesgo de ser vulnerados, para que tales disposiciones sean vistas con amplitud de perspectiva y logren su cometido protector a favor de sujeto que enfrenta la vida en circunstancias de mayor dificultad que el resto de los conciudadanos.

También debe inferirse que la presunción de capacidad se traduce al ámbito del proceso, de manera que al sujeto procesal debe reconocérsele su condición plena, salvo que concurran en él los estrictos eventos en que aquella presunción ha decaído.

Desde luego que siendo todo ello así, como en efecto lo es, la interpretación del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil no implica que en el umbral del proceso se resuelva, sin rigor alguno y sin derecho de contradicción, sobre la capacidad del sujeto convocado al proceso como demandado, si se tiene en cuenta que fuera del proceso la condición de incapacidad debe demostrarse sólidamente y mientras ello no ocurra, subsistirá la presunción de capacidad, la validez de sus actos jurídicos, como lo prevé el artículo 553 del Código Civil y, por tanto, la posibilidad de que pueda enfrentar el proceso de manera directa, hasta que sea establecido por la vía judicial adecuada, la incapacidad provisoria o definitiva del incapaz demandado, para luego

proceder a notificar al representante legal para que este defienda los derechos del discapacitado dentro de la controversia.

8. Panorama general del caso

El planteamiento del censor se fundamenta en que el demandado estuvo indebidamente representado por el curador *ad litem* designado por el despacho, pues debió demostrar primero, la decisión judicial que decretara la interdicción, provisoria o definitiva, además que el desempeño descuidado del cargo por parte del auxiliar, implicó el desconocimiento del derecho de defensa del demandado.

La nulidad propuesta será acogida por la Corte, en tanto la interpretación del artículo 44 del Código de Procedimiento Civil hecha en el proceso, señala que el trámite previsto en el numeral 2 para nombrar curador *ad litem* del demandado incapaz, tiene cabida únicamente en la medida en que previamente se encuentre descartada o desvirtuada la presunción de capacidad del sujeto convocado al proceso, pues todas las personas gozan de capacidad, derecho inherente al ser humano que no puede ser desconocido con el simple expediente de aportar un examen médico que reconoce una dolencia mental.

9. El origen constitucional de las nulidades y desarrollo legal

El artículo 29 de la Constitución Política consagra que toda persona tiene derecho a un debido proceso, valor que garantiza la vigencia de límites en el ejercicio del poder por parte de la autoridad, para dejar al ciudadano a resguardo de abusos y desmesuras, lo cual se logra siguiendo en todo caso *“la plenitud de las formas propias de cada juicio”*, tal como ellas han sido dispuestas por el legislador.

Las nulidades procesales estructuran un importante mecanismo de protección, instituido para restablecer el derecho al debido proceso, pues el propósito de ellas es *“amparar los intereses de las partes para que no sean objeto de arbitrariedades con actuaciones desarrolladas ignorando las ritualidades que reglan la conducta de los sujetos que intervienen en el proceso”* (CCLII, Pág. 128). Así, el legislador en el numeral 7 del artículo 140 del C.P.C. elevó a causal de nulidad los casos en que *“es indebida la representación de las partes”*, al tiempo que en el numeral 5 del artículo 368 del mismo estatuto, se prevé tal circunstancia como motivo para acudir en casación por *“Haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad consagradas en el artículo 140, siempre que no se hubieren saneado”*.

En los casos de indebida representación del demandado, la jurisprudencia enseña que existe menoscabo del debido proceso, pues quien *“no ha tenido una representación legítima no ha estado a derecho en el proceso al cual fue vinculado como parte.*

“Tal irregularidad, cuando de personas naturales se trata, tiene ocurrencia en aquellos eventos en que un sujeto legalmente incapaz actúa en el proceso por sí mismo, y no por conducto de su representante legal, o cuando obra en su nombre un representante ilegítimo” (Sent. de Rev. de 11 de agosto de 1997 Exp. N° 5572)

De igual modo, la consagración legal de la causal de nulidad por indebida representación de las partes, “*se refiere de manera exclusiva a la ilegitimidad de las partes en el proceso (ilegitimatio ad processum); tutela, cual lo ha expresado la Corte, 'el derecho individual de defensa, asegurando (...) la capacidad legal o de ejercicio y la debida representación de los sujetos entre quienes se ata la relación jurídico procesal' (CXXIX, 26), a propósito de lo cual señaló así mismo la Corporación que su razón de ser estriba 'en la garantía constitucional que tiene la persona de utilizar todos los mecanismos o prerrogativas que le ha conferido la ley para hacer valer sus derechos. Es entonces, en últimas, el derecho de defensa, cuando se encuentra menospreciado o transgredido, el que faculta a la parte afectada para solicitar la nulidad de la actuación cumplida sin sujeción a tal principio supralegal' (Sent. de mayo 12 de 1977)” (Sent. Cas. Civ. de 19 de febrero de 2001, Exp. N° 5915).*

RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

En un mundo globalizado la tendencia es a la libre circulación de bienes, servicios y aunque en menor medida por razones políticas, la circulación de personas. La migración es una tendencia humana, la presencia de rasgos comunes de ADN de individuos del Cáucaso en Norteamérica, fortalece la idea de que el ser humano migra. Por lo demás, la migración en función de la subsistencia o de un mejor modo de vida obedece al simple instinto de conservación. La migración animal muestra que la búsqueda de condiciones propicias de subsistencia es un asunto instintivo, que políticamente es irrefrenable. Mueren todos los días ciudadanos africanos que cruzan en pateras desde Ceuta y Melilla, África, al continente europeo, mueren cotidianamente balsaeros haitianos y cubanos, el tráfico de personas trata de ser controlado por convenciones y tratados, ciudadanos chinos se unen a los suramericanos en la epopeya de búsqueda del sueño americano cruzando “el hueco”; caído el ominoso muro de Berlín, Estados Unidos e Israel levantan muros para detener la migración de personas, y la xenofobia se convierte peligrosamente en bandera política hasta en las sociedades más liberales. Este recuento se hace para significar que la epopeya de la migración en procura de mejores condiciones y oportunidades puede aparejar la fragmentación de la familia.

La restitución internacional de menores está regulada en Colombia por el Convenio Sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, suscrito en La Haya el 25 de octubre de 1980¹⁵, y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, celebrada en Montevideo, Uruguay, el 15 de julio de 1989, y convertida en legislación interna por medio de la Ley 880 de 2004.

Como muestran las reglas del convenio, su objeto esencial y prioritario es la restitución inmediata del menor. En el mismo sentido la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, suscrita en Montevideo, trata de la pronta restitución de los menores. La urgencia es de tal magnitud que en el ordenamiento nacional se expidió la ley 1008 de 23 de enero de 2006, por la cual se

¹⁵ Adoptado como legislación interna por la ley 173 de 1994, Ley declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia de 7 de septiembre de 1995.

estableció un proceso sumario al efecto y se adscribió la controversia a los jueces de familia y en su defecto a los jueces civiles o promiscuos municipales, todo lo cual está plenamente de acuerdo con lo mandado en el Art. 2° del Convenio de La Haya que impone a los países signatarios “*recurrir a sus procedimientos de urgencia*”.

(Subrayado no original)

La urgencia se explica por varios motivos. El primero de ellos porque se reconoce que se ha roto una situación original de estabilidad en la relación de tenencia y cuidado. El restablecimiento del *statu quo* anterior al desplazamiento, induce volver al momento inicial en que se desarrollaban las relaciones familiares, de cuando el niño se halla inmerso en el mundo de sus amigos, de su espacio educativo, de sus parientes; es decir que identifica lugares, personas y cosas como el entorno natural en el que discurre su vida. Esa situación de estabilidad es quebrada por los hechos, cuando uno de los padres de manera ilícita desplaza al niño fuera del país o impide su regreso, sin que medie consentimiento del otro o una decisión judicial que autorice de manera transitoria o definitiva ese desplazamiento.

En ese momento inicial en que se produce el arrancamiento del menor de su espacio habitual, hay todo un entramado de relaciones familiares que merecen respeto. Así el padre o la persona que produce el desplazamiento ilícito, priva al otro padre de la custodia que ejerce, sea esta individual o conjunta, e igual acontece cuando ese derecho de guarda lo ejerce una institución. No hay razón para tolerar que uno de los padres prive al otro del ejercicio de la custodia y cuidado personal, recurriendo a las vías de hecho y en ello reside la “ilicitud” que en este caso no atañe a la comisión de algún ilícito.

El padre que produce la ruptura del estado inicial en que se desarrollan las relaciones familiares, también quiebra las reglas de competencia y de jurisdicción. Así, bien es sabido que el domicilio de los niños es el domicilio de sus padres, y que si ellos tienen conformado un hogar en un territorio, las leyes que regulan esas relaciones familiares son las de ese país. Entonces, la restitución inmediata y urgente busca garantizar que el juzgamiento sobre la custodia y cuidado personal del niño se haga conforme a las leyes y ante la jurisdicción del país en que tenía domicilio su familia al momento del rompimiento por los hechos del *statu quo* inicial.

El Convenio de La Haya establece en el artículo. 3° que el derecho de guarda puede resultar de pleno derecho por ministerio de la ley, de modo que debe presumirse que la guarda es ejercida por el padre víctima de la privación; tanto es así, que la restitución internacional no sería concedida si es que el padre solicitante no ejercía el derecho de guarda de modo indirecto o conjunto. En síntesis, con el traslado o retención ilícitas no sólo se quebranta la estabilidad emocional, familiar y social del niño, sino que se crea una situación en la cual el raptor con su acto elige la jurisdicción y la normatividad que no le conviene, sujetando al padre víctima del despojo a plantear el reclamo de custodia en un país diferente y con una legislación distinta a la que gobernaba las relaciones de familia en el momento en que se produce el rapto. El sistema que adopta el tratado intenta evitar que se premie la avilantez de uno de los padres que mediante un acto inconsulto, ilícito y clandestino

priva al otro padre de sus derechos. Los actos ilícitos no pueden crear derechos. No sobra añadir que la clandestinidad del acto viene del ocultamiento que se hace al otro padre, bien del traslado o bien de la intención no revelada del no retorno.

Además de lo anterior obsérvese que la restitución inmediata y urgente del menor tiende a evitar que como fruto del traslado ilegal, con el paso del tiempo pueda crearse un nuevo entramado de relaciones del menor con alguna otra rama de su familia antes desconocida o no habitual, que haga nuevos amigos, en suma, que se inscriba de tal modo en el nuevo escenario, que ante esa situación creada después los jueces que deban resolver sobre el derecho de guarda se vean forzados a reconocerle, como un impedimento para romper una situación consolidada, posiblemente estable, armoniosa y edificante para el menor, pero contaminada en su fuente con un proceder ilícito. Es de considerar entonces que la restitución inmediata y urgente busca evitar que se consolide un nuevo *statu quo*, y que por la adaptabilidad del menor esa nueva situación pueda servir de impedimento para que el juez altere el nuevo estado, pues de hacerlo podría causar perjuicio al menor. La restitución inmediata (Art. 1° del Convenio) y urgente (Art. 2°), guarda consonancia con la imposibilidad de que las autoridades judiciales del país a donde ha sido trasladado ilícitamente el menor resuelvan sobre el derecho de guarda, como nítidamente lo establece el artículo 16 del Convenio.

Síguese de ello que las autoridades del país requerido no pueden resolver sobre el derecho de custodia, hasta tanto no se decida el tema de la restitución internacional del menor, lo cual señala que el proceso por el cual se dispone la restitución internacional de los menores no puede convertirse de manera directa o indirecta en un juzgamiento sobre lo que más le conviene al niño, ni en un sustituto del debate del derecho de guarda, cosa que acontece si se diese excesivo valor o se prolongara indefinidamente la investigación interna, en el caso colombiano por el ICBF.

CAUSALES QUE IMPIDEN LA RESTITUCIÓN INMEDIATA

Carencia del derecho de guarda en el solicitante

El artículo 13 del Convenio dispensa a las autoridades del país requerido de ordenar el regreso, sí es que el padre que vive en el país requirente no ejercía la guarda. Naturalmente que si el padre o la institución no ejercían el derecho de guarda en el momento inicial en que se produjo el traslado, este deja de ser ilícito y por lo mismo no se aplica el Convenio.

Peligro del menor al regreso

En ocasiones de lo que se trata es de una situación de grave riesgo al retorno como impediendo de la orden de restitución. No obstante que es posible y conveniente hacer algunas indagaciones al respecto, debe considerarse que el mandato de regreso al país de origen no implica necesariamente el retorno al mismo techo del padre, o de la institución en la cual de modo aparente se cierne un peligro, pues nada impide que en

el país requirente se tomen las medidas necesarias y urgentes para conjurar el peligro que pueda afectar al menor, incluida la intervención de las autoridades consulares y diplomáticas del país requerido o el de la nacionalidad del menor.

Lo que no parece conveniente es sugerir que el simple regreso al que era país huésped, implique un peligro para el menor, pues podría leerse como que la legislación de allí carece de instrumentos de protección al menor y que sus autoridades no protegen a los niños contra el peligro que sobre ellos se cierne por obra de uno de sus padres. La inserción en el mundo de los tratados y en el derecho internacional, supone la confianza en los instrumentos jurídicos, y en que los países signatarios son naciones civilizadas, con jueces y legislaciones que obligan a la protección de los menores contra el peligro. Si las autoridades judiciales del país requerido niegan la restitución pretextando peligro institucional en el país que era huésped antes del traslado ilícito, ello acarrearía una lectura inconveniente, según la cual el peligro vendría de someter la decisión de custodia a las autoridades judiciales extranjeras, lo cual no sería compatible con los fines del tratado, pues descalificaría de un tajo a otras naciones como idóneas para juzgar sobre la custodia.

CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA

Restitución internacional de menores. Artículo 112.

Procedimiento para la restitución internacional de los menores

Ley 1008 de 23 de enero de 2006

Ámbito de aplicación: Para todos los compromisos internacionales en Colombia relativos a los principios, derechos y libertades de los niños, adolescentes.

La ley también se aplica a las familias.

La fase administrativa

Le corresponde al ICBF, que según los diversos tratados es la denominada "autoridad central", órgano administrativo que hace de interlocutor nacional de los órganos administrativos pares en los países requirentes.

La fase judicial

Al Juzgado de Familia, y en su defecto a los Juzgados Civiles y Promiscuos Municipales. Las funciones que la ley crea son prevalentes y sus trámites deben ser rápidos, lo cual se compadece con la urgencia necesaria, si de restitución internacional de menores se trata.

Tipología de proceso

Verbal sumario en dos instancias.

Respeto a la especificidad de otros procedimientos

Si hay otros procedimientos específicos para un asunto internacional de menores y familia, esta ley no se aplica.

Minoridad

En este tipo de controversias la minoría de edad se fija en 16 años. (Art. 2° de la Convención Interamericana de Montevideo y Art. 4° del Convenio de la Haya.)

Artículo 137. Restitución internacional de niños, las niñas o los adolescentes.

Con el informe del Defensor de Familia sobre el desacuerdo para la restitución internacional del niño, niña o adolescente, el juez de familia iniciará el proceso.

El Defensor de Familia intervendrá en representación del interés del niño o adolescente retenido ilícitamente, sin perjuicio de la actuación del apoderado de la parte interesada.

LOS NUEVOS RUMBOS DEL DERECHO DE FAMILIA

Las nuevas rutas del derecho de familia podrían ser las siguientes:

- Por qué el juez de familia.
- El perfil del juez de familia.
- Poderes del juez.
- Responsabilidad del juez.
- El poder cautelar del juez en materia de familia.
- La urgencia manifiesta.
- Violencia familiar, familias migrantes, derechos de los migrantes,
- Ancianidad, niñez y adolescencia.
- Discapacidad.
- Género
- Tratamiento de victimarios.
- Derecho de las víctimas en la familia, indisponibilidad.
- Suicidio y familia.
- Uxoricidio.
- Concepto de familia.
- El derecho a la intimidad como espacio de complicidad e impunidad, lo público y lo privado, una frontera difusa.
- Adopción y violencia
- Otras contingencias procesales
- Derecho a la identidad sexual.
- Derechos sexuales y reproductivos.
- Inseminación artificial, fecundación "in vitro", adopción.
- Derecho de Familia e interdisciplinar.
- Distintas formas de organización familiar.
- Cuestiones de bioética y Derecho de Familia.
- Una intersección Derecho de Familia y Derecho Penal
- La prueba en los juicios de familia.
- Las personas con discapacidades
- Sus derechos
- Salud mental y derecho en la sociedad actual

- Personas con sufrimiento mental.
- Derechos fundamentales del paciente.
- Derechos fundamentales del paciente terminal.
- La discapacidad mental en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos
- Sistema supranacional.
- Ámbito Colombiano.
- Coerción en el tratamiento de los pacientes mentales y la ley.
- Internación psiquiátrica.
- Del hospicio a la comunidad.
- Aspectos jurídicos de la reforma psiquiátrica
- Los derechos específicos de los pacientes mentales.
- Los profesionales de la salud mental como responsables jurídicos.
- La práctica psicoanalítica.
- Profesionales de la salud y pacientes: sus relaciones jurídicas.
- Paciente mental víctima de sí mismo.
- Deber de seguridad y responsabilidades.
- El suicidio: responsabilidades, profesionales e instituciones.
- Daños a terceros.
- Daños sufridos durante la internación psiquiátrica institucional, responsabilidad del Estado.
- Decisiones, consultas y consentimiento informado.
- El deber informativo, el consentimiento y la responsabilidad civil.
- Protección de la intimidad y deber de confidencia.
- El secreto profesional.
- Los pacientes mentales como consumidores: la ingesta de fármacos.
- Los pacientes mentales como consumidores de productos, manejo y facilidades. Información.
- Carga de información y responsabilidad civil del productor.
- Responsabilidad por daños derivados del divorcio.
- La acción de daños derivados de la violencia y el divorcio.
- Responsabilidad por falta de reconocimiento de hijo.
- Responsabilidad por frustración de las expectativas, ruptura intempestiva. Muerte, solidaridad y restitución de gastos de última enfermedad.
- Acciones de los hijos contra los padres por daños a la salud de los hijos en la procreación natural.
- Acciones de los hijos contra los padres por daños a la salud de los hijos en la reproducción humana asistida.
- Daños entre cónyuges y entre padres e hijos
- Responsabilidad por la privación de la presencia de uno de los padres. Responsabilidad del Estado.
- Responsabilidad por frustración de la maternidad y de la paternidad, entre cónyuges y respecto de terceros.
- Evolución de la consideración de la homosexualidad
- Denominación, concepto y caracteres.
- Los homosexuales, las uniones homosexuales y la familia.

- Efectos frente a terceros.
- La homosexualidad, las leyes inmigratorias y el sida
- Daños derivados de la muerte.
- La liquidación de bienes por disolución de la unión de hecho homosexual.
- Alimentos.
- Adopción.
- Los homosexuales y la procreación asistida en la legislación y jurisprudencia comparadas.
- Los principios jurídicos y sus funciones
- El principio básico: la familia, institución natural y fundamental para el ser humano y la sociedad
- El principio de protección de la familia
- Aspectos de la protección de la familia
- Protección del matrimonio
- Acciones de estado
- Los derechos de la familia en el contexto de los derechos humanos
- La igualdad de los sujetos, la autonomía de la voluntad, la solidaridad, el interés superior del niño, el principio “no dañar”.
- El abuso del derecho en las relaciones de familia.
- Fraude entre cónyuges
- Cuestiones conexas.
- Medidas precautorias.

BIBLIOGRAFÍA

CADOCHÉ, Sara Noemí. *Violencia familiar*. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 2002.

D' ANTONIO, Daniel Hugo. *Visión jurisprudencial de la separación personal y el divorcio vincular*. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 1998.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Protección contra la violencia familiar*. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 2006.

_____, HERRERA, Marisa. *La familia en el nuevo derecho*. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 2009.

_____, PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. *Nuevos perfiles del derecho de familia*. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 2006.

KIELMANOVICH, Jorge L. *Juicio de divorcio y separación personal*. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 2002.

KRAUT, Alfredo Jorge. *Pacientes mentales y derecho privado. Tutela jurídica*. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 2006.

_____, *Salud mental. Tutela jurídica*. Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe, 2006.

MEDINA, Graciela. *Daños en el derecho de familia*. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 2008.

_____, *La adopción*. Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe, 2006.

_____, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe, 2001.

_____, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*. Rubinzal - Culzoni Editores. Santa Fe, 2001.

_____, *Proceso sucesorio*. Tomos I y II .Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 2006.

_____, *Uniones de hecho – homosexuales*. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 2001.

MÉNDEZ COSTA, María Josefa. *La exclusión hereditaria conyugal*. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 2009.

_____, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 2006.

_____, *Visión jurisprudencial de la filiación*. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 1997.

_____, *Visión jurisprudencial de la sociedad conyugal*. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 1998.

_____, FERRER, Francisco A. M. - D'ANTONIO, Daniel Hugo. *Derecho de familia*. Rubinzal - Culzoni Editores. Buenos Aires, 2008.

Perspectiva constitucional de los derechos de la niñez y la adolescencia

José Mauricio Marín Mora

PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

AUTOR: José Mauricio Marín Mora
FECHA DE RECEPCIÓN: Julio 25 de 2010
DIRECCIÓN: jmmarinmora@gmail.com

RESUMEN: La presente investigación ha sido presentada y expuesta en el programa de MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA, de la FACULTAD DE DERECHO de la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA, los días 17 y 18 de marzo de 2010.

PALABRAS CLAVE: Familia, Constitución, Prevalencias constitucionales, Interés superior, Niño, Adolescente.

ABSTRAC: The present paper is a product of the research presented and exposed on the FAMILY LAW MAGISTER PROGRAM, from UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA LAW SCHOOL, the 17 and 18 march, 2010.

KEYWORDS: Family, Constitution, Prevalence constitutional, interests, Child, Teen.

Perspectiva constitucional de los derechos de la niñez y la adolescencia

José Mauricio Marín Mora*

1. Presentación

La temática se basa, como eje central, en las normas que al respecto consagra la Constitución Política en torno a la familia y a la niñez y la adolescencia, cuestiones inescindibles por su marcada y estrecha relación. Además, se desarrollará con sustento en el conjunto de leyes y decretos que sobre el particular existen en nuestro ordenamiento jurídico, acudiendo a citas de jurisprudencia y doctrina, como criterios auxiliares en la interpretación y aplicación de la ley, en los puntos que así merezcan destacarse. Por último, se mirará de modo esquemático el denominado bloque de constitucionalidad en relación a dicha materia.

2. Antecedente histórico

La Constitución Política de 1886 no se ocupó de regular en forma particular y expresa el tema relativo a la familia y a las personas que la integran, como tampoco el cúmulo de derechos y deberes que giran en torno a la misma y a sus miembros. Tangencialmente la Carta Magna derogada se refirió a la familia en dos de sus disposiciones:

Artículo 23, cuando al reglamentar los derechos civiles y las garantías individuales, preceptuaba que nadie podía ser molestado en su persona y familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino por orden de autoridad competente, con las formalidades legales y por motivos definidos en la ley.

Artículo 50, que facultó al legislador para establecer el patrimonio de familia inalienable e inembargable, instituto jurídico que efectivamente fue creado por la ley 70 de 1931 modificada y reglamentada por ley 91 de 1936, los decretos 2476 de 1953 y 3073 de 1968 y la ley 495 de 1999.

Lo anterior conllevó, ante la falta de una regulación constitucional idónea respecto

* Abogado, Universidad Santo Tomas; Especialista en Derecho de Familia, Universidades Externado de Colombia y UNAB; Magíster en Derecho de Familia, UNAB; Magistrado de la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga.

del tema, a la expedición de múltiples estatutos legales concernientes al derecho de familia, cuya base principal se consagró en el Código Civil, tendencia que en buena medida aún persiste en la actualidad, aunque se han promulgado y siguen emergiendo a la luz jurídica leyes especiales en ese sentido.

En mi opinión, ante ese amplio conjunto normativo haría útil sería propender por su unificación en un Código de Familia, que incluyera el Código de la Infancia y la Adolescencia, que nos rige desde la ley 1098 de 2006.

Vale la pena anotar, que nuestro Código Civil tampoco contempla una concepción de la familia considerada como tal. Puede decirse que tan sólo dos disposiciones aluden a la familia:

Artículo 61, que fundado en el criterio del parentesco enumera las personas a quienes la ley estima como tales, señalando que en aquellos eventos en que se disponga que se oiga a los parientes, como en un proceso de suspensión o privación de la patria potestad, debe citarse a quienes allí se indican en el orden en que aparecen, a saber:

1. Los descendientes.
2. Los ascendientes, a falta de descendientes.
3. El padre y la madre extramatrimoniales que hayan reconocido voluntariamente al hijo, o éste a falta de descendientes o ascendientes.
4. El padre y la madre adoptante, o el hijo adoptivo, a falta de parientes de los números 1, 2 y 3.
5. Los colaterales legítimos hasta el sexto grado, a falta de parientes de los números 1, 2, 3, y 4.
6. Los hermanos extramatrimoniales, a falta de los parientes expresados en los números anteriores.
7. Los afines legítimos que se hallen dentro del segundo grado, a falta de los consanguíneos anteriormente indicados.

Agrega la norma que si la persona fuere casada, se oirá también, a su cónyuge. En la actualidad, a mi juicio, nada obsta para que de igual manera se oiga a su compañero o compañera permanente. Si alguno de los que deben oírse no es mayor de edad o se halla sujeto a guarda, se oirá a su representante legal.

Se concibe así el concepto de familia extensa que está conformada por los cónyuges o compañeros permanentes, los ascendientes y descendientes, los padres adoptantes, los hijos adoptivos, los colaterales hasta el sexto grado y los afines hasta el segundo grado.

Artículo 874, que acogiendo un parámetro de contenido económico, regula la noción de la llamada familia extensa, al prescribir en lo atinente a los derechos del usuario y del habitador, que en las necesidades personales de éstos se comprende también las de su familia, que se entiende formada por su mujer y los hijos existentes a la constitución de dichos derechos, como los que sobrevienen después, aún cuando el

usuario o el habitador no esté casado ni haya reconocido hijo alguno. La norma igualmente amplía la concepción de familia a las demás personas que viven bajo el mismo techo, caso de los servidores domésticos y los que vivan a costa de aquellos, como los ahijados o los denominados hijos de crianza, o los que sean beneficiarios de alimentos a cargo de los mismos, caso de los padres, nietos y hermanos, a modo de ejemplo.

De otro lado, el Código Civil no contiene un libro dedicado a la familia. Por el contrario, las disposiciones que la regulan aparecen en el libro primero “*DE LAS PERSONAS*” y en el libro cuarto “*DELAS OBLIGACIONES*”, título 22.

3. El Derecho de familia en la Constitución Política de 1991

Si bien en desarrollo de la Asamblea Nacional Constituyente que dio paso a la actual Constitución se presentaron varios proyectos tendentes a consagrar en un capítulo unificado el tema de la familia y su protección integral, ello en últimas no se logró. En consecuencia, la materia concerniente al derecho de familia está reglamentada en varios títulos, capítulos y artículos de la Carta Magna, así:

Título I “*De los Principios Fundamentales*”, artículo 5. Título II “*De los Derechos, Garantías y Deberes*”, capítulo I “*De los Derechos Fundamentales*”, artículos 13, 14, 15, 16, 21, 28 y 33; capítulo 2 del mismo título “*De los Derechos Sociales, Económicos y Culturales*”, artículos 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 51, 67, 68 y 70.

4. Derechos fundamentales de los niños y los adolescentes

Se encuentran previstos por el artículo 44 de la Constitución que estatuye: “*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 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”.

La referida norma es de cardinal importancia respecto de la previsión constitucional del conjunto de derechos de que son titulares los niños los adolescentes, que de manera categórica y expresa revisten la naturaleza de fundamentales y prevalentes, aunado a que en caso de conflicto de tales derechos con los derechos de los demás prevalecerán aquellos. Dicha preceptiva ha servido de base para la reglamentación

del tema en comento, que sin duda debe continuar desarrollándose y reglándose con la exigencia y la dinámica que se impone en una sociedad que día a día experimenta transformaciones y cambios que requieren respuestas legales adecuadas y eficientes, que se ajusten al devenir y a la realidad histórica que vivimos.

Miremos uno de los múltiples precedentes jurisprudenciales sobre la materia:

“Repárese en la contextura abierta del artículo 44 de la C P que, luego de consagrar los derechos fundamentales del niño, efectúa un reenvío a la ley y a los tratados internacionales con el objeto de completar su disciplina protectora y preceptiva, de modo que a los derechos que provengan de estas fuentes se extienda la garantía constitucional como quiera que los derechos de los niños, con independencia de su fuente, prevalecen sobre los derechos de los demás.

En el otorgamiento de este estatus especialísimo del menor seguramente se han tomado en consideración las necesidades específicas de protección derivadas de su falta de madurez física y mental, debilidad, y la trascendencia de promover decididamente su crecimiento, bienestar y pleno desarrollo de su personalidad. De ahí que, se reitera, la tutela de la Constitución no se circunscriba a manifestaciones o pretensiones específicas, como ocurre en general con los restantes derechos fundamentales de las personas, sino que abarque al niño en su plenitud, vale decir, en la integridad de su dimensión existencial.

La consideración del niño como sujeto privilegiado de la sociedad produce efectos en distintos planos. La condición física y mental del menor convoca la protección especial del Estado y le concede validez a las acciones y medidas ordenadas a mitigar su situación de debilidad que, de otro modo, serían violatorias del principio de igualdad (C P art. 13). Dentro del gasto público social, las asignaciones dirigidas a atender los derechos prestacionales en favor de los niños deben tener prioridad sobre cualesquiera otras (C. P., art. 350). Todas las personas gozan de legitimidad para exigir el cumplimiento de los derechos de los niños y la sanción de los infractores (C. P., art. 44). La coordinación de derechos y la regulación de los conflictos que entre éstos se presenten en el caso de que se vea comprometido el de un menor, debe resolverse según la regla pro infans (C. P., art. 44). Se observa que el trato especial que se dispensa al niño, lejos de ser un intento de conferirle protagonismo, no es otra cosa que un ensayo de igualación que realiza el mismo constituyente: como el niño no sabe ni puede pedir, la Constitución autoriza a todos a que pidan por él; como el niño no puede hacer que sus derechos se impongan cuando entren en conflicto con los de los demás, la Constitución define directamente su prevalencia” (Corte Constitucional sentencia C-041 del 3 de febrero de 1994).

5. Prevalencia superior de los derechos y del interés superior de los niños y adolescentes

En tal dirección, a manera de conceptualización básica y de suma importancia, el artículo 3 de la ley 1098 de 2006: Código de la Infancia y la Adolescencia, señala: “Para todos los efectos de esta ley son sujetos titulares de derechos todas las

personas menores de 18 años. 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 de edad.

Parágrafo 1. En caso de duda sobre la mayoría o minoría de edad, se presumirá esta. En caso de duda sobre la edad del niño o adolescente se presumirá la edad inferior. Las autoridades judiciales y administrativas, ordenarán la práctica de las pruebas para la determinación de la edad, y una vez establecida, confirmarán o revocarán las medidas y ordenarán los correctivos necesarios con sujeción a la ley.

Parágrafo 2. En el caso de los pueblos indígenas, la capacidad para el ejercicio de derechos, se regirá por sus propios sistemas normativos, los cuales deben guardar plena armonía con la Constitución Política”.

Es de advertir que en caso de duda sobre la edad del niño o adolescente, la autoridad competente para rendir peritazgo al respecto es el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, con sujeción al artículo 36 de la ley 938 de 2004. Por tanto, siempre que tal situación ocurra en cualquier asunto la autoridad que lo conozca debe adoptar las previsiones necesarias para que dicho ente emita le respectiva experticia.

Interesa acotar que el artículo 34 del Código Civil considera infante o niño, al que no ha cumplido siete años; impúber, quien no ha cumplido catorce años; y púber, quien es menor dieciocho años, clasificación que opera para los casos e instituciones que dicha codificación gobierna, como los relativos al matrimonio, al régimen de representación legal y a los aspectos de índole patrimonial.

El referido concepto normativo constitucional implica que los derechos de la niñez y la adolescencia son fundamentales por definición de la propia Carta, de modo que corresponden en su gran mayoría a los que se denominan de primera generación, y además prevalecen sobre los derechos de los demás. Por tanto, en caso de un conflicto de cualquier naturaleza los derechos de aquellos deben primar sobre los de otras personas. Queda así realizada la preponderancia del interés superior en mención.

De manera que en pos del condigno desarrollo y eficaz aplicación del principio que se examina, importa destacar un conjunto de disposiciones que sobre el particular contempla la ley 1098 de 2006: Código de la Infancia y la Adolescencia, como sigue:

Artículo 1. Finalidad. *“Este Código tiene por finalidad garantizar a los niños 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”.*

Artículo 2. Objeto. *“El presente Código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños y los adolescentes,*

garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado”.

Artículo 5 que otorga a los preceptos contenidos en dicho estatuto una especial naturaleza, que se acompasa y desarrolla la norma constitucional, así: *“Las normas sobre los niños y los adolescentes, contenidas en este Código, son de orden público, de carácter irrenunciable y los principios y reglas en ellas consagrados se aplicarán de preferencia a las disposiciones contenidas en otras leyes”.*

Artículo 8. Interés superior de los niños y los adolescentes. *“Se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”.*

Artículo 9. Prevalencia de los derechos. *“En todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona.*

En caso de conflicto entre dos o más disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará la norma más favorable al interés superior del niño o adolescente”.

Artículo 11. Exigibilidad de los derechos. *“Salvo las normas procesales sobre legitimidad en la causa para incoar las acciones judiciales o procedimientos administrativos a favor de los menores de edad, cualquier persona puede exigir de la autoridad competente el cumplimiento y el restablecimiento de los derechos de los niños y los adolescentes.*

El Estado en cabeza de todos y cada uno de sus agentes tiene la responsabilidad inexcusable de actuar oportunamente para garantizar la realización, protección y el restablecimiento de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.

Parágrafo. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como ente coordinador del sistema nacional de bienestar familiar, mantendrá todas las funciones que hoy tiene (leyes 75 de 1968 y 7 de 1979) y definirá los lineamientos técnicos que las entidades deben cumplir para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, y para asegurar su restablecimiento. Así mismo coadyuvará a los entes nacionales, departamentales, distritales y municipales en la ejecución de sus políticas públicas, sin perjuicio de las competencias y funciones constitucionales y legales propias de cada una de ellas”.

Véase que en la orientación en comento como punto de suma trascendencia se faculta por vía constitucional y legal a cualquier persona, como regla general, para

exigir ante la autoridad competente el cumplimiento de las normas protectoras de los niños y los adolescentes, solicitando la aplicación de las sanciones pertinentes a los responsables de la infracción. Ello tiende a comprometer a los integrantes de la sociedad en la observancia de *“la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos”*, como la precitada norma constitucional lo consagra.

En mi sentir se trata de motivar y fortalecer los valores de la solidaridad y de corresponsabilidad, hoy tan venidos a menos, propiciando que los ciudadanos se involucren y participen en el trípede que según la previsión de la Carta forman la familia, la sociedad y el Estado con miras a lograr los referidos fines, de modo que tan caros y loables objetivos y propósitos no se queden en el mero texto normativo.

Citas de jurisprudencia: Sentencias Corte Constitucional: T 402 de 1992; C 041 de 1994; T 408 de 1995; T 477 de 1995; T 408 de 1995, y T 587 de 1998.

6. Derecho a tener una familia y no ser separado de ella, en la que se prodigue a los niños y adolescentes cuidado y amor.

El artículo 42 de la Carta declara que: *“La Familia es el núcleo fundamental de la sociedad”*. A su turno el artículo 5 de la misma obra dice: *“El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara la familia como institución básica de la sociedad”*.

Se otorga así a la familia el carácter de institución básica de la sociedad y por ende del Estado. Sin duda se mantiene el criterio mayorista de la doctrina y la jurisprudencia tanto nacional como extranjera de considerar a la familia como una institución social, permanente y natural. No es, por tanto, una persona jurídica, porque su regulación es eminentemente individualista; es decir, se reconocen derechos inherentes y radicados en la persona de cada uno de sus miembros, más no a la célula familiar de manera integral. Carece entonces la familia como núcleo de la capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. De manera que si resulta necesario hacer valer los derechos de los integrantes de la familia, la pertinente acción debe ser ejercitada por el miembro de la misma legitimado con tal fin y de manera individual o particular, por sí mismo o por conducto de quien deba asistirlo, más no como representante de un ente que jurídicamente no existe.

El citado artículo 42 dispone que la familia *“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”*.

Reconoce así la Constitución dos clases de familia: La legítima que se crea mediante la celebración de un matrimonio civil o religioso; y la natural que se constituye a través de la denominada unión de hecho, que se da cuando una pareja acuerda libremente convivir sin ningún formalismo legal.

La primera se regula por los artículos 113 a 169 del Código Civil y la segunda por las leyes 54 de 1990, 962 y 979 de 2005.

Asu turno el artículo 22 de la ley 1098 de 2006 preceptúa: Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. *“Los niños y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella.*

Los niños y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos conforme a lo previsto en este Código. En ningún caso la condición económica de la familia podrá dar lugar a la separación”.

El ya referido artículo 42 de la Constitución en su inciso 4 indica: *“Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes”.* Y el inciso quinto agrega: *“Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y será sancionada conforme a la ley”.*

Esta disposición armoniza con el artículo 13 de la Carta que reza: *“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 raza, sexo, 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 a favor de grupos discriminados o marginados”.*

Se reitera así por la Constitución la igualdad de derechos y obligaciones de la pareja, esposo y esposa, compañero y compañera, trátese de familia legítima o natural. Dicho equilibrio rige en Colombia desde la promulgación del decreto 2820 de 1974. Se reafirma además la potestad o autoridad familiar compartida radicada en ambos padres.

Además se destaca el respeto que debe presidir las relaciones familiares, entendido como un valor que propicia y garantiza la convivencia, el diálogo, la tolerancia y la opinión de y entre todos los integrantes de la familia. La pérdida del respeto recíproco de los miembros de la célula familiar afecta, por lo general, su unidad y genera su descomposición y muy seguro aniquilamiento

El artículo 42 de la Carta en su inciso 6 dispone que: *“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera del él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”.*

Se consagra de esta forma la igualdad entre los hijos, ya prevista por la ley 29 de 1982, para equiparar en punto de derechos y obligaciones a los hijos legítimos, a los extramatrimoniales, adoptivos o procreados.

El artículo 42 inciso 7 dice: *“La Ley reglamentará la progeneración responsable”.* Esta expresión resulta más adecuada ya que comprende no solo la paternidad responsable sino además la maternidad responsable, que abarcaría figuras como el llamado madre-solterismo.

Entendemos que el concepto de la progenitura responsable cobija el aspecto de la planificación familiar y de ciertos deberes de los padres, que según voces del inciso 8 de la precitada norma se regula así: *“La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”*.

Confirma, por tanto, el precepto constitucional la regla de que el embarazo, la crianza y educación de los hijos es responsabilidad solidaria de la pareja y no sólo del padre o la madre. Se permite así a los esposos y a los compañeros permanentes decidir el número de hijos que deseen tener aplicando los métodos de planificación que a bien tengan, para dar lugar a una procreación responsable, concibiendo sólo los hijos que les sea posible criar, educar, sostener y formar de acuerdo con sus capacidades de todo orden. Por lo menos, teóricamente, deben acabarse los hijos para el abandono o los hijos por accidente.

Sobre el tema analizado el artículo 14 de la ley 1098 de 2006 prescribe: “La responsabilidad parental es un complemento de la patria potestad establecida en la legislación civil. Es además la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos.

En ningún caso el ejercicio de la responsabilidad parental puede conllevar violencia física, psicológica o actos que impidan el ejercicio de sus derechos”.

Citas de jurisprudencia. Corte Constitucional: Sentencias T 523 de 1992: La familia como institución social básica. La unidad familiar principio supremo. T 179 del 7 de mayo de 1993; C 477 del 7 de julio de 1999; T 292 de 2004, y T 1275 del 6 de diciembre de 2005.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: Sentencia del 25 de octubre de 1994: Protección de la familia extramatrimonial. Unión marital de hecho.

Consejo de Estado: Sentencia del 6 de mayo de 1992, Sala Plena: Protección de la familia como institución básica.

“Consecuencia obligada de la importancia que el Constituyente de 1991 atribuyó a la familia, en su carácter de institución fundamental para el normal desarrollo de la personalidad humana, fue la consagración expresa del derecho de todo niño a tener una familia y no ser separado de ella expresamente incorporado hoy en la Carta (art. 44).

Cuando se revisan los antecedentes de esta norma resulta claro que el Constituyente plasmó en ella su íntima creencia de que:

‘La situación perfecta para un hogar es vivir bien, en familia. El ideal de quienes integran en cualquier forma su núcleo familiar es el de vivir unidos para siempre

entre sí y con sus hijos. El máximo desarrollo para un niño es el que puede lograr con sus padres y familia”.

En estas condiciones, es fácil comprender que el divorcio sea necesario sólo en la medida en que así lo exija el bienestar de la familia y, en particular, el de los niños, por cuanto: “es preferible el adecuado desarrollo emocional de un niño, que el crecer con la figura simbólica de unos padres cuando estos con su conducta y ejemplo, le proporcionan malformaciones que luego serán la línea de conducta con sus propios hijos”.

Es claro que a la familia corresponde pues, la responsabilidad fundamental de la asistencia, educación y cuidado de los niños, tarea en la que habrá de contar con la colaboración de la sociedad y del Estado. Este último cumple una función manifiestamente supletoria, cuando los padres no existen o cuando no puedan proporcionar a sus niños los requisitos indispensables para llevar una vida plena.

Dentro de este contexto general se entiende por qué la Carta de 1991 “privilegia la condición del niño en todo momento y circunstancia, en razón a su especial vulnerabilidad, como un deber del individuo, la sociedad y los poderes públicos, y como interés supremo de la raza humana.

Por tanto, estos significativos antecedentes son de particular utilidad para desentrañar el espíritu de las normas constitucionales en materia de los derechos de los niños, particularmente en el momento de su aplicación. Prevalece en ellos una diada inescindible que compromete y determina la tarea del sentenciador a saber: el niño debe ser ubicado fundamentalmente en el ámbito de una familia, como condición esencial para su desarrollo y protección.

Esta relación es de tal importancia que el constituyente la elevó a la naturaleza de derecho fundamental que rige por encima de la voluntad –no pocas veces voluble– de sus progenitores, sobre todo en situaciones típicas de crisis de pareja. Vale decir, el ofrecerle al niño un ambiente familiar es hoy no sólo manifestación natural de afecto y generosidad de sus progenitores, sino también derecho exigible por el niño, con todas sus consecuencias y en todas aquellas circunstancias en que así lo demanden su protección y bienestar”.

“La consagración expresa del derecho fundamental y prevalente del niño a tener una familia y no ser separado de ella implica que su unidad constituye hoy exigencia que desborda la voluntad individual de los miembros del grupo, en aras de la primacía y supervivencia de la institución familiar como el ambiente más adecuado y natural para el desarrollo de la personalidad humana, según la concepción plasmada en la Carta de 1991.

Con todo, como bien lo destaca la doctrina, la unidad familiar no significa necesariamente indisolubilidad del matrimonio.

Unidad de la familia no es solamente y siempre, pues, unión de afectos y sentimientos, unidad espiritual; ni su función se limita exclusivamente a la igualdad

de los cónyuges; la unidad tiene una relevancia jurídica tanto en el momento fisiológico como en el patológico de la vida familiar, mientras exista una comunidad, –así sea materialmente separada, que deba perseguir, aún en reducidos rangos la función social a que está destinada. En efecto, no parece que la unidad de la familia sea un límite válido “sólo cuando los cónyuges viven unidos”, de modo que en régimen de separación personal sería inconcebible hablar de ella.

Precisamente, cuando existe desacuerdo la unidad prevalece sobre la igualdad superando “una rígida concepción paritaria entre marido y mujer y simultáneamente sustrayendo a la mayoría de las partes de la autonomía del reglamento. La unidad se convierte en el más genuino instrumento para la actuación del respeto, pleno e integral, de la personalidad de los cónyuges y de la prole; es el fundamento en que debe inspirarse para una interpretación moderna de la exigencia y de la tutela del sujeto en el ámbito de la comunidad familiar. Pero a la unidad de la familia no se le puede atribuir un valor exclusivamente formal; debe hacerse el esfuerzo de investigar el interés o los intereses que están en su base: el denominado interés superior de la familia y/o el potenciamiento de la personalidad individual”. (Sentencia T 523 de 1992: La familia como institución social básica. La unidad familiar principio supremo. M.P. Ciro Angarita Barón)

7. Derechos a la vida y a la integridad física

El artículo 13 de la Carta preceptúa: *“El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”.*

El derecho a la vida lo desarrolla el Código de la Infancia y la Adolescencia en su artículo 17, así: *Derecho a la vida y a la calidad de vida y a un ambiente sano. “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la vida, a una buena calidad de vida y a un ambiente sano en condiciones de dignidad y goce de todos sus derechos en forma prevalente.*

La calidad de vida es esencial para su desarrollo integral acorde con la dignidad de ser humano. Este derecho supone la generación de condiciones que les aseguren desde la concepción cuidado, protección, alimentación nutritiva y equilibrada, acceso a los servicios de salud, educación, vestuario adecuado, recreación y vivienda segura dotada de servicios públicos esenciales en un ambiente sano.

Parágrafo. El Estado desarrollará políticas públicas orientadas hacia el fortalecimiento de la primera infancia”.

Nótese que tal derecho, como valor supremo de toda persona, se concibe bajo un marco y un alcance general e integral que involucra un conjunto de condiciones y aspectos concurrentes que tienden a garantizar la efectividad de otros derechos, que en todo caso gozan de una regulación independiente, como más adelante se verá.

Además se protege el derecho del nasciturus desde su concepción, prerrogativa que también consagra el Código Civil en su artículo 91, como sigue: “La ley protege

la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona, o de oficio, las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará”.

Significa que en el punto prima el interés superior y prevalente de que se viene hablando, de forma tal que se autoriza la adopción de las medidas necesarias por los funcionarios competentes, tanto judiciales como administrativos, para amparar al nasciturus a iniciativa oficiosa o por solicitud de cualquier ciudadano.

En esa línea se enfatiza que el artículo 135 del decreto 2737 de 1989: Código del Menor, norma que continúa vigente por mandato del artículo 217 de la ley 1098 de 2006, al igual que el artículo 111 numeral 1 de ésta, disponen: “La mujer grávida podrá reclamar alimentos respecto del hijo que está por nacer, del padre legítimo o extramatrimonial”.

Luego si se trata de un hijo concebido en el seno de un matrimonio basta con acreditar la existencia de ese vínculo para poder obrar en la forma indicada. En tanto que si el hijo es extramatrimonial se requiere el reconocimiento voluntario del padre, sin perjuicio de que se aplique lo prevenido por el artículo 1 de la ley 1060 de 2006 que preceptúa: “El hijo concebido durante el matrimonio o durante la unión marital de hecho, tiene por padres a los cónyuges o compañeros permanentes”. De contera, ante éste último supuesto es forzoso demostrar que existe la referida unión.

Los aludidos alimentos se pueden reclamar vía conciliación con arreglo a la ley 640 de 2001 o por proceso judicial, previo agotamiento del requisito de procedibilidad que regulan sobre el tema los artículos 35 y 40 de la prenombrada ley.

Citas de jurisprudencia: Sentencias Corte Constitucional: T 102 de 1993; T 179 de 1993; T 179 de 1993; Protección del derecho del que está por nacer. C 133 del 17 de marzo de 1994; C 239 de 1997; T 223 de 1998: Los derechos fundamentales del que está por nacer son exigibles desde la concepción. T 999 del 27 de octubre de 2003; C 008 del 14 de enero de 2010.

“Nasciturus es el término con el que se denomina al no nacido o que está por nacer. La discusión acerca de si el nasciturus es persona o no ha sido clásica en la literatura jurídica.

La vida como supremo interés de la sociedad política organizada, como máximo escalón dentro de la jerarquía de valores, es reconocida como un derecho inviolable y protegido jurídicamente en sus diferentes etapas.

La responsabilidad compartida de los padres surge desde el momento mismo de la concepción.

El constituyente de 1991 consagró como uno de los fines del Estado y la sociedad, la protección a toda persona en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades. Ello sobre la base del respeto por la dignidad humana, de que trata el

artículo 1º de la Constitución Política, en cuyo caso “ser digno en sentido jurídico significa, en una primera y radical acepción, que la persona humana por el hecho de tener ontológicamente una superioridad, un rango, una excelencia, tiene cosas suyas que, respecto de otros, son cosas que le son debidas” (HOYOS CASTAÑEDA, Ilva Myriam. El concepto jurídico de la persona, Editorial Eunsa, Pamplona. 1989, pág. 483).

Constitucionalmente la protección del no nacido se encuentra en el preámbulo y en el artículo 11 (del derecho a la vida), por vía directa y por vía indirecta en el artículo 43 con la protección de la mujer en estado de embarazo. Además el artículo 44 de la Carta establece como primer derecho fundamental de los niños, el derecho a la vida.

Si la pareja, como lo determina el artículo 42, tiene derecho a decidir libre y responsablemente el momento en que desea tener un hijo, debe asumir esa decisión como la de mayor trascendencia en la vida, pues la determinación implica la proyección hacia el futuro del hijo. El cuidado, sostenimiento, educación y cariño que reciba de sus padres se reflejará en un niño sano y en un adulto capaz de desarrollar plenamente su libre personalidad.

La obligación de velar por la vida del nasciturus no responde a una simple obligación alimentaria, pues la madre requiere los cuidados permanentes, una constante vigilancia médica que le garanticen en forma mínima la atención del parto y los primeros cuidados del niño.

“(…). La Constitución Política no aborda un punto acerca de ¿cuándo se empieza a ser persona? ¿Desde la concepción? ¿Desde el nacimiento? La Carta remite a la ley civil. Sin embargo, es posible afirmar al menos que por reenvío constitucional al derecho internacional, por las normas internacionales vigentes, por la legislación interna y, sobre todo, por la filosofía humanista del Estado social de derecho, es preciso deducir, como lo hace aquí la Corte, que se tienen derechos desde la concepción” (Corte Constitucional sentencia. T-179, mayo 7 de 1993, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

“La Corte Constitucional debe recordar que este grupo, el de los llamados nasciturus, también se encuentra protegido por el espectro de privilegios que la Carta Fundamental reserva para los niños.

La tradición jurídica más acendrada, que se compagina con la filosofía del Estado social de derecho, ha reconocido que el nasciturus es sujeto de derechos en tanto en cuanto es un individuo de la especie humana. Los innumerables tratados y convenios internacionales suscritos por Colombia, así como el preámbulo de la Constitución Política, cuando asegura que el Estado tiene la obligación de garantizar la vida de sus integrantes; el artículo 43, al referirse a la protección de la mujer embarazada, y el artículo 44, cuando le garantiza a los niños el derecho a la vida, no hacen otra cosa que fortalecer la premisa de que los individuos que aún no han nacido, por la simple calidad de ser humanos, tienen garantizada desde el momento mismo de la concepción la protección de sus derechos fundamentales(3). La Constitución busca

preservar al no nacido en aquello que le es connatural y esencial: la vida, la salud, la integridad física, etc. Tanto así, que en desarrollo de los preceptos constitucionales, la legislación penal castiga severamente las conductas que conducen al menoscabo de dichos intereses (C. P., art. 343), y la civil concede facultades expresas al juez para custodiarlos (C.C., art. 91).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que un principio lógico de razonabilidad exige considerar en particular cada uno de los derechos fundamentales, incluso aquellos que se predicán exclusivamente de los niños, para determinar cuál puede y cuál no puede ser exigido antes del nacimiento. Obviamente, derechos fundamentales como el derecho a la libertad personal o libertad de cultos, el derecho al debido proceso o el derecho a la recreación no pueden ser objeto de protección prenatal porque la propia naturaleza de su ejercicio no es compatible con el ser que aún no ha dejado el vientre materno.

Algo similar ocurre con los derechos de rango legal derivados, no de las condiciones inherentes a la naturaleza humana, sino de la ley positiva. Aunque de las normas señaladas podría deducirse la absoluta consagración del principio según el cual "el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto que le favorezca", lo cierto es que en materia de derechos de origen meramente legal, la ley ha sometido su goce a la condición suspensiva de que la criatura nazca. Al decir del artículo 93 del Código Civil, los derechos se encuentran en suspenso hasta que se verifica el nacimiento. "Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron". Sólo en el caso de que la criatura muera dentro de la madre, perezca antes de estar completamente separada de ella o no sobreviva a la separación un momento siquiera, los derechos pasan a terceras personas como si el individuo jamás hubiese existido. Debe entenderse que el artículo 93 hace referencia a los derechos de rango legal, porque, como se ha dicho, los derechos fundamentales inherentes a la condición humana y compatibles con la circunstancia de no haber nacido, no están suspendidos, sino en plena vigencia, mientras no ocurra el alumbramiento.

De todo lo dicho puede concluirse que los derechos patrimoniales de orden legal que penden sobre el nasciturus, se radican en cabeza suya desde la concepción, pero sólo pueden hacerse efectivos, si y sólo si, acaece el nacimiento. Por el contrario, los derechos fundamentales, bajo las condiciones antedichas, pueden ser exigibles desde el momento mismo que el individuo ha sido engendrado". (C. Const., Sent. T-223, mayo 18/98. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

En cuanto al derecho a la vida del que está por nacer o *nasciturus*, se produjo un cambio de doctrina jurisprudencial por parte de la Corte Constitucional. En un primer momento la Corte no le reconoció a la mujer que se practicaba un aborto ninguna posibilidad de despenalización, ni siquiera en situaciones extremas. En consecuencia, para la Corte el derecho a la vida era absoluto. Pero a partir de la sentencia C-355 de mayo 10 de 2006, M.P. Jaime Araújo y Clara Inés Vargas, el derecho a la vida es relativo, esto es, no existen derechos absolutos, al despenalizarse el aborto "cuando con la voluntad de la mujer, la interrupción del

embarazo se produzca en los siguientes casos: (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico; (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y, (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto”.

8. Derecho a la salud y la seguridad social

El artículo 44 de la Constitución eleva a la categoría de derecho fundamental la salud y la seguridad social de los niños y adolescentes, postulado que reafirma para un situación especial el artículo 50 de la Carta al prescribir: *“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”.*

Así mismo el artículo 27 de la ley 1098 de 2006, señala: **Derecho a la salud.** *“Todos los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a la salud integral. La salud es un estado de bienestar físico, psíquico y fisiológico y no solo la ausencia de enfermedad. Ningún hospital, clínica, centro de salud y demás entidades dedicadas a la prestación del servicio de salud, sean públicas o privadas, podrán abstenerse de atender a un niño o niña que requiera atención en salud.*

En relación con los niños, niñas y adolescentes que no figuren como beneficiarios en el régimen contributivo o en el régimen subsidiado, el costo de tales servicios estará a cargo de la Nación.

Incurrirán en multa de hasta 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes las autoridades o personas que omitan la atención médica de niños y menores.

Parágrafo 1. Para efectos de la presente ley se entenderá como salud integral la garantía de la prestación de todos los servicios, bienes y acciones, conducentes a la conservación o la recuperación de la salud de los niños y adolescentes.

Parágrafo 2. Para dar cumplimiento efectivo al derecho a la salud integral y mediante el principio de progresividad, el Estado creará el sistema de salud integral para la infancia y la adolescencia, el cual para el año fiscal 2008 incluirá a los niños y adolescentes vinculados, para el año 2009 incluirá a los niños y adolescentes pertenecientes al régimen subsidiado con subsidios parciales y para el año 2010 incluirá a los demás niños y adolescentes pertenecientes al régimen subsidiado. Así mismo para el año 2010 incorporará la prestación del servicio de salud integral a los niños y adolescentes pertenecientes al régimen contributivo de salud.

El Gobierno Nacional, por medio de las dependencias correspondientes deberá incluir las asignaciones de recursos necesarios para dar cumplimiento a lo

dispuesto en este artículo, en el proyecto anual de presupuesto 2008, el plan financiero de mediano plazo y el plan de desarrollo”.

Corte Constitucional. Sentencias: T 597 de 1993. T 204 de 1994. T 447 de 1994. T 020 de 1995. SU 043 de 1995. T 640 de 1997: Derecho a la salud y seguridad social de los niños son fundamentales y prevalentes. T 307 del 19 de abril de 2006: La salud como concepto integral incluye no sólo aspectos físicos sino también psíquicos, emocionales y sociales.

“Considera la Sala que los niños se encuentran dentro del grupo de personas que requieren especial protección del Estado por su condición física y mental que los colocan en circunstancias de debilidad manifiesta y que dicha protección debe extenderse al máximo, de modo que se garantice su desarrollo armónico e integral (arts. 13 inciso final, 44 inciso 2º C.N.). Ello determina, que los programas de salud y de seguridad social no solamente deben asegurar: la protección de su vida e integridad física, la creación de un estado óptimo de bienestar general que les proporcione una calidad existencial que les asegure dicho desarrollo, como condición para la realización de sus metas o proyectos de vida, y la rehabilitación funcional y la habilitación profesional que se requiera para que más tarde, cuando sean mayores, puedan ser personas útiles a la sociedad y estar en condiciones de acceder a las fuentes de trabajo que el Estado, según el artículo 54 de la Constitución, está en la obligación de garantizar.

La circunstancia destacada, según la cual, los derechos a la salud y a la seguridad social de los niños están reconocidos como derechos fundamentales de aplicación inmediata, hace que prevalezca el ordenamiento constitucional sobre el simplemente legal y, más aún, sobre las disposiciones de carácter reglamentario, como es la que excluye del plan obligatorio de salud el suministro de algunos instrumentos que, como en el caso de las sillas de ruedas, tienen por objeto contribuir a la rehabilitación de los niños discapacitados”. (Corte Constitucional, sentencia T 640 de 1997).

9. Derecho de alimentos

Dentro de los derechos fundamentales de los niños y los adolescentes aparece con carácter preponderante el que la Constitución llama “*alimentación equilibrada*”, que comprende en general el suministro de todo lo necesario para su crianza, manutención, sostenimiento, educación y establecimiento.

Conforme al artículo 42 inciso 8 de la Carta los padres deben sostener y educar a sus hijos menores o impedidos, concepto éste que abarca tanto a los niños y los adolescentes, como a los hijos mayores que sufren alguna enfermedad o inhabilidad y a los que no están en capacidad de proveerse su propia subsistencia, como los que estudian.

El artículo 24 de la ley 1098 de 2006 define el derecho de alimentos, como sigue: “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a los alimentos y demás medios para su desarrollo físico, psicológico, espiritual, moral, cultural y social, de acuerdo

con la capacidad económica del alimentante. Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. Los alimentos comprenderán la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto”.

Se advierte que con arreglo al artículo 157 del Código del Menor, que aún se aplica por disposición del artículo 217 de la ley 1098 de 2006, los alimentos en comento se conceden “hasta que el menor cumpla dieciocho (18) años”. No obstante, la jurisprudencia ha decantado que tal obligación se mantiene respecto de quien ha alcanzado la mayoría de edad, cuando no se halle en condiciones de darse su propia subsistencia, como el caso del hijo mayor que continúa estudios superiores a nivel universitario, tecnológicos, técnicos u otros semejantes, con un límite que va hasta los veinticinco años, tomando como parámetro el artículo 47 literal b) de la Ley 100 de 1993, que enumera los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre los que aparecen “los hijos mayores de 18 años y hasta los 25, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios”. Por supuesto también opera en beneficio de los hijos mayores aquejados de una enfermedad física que no les permita trabajar y de aquellos que sufren algún tipo de discapacidad mental.

La legitimación por activa para reclamar por vía judicial la regulación o revisión de la cuota alimentaria en pro de los niños, las niñas y los adolescentes es amplia con arreglo al artículo 139 del decreto 2737 de 1989, sin perjuicio de que lo propio ocurra mediante la conciliación extrajudicial en derecho ante los Centros de Conciliación, las autoridades administrativas, del ministerio público, de la defensoría del pueblo y judiciales competentes, y los notarios, conforme a la ley 640 de 2001 y al decreto 4880 de 2007, dado que se faculta para ese fin a los representantes legales del menor, a la persona que lo tenga bajo su cuidado y al defensor de familia. Además el Juez puede promover el proceso de oficio, dictando auto en que exponga los hechos de que ha tenido conocimiento y la finalidad que se propone.

Importa acentuar que es procedente fijar alimentos provisionales desde el trámite conciliatorio prejudicial, en el auto que admite la demanda y en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, con fundamento en el artículo 129 de la ley 1098 de 2006 y en el artículo 148 del decreto 2737 de 1989, siempre que aparezca la prueba del vínculo que origina la obligación. Si no existe prueba de la solvencia económica del alimentante, el Juez podrá establecerla tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluarla. “En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal”, disposición declarada exequible por sentencia C 388 del 5 de abril de 2000 de la Corte Constitucional.

Así mismo, con el fin de señalar alimentos en el proceso, el Juez está facultado para solicitar al respectivo empleador o pagador certificación de los ingresos del demandado, al igual que copia de la última declaración de renta a la DIAN, o en su defecto, del certificado de ingresos y retenciones del último año expedido por el empleador o pagador.

En la sentencia para fijar los alimentos el Juez aplicará las reglas puntualizadas con precedencia en torno a la capacidad económica del obligado. Además podrá disponer que los alimentos se paguen y aseguren por el alimentante mediante la constitución de un capital, cuya renta los satisfaga, fijando el monto a que haya lugar. Por ejemplo, a través de la consignación de una suma de dinero en una entidad financiera o del otorgamiento de un depósito en certificados de ahorros u otro instrumento similar. Se entiende que los frutos o réditos que se perciban quedan afectos al cumplimiento de la obligación, por lo que es admisible decretar su embargo y retención para que se entreguen al beneficiario por conducto de la persona que debe recibir el pago. Igual facultad le confiere al Juez el artículo 151 del decreto 2737 de 1989.

Si el alimentante, dentro de los diez días hábiles posteriores a la ejecutoria del fallo, no atiende la orden impartida en el sentido ya recabado, el Juez de oficio o a petición de parte, procederá conforme a lo previsto por el artículo 129 incisos 2 y 3 de la ley 1098 de 2006, vale decir, se adelantará proceso ejecutivo con el objeto de lograr la constitución del capital que corresponda, que se ventilará en el mismo expediente en única instancia, “sin la intervención de terceros acreedores, según el precitado artículo 151. Luego la disposición del artículo 129 incisos 2 y 3 de la ley 1098 de 2006 es de carácter excepcional y novedoso como quiera que otorga al Juez atribución para gestar de oficio el proceso ejecutivo que corresponda.

La referida norma preceptúa que el Juez deberá adoptar las medidas necesarias para que el obligado cumpla con la cuota alimentaria acordada en conciliación, o fijada provisionalmente en auto o de modo definitivo en sentencia. Con ese objeto, de oficio o a solicitud de parte decretará el embargo, secuestro, avalúo y remate de los bienes o derechos del alimentante, “los cuales se practicarán con sujeción a las reglas del proceso ejecutivo”.

Quiere decir, que la facultad de promover proceso ejecutivo para el fin anotado, de oficio o a petición de parte, se extiende a los eventos arriba indicados, reafirmandose así la especial potestad que al respecto se confiere al funcionario judicial.

Las medidas cautelares en mención se levantarán “si el obligado paga las cuotas atrasadas y presta caución que garantice el pago de las cuotas correspondientes a los dos años siguientes”. Por tanto, se consagra respecto del obligado un mecanismo que tiende a permitir la desafección de su patrimonio, siempre que cumpla las dos condiciones concurrentes que señala la ley, debiendo tener el Juez un particular cuidado al determinar el monto y clase de la caución que el alimentante debe prestar en el término que se indique, sobretudo para que avale la cancelación de las cuotas de los dos años venideros. Al respecto son aplicables los artículos 678 y 679 del C. P. C., en punto de las clases, cuantía, calificación y cancelación de cauciones.

Según el artículo 152 del decreto 2737 de 1989 la demanda ejecutiva de alimentos provisionales y definitivos, se adelanta en el mismo expediente, en cuaderno separado, por el trámite del proceso ejecutivo singular en única instancia. Por ende,

el Juez conserva competencia en todo momento para tal fin con arreglo al factor de conexión.

Medidas cautelares.

Desde la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, en el auto de admisión de la demanda, a lo largo del proceso o en la sentencia el Juez, de oficio o a petición de parte, está facultado para adoptar las medidas cautelares necesarias para que el obligado cumpla con los alimentos provisionales o definitivos, previstas por el artículo 153 del Código del Menor y por los artículos 129 y 130 de la ley 1098 de 2006, consistentes en:

Cuando el alimentante sea asalariado se ordenará al respectivo empleador o pagador descontar y consignar a órdenes del Juzgado, “hasta el cincuenta por ciento (50%) de lo que legalmente compone el salario mensual del demandado, y hasta el mismo porcentaje de sus prestaciones sociales”. Se trata en consecuencia de un embargo y retención de dichos rubros.

El incumplimiento de tal orden, hace al empleador o pagador responsable solidario de las sumas no descontadas. Para el efecto, previo incidente dentro del mismo proceso, se extenderá a uno u otro la orden de pago. Siguiendo la línea atrás decantada, en mi concepto, tal incidente el Juez lo puede articular de oficio o a pedimento de parte.

En defecto de la anterior cautela, se decretará el embargo y secuestro de bienes muebles e inmuebles o de cualquier otro derecho patrimonial del obligado, en cantidad suficiente para garantizar el pago de los alimentos, al igual que hasta el cincuenta por ciento de los frutos que produzcan.

Si se tiene información que el obligado a suministrar alimentos provisionales o definitivos ha incurrido en mora de pagar la cuota por más de un mes, se dará aviso al Departamento Administrativo de Seguridad para que le impida la salida del país, hasta tanto preste garantía suficiente del cumplimiento de la obligación a su cargo. Además, en tal caso, “será reportado a las centrales de riesgo”.

Reajuste automático de la cuota. Artículo 129 incisos 7 y 8 ley 1098 de 2006.

La cuota alimentaria fijada en providencia judicial, en audiencia de conciliación o en acuerdo privado, “se entenderá reajustada a partir del primero de enero siguiente y anualmente en la misma fecha, en porcentaje igual al índice de precios al consumidor”, sin perjuicio de que el Juez determine o las partes convengan otra fórmula de incremento periódico. Por ejemplo, en una proporción distinta o en un período diferente.

Con todo, si varía la capacidad económica del alimentante o las necesidades del alimentario, las partes podrán de común acuerdo modificar la cuota en forma directa o por conciliación, o acudir al Juez competente para demandar su revisión, con miras a su disminución o aumento, o para lograr su exoneración, supuestos en los que

debe el interesado aportar con la demanda copia informal de la providencia, del acta de conciliación o del documento que contenga el acuerdo privado en que haya sido señalada, agotando de modo previo el requisito de procedibilidad que contemplan los artículos 35 y 40 de la ley 640 de 2001.

Sanción por el incumplimiento de la obligación alimentaria. Artículo 129 inciso 9 ley 1098 de 2006. Artículo 150 Código del Menor, norma ésta declarada exequible por sentencia del 13 de junio de 1991 de la Corte Suprema de Justicia.

Mientras el deudor no cumpla o se allane a cumplir la prestación por alimentos a su cargo y a favor de un niño o adolescente, no será escuchado en la reclamación de su custodia y cuidado personal, ni en el ejercicio de otros derechos sobre él, como los derivados de la patria potestad.

La norma realza la naturaleza fundamental y preferente del derecho en comento, de modo que quien se sustraiga a su cumplimiento no será oído en el ejercicio de otros trámites y acciones que pretenda promover en relación a sus hijos.

Continuidad de la obligación alimentaria. Artículo 132 Ley 1098 de 2006. Artículo 156 Código del Menor.

Cuando a los padres se les suspenda o prive de la patria potestad, no por ello cesará la obligación por alimentos a su cargo, que termina sólo cuando el niño, la niña o el adolescente sea entregado en adopción.

Irrebatible es que la aplicación de las aludidas sanciones a uno o a ambos padres, que se produce por regla general por sentencia previa, la tramitación de un proceso judicial y por excepción en la resolución que emite un defensor de familia si se declara al niño o al adolescente en situación de adoptabilidad, no afecta su condición de tales, Luego sus deberes y obligaciones para con sus hijos se mantienen inalterables y, por tanto, es dable exigir que se cumplan conforme a la ley.

Prelación de los créditos por alimentos. Artículo 134 Ley 1098 de 2006.

“Los créditos por alimentos a favor de los niños, niñas o adolescentes gozan de prelación sobre todos los demás”.

Cabe recalcar que la norma recoge lo resuelto acerca del tema por la Corte Constitucional en sentencia C 092 de 2002, que en lo esencial, señaló:

“La Corte advierte que lo que está en juego al aplicar la prelación de créditos de la primera clase, en caso de concurrencia de varios acreedores frente a un mismo deudor, es precisamente la efectividad de los derechos de los niños en cuanto a su derecho a recibir alimentos.

En tal virtud, se declara la inexecutable de la expresión “la quinta causa de”, contenida en el numeral 5 del artículo 2495 del Código Civil, adicionado por el

artículo 143 del Decreto 2737 de 1989; y la exequibilidad condicionada del resto de la misma disposición, siempre que se entienda que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y que los créditos por alimentos a favor de menores, prevalecen sobre todos los demás de primera clase”.

De manera que, la norma garantiza y desarrolla la efectividad material y real del postulado constitucional ya enfatizado, en cuanto que, se repite: *“Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.*

Legitimación especial. Artículo 135 ley 1098 de 2006.

Con la finalidad de que no se burle ni se evada el pago de la cuota alimentaria, cualquiera de los representantes legales del niño o adolescente, o el Defensor de Familia, podrá promover ante los Jueces competentes los procesos que sean necesarios, inclusive los encaminados a la revocación o declaración de simulación de actos de disposición de bienes del alimentante.

Se contempla así una modalidad de legitimación en causa por activa especial y amplia con el propósito de recomponer el patrimonio del obligado y por ende su capacidad económica, cuando éste se haya insolventado cometiendo fraude a la ley para no acatar la citada prestación.

Cabe subrayar que el artículo 129 inciso final de la ley 1098 de 2006 dispone que: *“El incumplimiento de la obligación alimentaria genera responsabilidad penal”.*

Citas jurisprudenciales: Corte Constitucional: Sentencias: T 212 del 8 de junio de 1993. T 1066 de 1999. T 196 de 2000. T 323 de 2000. T 627 de 2000. C 388 de 2000. C 1064 del 16 de agosto de 2000. T 915 de 2008: Diferencia entre prelación de créditos y prelación de embargos.

“Sobre este tema, esta Corporación mediante sentencia T-557 de 2002, estudió el caso de una señora que adelantó un proceso de alimentos a favor de sus hijas menores, en el cual se ordenó una medida cautelar sobre un bien inmueble, y la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la Ceja, Antioquia negó su inscripción por cuanto ya existía una medida cautelar sobre el mismo decretada en el trámite de un proceso civil.

En la sentencia en comento, se consideró que si un juez de familia que adelante un proceso de alimentos a favor de menores, decreta una medida cautelar sobre un bien que fuere anteriormente embargado en otro proceso de diferente jurisdicción, dicha hipótesis se encontraba regulada por el artículo 542 del C.P.C., teniendo en cuenta que el artículo 5° del mismo estatuto que dispone que: “Cualquier vacío en las disposiciones del presente Código, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a falta de éstas con los principios constitucionales y los generales de derecho procesal”. Así pues, se estimó que la registradora no desconoció los derechos fundamentales de las hijas menores de la actora, toda vez que se limitó a

dar cumplimiento a los mecanismos previstos en la ley para hacer efectivo el pago de las obligaciones. Al respecto, precisó:

“De acuerdo con el contenido de los anteriores preceptos, la medida de embargo de un bien sujeto a registro decretada por el juez de familia en un proceso de alimentos de menores está regulada por lo dispuesto en el artículo 542 del C. de P. Civil, razón por la cual este funcionario judicial deberá dar aplicación al procedimiento allí establecido.

Por tanto, el juez de familia, por oficio en el que se indicarán el nombre de las partes y los bienes de que se trata, deberá comunicar inmediatamente al juez civil de la medida de embargo. Por su parte, el juez civil adelantará el proceso hasta el remate de dichos bienes, pero antes de la entrega de su producto al ejecutante, solicitará al juez de familia la liquidación definitiva y en firme, debidamente especificada, del crédito que ante él se cobra y de las costas, y con base en ella, por medio de auto, hará la distribución entre todos los acreedores, de acuerdo con la prelación establecida en la ley sustancial.

Así entonces, los derechos de las menores hijas de la accionante serán garantizados por el juez civil que adelanta el respectivo proceso, pues él tiene la obligación de dar oportuna y plena aplicación a la prelación de créditos, en el orden en que lo ha señalado la legislación y lo ratifica la jurisprudencia de esta Corporación, según las cuales en el primer orden de la primera clase se encuentran precisamente los créditos por alimentos a favor de menores”. (Corte Constitucional, sentencia T 915 de 2008).

Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. Sentencias: 9 de julio de 1993, Magistrado Ponente Eduardo García Sarmiento. 22 de noviembre de 2000, Magistrado Ponente Nicolás Bechara Simancas.

10. Derecho al nombre y nacionalidad

El artículo 25 de la ley 1098 de 2006 lo consagra bajo la denominación de derecho a la identidad, así: *“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener una identidad y a conservar los elementos que la constituyen como el nombre, la nacionalidad y la filiación conformes a la ley. Para estos efectos deberán ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, en el registro del estado civil. Tienen derecho a preservar su lengua de origen, su cultura e idiosincrasia”.*

El derecho en mención guarda estrecha relación con el derecho a la personalidad jurídica que contempla el artículo 14 de la Carta: *“Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.* En consecuencia, todo ser humano por el hecho de existir es titular de una serie de prerrogativas que se llaman atributos de la personalidad, tales como el derecho al nombre, a la nacionalidad, al estado civil y al domicilio.

Obsérvese que la citada norma del Código de la Infancia y la Adolescencia confiere especial preponderancia al estado civil de los niños, las niñas y los adolescentes,

puesto que da lugar a formalizar el nombre, como un elemento que integra la filiación, entendido aquel como la situación jurídica de una persona en la familia y la sociedad, que determina su capacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones, a más de que se caracteriza porque es *“indivisible, indisponible e imprescriptible”*, de acuerdo con el artículo 1 del decreto 1260 de 1970.

De manera que, la filiación es un componente del estado civil, lo cual implica que es un derecho fundamental en cuanto que toda persona ostenta el derecho de determinar su filiación paterna y materna, adelantando las investigaciones y los procesos a que haya lugar.

Además el registro civil en comento es esencial para que los niños y los adolescentes puedan ejercer sus derechos y beneficiarse de las políticas y programas de todo orden que implementan el Estado en materia de salud, seguridad social, educación, recreación, cultura, entre otros. Sin embargo, es alto el número de todos ellos que no se registran, pese a los esfuerzos y campañas en cuanto a su cobertura que vienen haciendo los órganos oficiales competentes. Según datos de la UNICEF en Colombia nacen en promedio por año 950.000 niños y niñas, de los cuales no se registran 150.000, en particular en zonas rurales con población dispersa, en las comunidades indígenas y en asentamientos de desplazados.

Sobre el tema examinado el artículo 96 de la Carta, reformado por el acto legislativo 1 de 2002, artículo 1, señala:

“Son nacionales colombianos

1. Por nacimiento:

a) Los naturales de Colombia, que con una de dos condiciones: que el padre o la madre hayan sido naturales o nacionales colombianos o que, siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento y;

b) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en territorio colombiano o registraren en una oficina consular de la República.

2. Por adopción

a) Los extranjeros que soliciten y obtengan carta de naturalización, de acuerdo con la ley, la cual establecerá los casos en los cuales se pierde la nacionalidad colombiana por adopción;

b) Los latinoamericanos y del Caribe por nacimiento domiciliados en Colombia, que con autorización del gobierno y de acuerdo con la ley y el principio de reciprocidad, pidan ser inscritos como colombianos, ante la municipalidad donde se establecieren, y

c) Los miembros de los pueblos indígenas que comparten territorios fronterizos, con aplicación del principio de reciprocidad según tratados públicos.

Ningún colombiano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad. La calidad de nacional colombiano no se pierde por el hecho de adquirir otra nacionalidad. Los nacionales por adopción no estarán obligados a renunciar a su nacionalidad de origen o adopción.

Quienes hayan renunciado a la nacionalidad colombiana podrán recobrarla con arreglo a la ley”.

Citas de jurisprudencia. Corte Constitucional. Sentencias: T 476 de 1992. T 1226 de 2004: El derecho a la filiación como elemento integrante del estado civil es fundamental y prevalente. C 109 de 1995.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil: Sentencia del 27 de noviembre de 2007, expediente 1995-05945: Características y prueba del estado civil.

“Concluye entonces la Corte que el derecho a la filiación, como elemento integrante del estado civil de las personas, es un atributo de la personalidad, y por ende es un derecho constitucional deducido del derecho de todo ser humano al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

En la misma sentencia se determinó que “este derecho a la filiación en particular, así como en general el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, se encuentran además íntimamente articulados con otros valores constitucionales”, tales como la dignidad humana (C.N., art. 1º) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (C.N., art. 16).

Posteriormente, en la Sentencia C-4 de 1998(8) se reiteró que uno de los atributos de la personalidad jurídica reconocida por el artículo 14 de la Constitución es el del estado civil, una de cuyas fuentes fundamentales es la determinación de la condición de hijo:

“Pero, la personalidad tiene unos atributos, que implican derechos y obligaciones. Esos atributos son inseparables del ser humano, pues no se concibe, en el presente estado de la evolución jurídica, un ser humano carente de personalidad jurídica. Tales atributos son:

- “a) La capacidad de goce;*
- b) El patrimonio;*
- c) El nombre;*
- d) La nacionalidad;*
- e) El domicilio; y,*
- f) El estado civil, que corresponde solo a las personas naturales.*

De lo anterior cabe deducir que cuando la Constitución reconoce a toda persona (es decir, a todo ser humano, como lo ha reconocido esta Corte en la Sent. C-230/95), el derecho a la personalidad jurídica, le está reconociendo esos atributos cuya suma es igual a tal personalidad.

El nacimiento, y en particular la condición de hijo, es la fuente principal del estado civil. Él determina la situación de una persona en la familia y en la sociedad, y trae consigo una serie de derechos y obligaciones, como la herencia, los alimentos legales, el ejercicio de tutelas y curadurías, etc. Por eso, a quien en un caso determinado no tiene la posibilidad de probar su condición de hijo de alguna persona en particular, se le vulneran estos derechos fundamentales:

“a) El que tiene un estado civil derivado de su condición de hijo de una determinada persona, atributo de su personalidad (C.N., arts. 14 y 42);

b) El que tiene que demostrar ante la administración de justicia su verdadero estado civil (C.N., art. 228);

c) Por lo anterior, se quebranta en su perjuicio el principio de igualdad (C.N., art. 13)”.

Luego, en la Sentencia T-488 de 1999, se manifestó que, además de constituir un atributo del derecho a la personalidad jurídica, el derecho a la filiación constituía un derecho innominado, en los términos del artículo 94 de la Constitución. En la sentencia también se expuso que la filiación está relacionada íntimamente con los derechos fundamentales del niño, los cuales prevalecen sobre los derechos de los demás, al tenor del artículo 44 de la Constitución:

“De esta manera la filiación, entendida como la relación que se genera entre procreantes y procreados o entre adoptantes y adoptado, constituye un atributo de la personalidad jurídica, en cuanto elemento esencial del estado civil de las personas, además como un derecho innominado (C.N., art. 94) que viene aparejado adicionalmente, con el ejercicio de otros derechos que comparten idéntica jerarquía normativa superior, como sucede con el libre desarrollo de la personalidad, el acceso a la justicia y la dignidad.

A partir de las mencionadas sentencias, la Corte ha reiterado que la filiación constituye un derecho fundamental y prevalente, con arraigo en la Constitución —en sus artículos 14, que reconoce el derecho a la personalidad jurídica; 42, que contempla el derecho de los hijos a no ser tratados en forma discriminatoria por los padres; y 44, que contempla los derechos fundamentales de los niños— y en los instrumentos internacionales de derechos humanos como la Declaración universal de los derechos humanos, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos, la Convención del niño y la Convención americana sobre derechos humanos. Así lo ha manifestado en las distintas sentencias en las que se ha referido a la tardanza del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para la realización de las pruebas de ADN o a la omisión de algunos juzgados de obtener los resultados de estas pruebas antes de dictar sentencia dentro de los procesos de investigación de la paternidad(12)”. (C. Const., Sent. T-1226, dic. 7/2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

11. Derecho a la educación, la cultura y la recreación

El artículo 67 de la Constitución en sus incisos 1, 2, 3 y 4 preceptúa:

“La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura”.

“La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente”.

“El estado la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica”.

“La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos”.

El derecho a la educación lo contempla el artículo 28 de la ley 1098 de 2006, como sigue: *“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a una educación de calidad. Esta será obligatoria por parte del Estado en un año de preescolar y nueve de educación básica. La educación será gratuita en las instituciones estatales de acuerdo con los términos establecidos en la Constitución Política”.*

Respecto de los niños y los adolescentes el derecho a la educación es fundamental. Sobre el particular el artículo 68 inciso 3 de la Carta dispone: *“Los padres de familia tendrán derecho a escoger el tipo de educación para sus hijos menores”.* Esa decisión debe ser compartida o de consumo. Además si es pertinente debe tomarse en cuenta la opinión de los hijos en punto de la profesión, arte u oficio que deseen estudiar, aspecto que acentúa el artículo 37 de la ley 1098 de 2006 al otorgarles *“libertad para escoger profesión u oficio”.* No hay lugar a imposiciones sobre el particular por parte de los padres.

El artículo 70 de la Carta reza: *“El Estado tiene el deber de promover y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional”.*

La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación”.

A su vez, el artículo 30 de la ley 1098 de 2006 prescribe: **Derecho a la recreación, participación en la vida cultural y en las artes.** *“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho al descanso, esparcimiento, al juego y demás*

actividades recreativas propias de su ciclo vital y a participar en la vida cultural y las artes.

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

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

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

Se trata sin duda de normas de significativa importancia y de bondadosas proyecciones, que persiguen la erradicación del analfabetismo y lograr la capacitación de todos los ciudadanos para el ejercicio de una profesión, labor, arte, oficio, gestión o trabajo. No obstante, es evidente que exigen una reglamentación y aplicación efectivas para que esos derechos se hagan realidad en la práctica.

De otro lado, el artículo de la Constitución, modificado por el acto legislativo 2 de 2000, dispone:

“El ejercicio del deporte, sus manifestaciones recreativas, competitivas y autóctonas tiene como función la formación integral de las personas, preservar y desarrollar una mejor salud en el ser humano.

El deporte y la recreación, forman parte de la educación y constituyen gasto público social.

Se reconoce el derecho de todas las personas a la recreación, a la práctica del deporte y al aprovechamiento del tiempo libre.

El Estado fomentará estas actividades e inspeccionará, vigilará, y controlará las organizaciones deportivas y recreativas cuya estructura y propiedad deberán ser democráticas”.

De manera que el derecho a la recreación en sus diversas expresiones es fundamental tratándose de niños, niñas y adolescentes, correspondiéndole en especial al Estado fomentar las actividades con miras a su realización mediante la expedición de las normas que así lo garanticen.

Referencias legales. Leyes 74 de 1968, 30 de 1992, 115 de 1994, 181 de 1995, 397 de 1997, 715 de 2001, 582 de 2000 y 912 de 2004. Decretos 1228 de 1995, 1231 de 1995, 641 de 2001 y 2779 de 2003

Citas de jurisprudencia. Corte Constitucional: Sentencias: T 402 del 3 de junio de 1992. T 440 del 2 de julio de 1992. T 466 de 1992: La recreación es una actividad inherente al ser humano. T 064 de 1993. T 92 del 3 de marzo de 1994. T 410 de 1999: La práctica del deporte, la recreación y el aprovechamiento del tiempo libre, derechos fundamentales por conexidad. T 491 de 2003: La educación es un derecho-deber. T 658 de 2007: La educación es un derecho fundamental de todos los menores de dieciocho años.

“La recreación, por tanto, cumple un papel definitivo en el aprendizaje del individuo como miembro de una sociedad que posee su propio orden. Este papel educativo tiene especial relevancia cuando se trata de personas cuyo desarrollo es todavía muy precario. Así, la mejor manera como puede enseñarse a un niño a socializarse es mediante el juego. Es también mediante la recreación que se aprenden las bases de la comunicación y las relaciones interpersonales.

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

La manifestación lúdica de la recreación posee una virtud inmensa: la de resolver ansiedades, culpas, frustraciones, etc., canalizándolas a través de la participación del individuo en ella. El hombre moderno sufre diversas tensiones que se traducen en impulsos que la persona busca exteriorizar. Ésta es la forma de llevar a cabo la sublimación de ansiedades, culpas y tensiones. La recreación constituye el medio de canalizar estos impulsos en una forma no violenta. En un país como Colombia, es definitiva la creación de nuevas formas de vida social, no sólo para el alivio de tensiones que conducen hacia relaciones de violencia sino como núcleo de la producción creativa humana donde debe centrarse el desarrollo del individuo”. (Corte Constitucional, sentencia T-466 del 17 de julio de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón).

“La importancia que tiene la actividad recreativa y deportiva en el desarrollo integral del ser humano y en la promoción social de la comunidad, la destaca en mayor medida el propio ordenamiento superior al reconocer expresamente que dicha actividad reviste el carácter de derecho fundamental y prevalente en el caso de los niños (art. 44).

La práctica deportiva, entendida como derecho constitucional fundamental, constituye entonces una actividad de interés público y social, cuyo ejercicio, tanto a escala aficionada como profesional, debe desarrollarse de acuerdo con normas preestablecidas que, orientadas a fomentar valores morales, cívicos y sociales, faciliten la participación ordenada en la competición y promoción del juego y, a su vez, permitan establecer las responsabilidades de quienes participan directa e indirectamente en tales eventos. Estas reglas, que son necesarias para conformar y desarrollar una relación o práctica deportiva organizada, se constituyen en fuentes de conducta obligatorias en tanto no comprometan el núcleo esencial de los

derechos fundamentales consagrados y garantizados por la Constitución Política". (C. Const., Sent. T-410, jun. 4/99. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

"La Constitución Política establece en su artículo 67 que la educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social, con la que se busca tener acceso al conocimiento, a la ciencia y a los valores de la cultura. Bajo esta premisa la Corte ha entendido que la educación es un derecho fundamental por ser inherente al ser humano, cuyo núcleo esencial supone un factor de desarrollo individual orientado a que la persona se integre armónicamente a la sociedad, dentro del cual deben brindarse las garantías necesarias para su acceso y consolidación como un proceso de permanente formación.

Siendo la educación un derecho fundamental debe entenderse que de su prestación son responsables el Estado, la comunidad y la familia, configurándose también como un servicio público que tiene una función social, sometido en todo caso a la inspección y vigilancia del Estado con el fin de garantizar la calidad, la formación moral, intelectual y física de los educandos, en función de su progreso y desarrollo integral.

La educación es también de proyección múltiple: es un derecho fundamental y a la vez es un deber. Así, una de las características esenciales del derecho a la educación, en virtud de su función social, es generar obligaciones recíprocas entre los actores del proceso educativo. Estas obligaciones significan que la institución educativa, de un lado, tiene el deber de ofrecer una educación acorde con los parámetros sociales y culturales exigidos por la comunidad, bajo los supuestos de libertad de enseñanza, aprendizaje, investigación científica o tecnológica. Y por otra parte, desde la óptica del estudiante, el deber se traduce en el cumplimiento de las normas sobre comportamiento, rendimiento personal y académico previamente establecidas en el manual de convivencia pero que no se restringen exclusivamente al centro educativo sino que se reflejan en otros ámbitos, según se explicará más adelante.

Las obligaciones correlativas constituyen entonces condiciones indispensables para el goce efectivo del derecho a la educación. Dentro de la órbita de su autonomía los establecimientos educativos deben proporcionar una educación acorde con las políticas que fije el Estado. A su turno, los educandos tienen el derecho a adquirir los conocimientos propios y adecuados para su desarrollo personal y moral, pero se les exige un determinado rendimiento académico, sin olvidar el cumplimiento al régimen interno administrativo y disciplinario adoptado en la comunidad educativa a la que pertenecen". (C. Const., Sent. T-491, jun. 6/2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

"La jurisprudencia constitucional ha sostenido que una interpretación armónica del artículo 67 de la Carta, con el artículo 44, ibídem, y con los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el Estado colombiano en la materia, lleva a concluir que la educación es un derecho fundamental de todos los menores de 18 años.

Lo anterior, teniendo en cuenta lo siguiente: (i) el artículo 44 superior reconoce que la educación es un derecho fundamental de todos los niños, y según el artículo 1° de la Convención sobre los derechos del niño - ratificada por Colombia por medio de la Ley 12 de 1991- la niñez se extiende hasta los 18 años, y (ii) según el principio de interpretación pro infans –contenido también en el artículo 44-, debe optarse por la interpretación de las disposiciones que menos perjudique el derecho a la educación de los niños.

En este orden de ideas, la corporación precisó en la Sentencia T-787 de 2006: (i) que la edad señalada en el artículo 67 de la Constitución, interpretado a la luz del artículo 44 ibídem, es solo un criterio establecido por el constituyente para delimitar una cierta población objeto de un interés especial por parte del Estado(20); (ii) que el umbral de 15 años previsto en la disposición aludida corresponde solamente a la edad en la que normalmente los estudiantes culminan el noveno grado de educación básica, pero no es un criterio que restrinja el derecho a la educación de los menores de edad, pues de afirmar lo contrario, se excluirían injustificadamente del sistema educativo menores que por algún percance –de salud, de tipo económico, etc.- no pudieron terminar su educación básica al cumplir dicha edad(21), y (iii) que las edades fijadas en la norma aludida no puede tomarse como criterios excluyentes sino inclusivos."

"Por todo lo anterior, el acceso al sistema educativo debe ser interpretado con criterios amplios y, por tanto, debe primar la efectividad del derecho a la educación sobre criterios meramente formales. Así mismo, el operador jurídico debe propender a que las autoridades públicas garanticen el pleno goce de esta garantía constitucional.

De otra parte, tal situación se torna de suma importancia en los casos de educación preescolar, toda vez que ésta potencia y desarrolla las capacidades del menor en crecimiento. En efecto, tal y como lo señala el artículo 15 de la Ley 115 de 1994 —“por la cual se expide la ley general de educación”—, es aquella “(...) ofrecida al niño para su desarrollo integral en los aspectos biológico, cognoscitivo, sicomotriz, socio-afectivo y espiritual, a través de experiencias de socialización pedagógicas y recreativas”, antes de iniciar el ciclo de educación básica.

Así mismo, su importancia ha sido reconocida no solo por la legislación interna, sino también por diversos documentos internacionales. En este sentido, se ha indicado que la educación preescolar (i) cobra especial relevancia para el desarrollo de las capacidades e integración social de los niños, especialmente, los prepara socio-afectivamente para enfrentarse a la nueva experiencia del ciclo básico; (ii) amplía la capacidad de aprendizaje y desempeño de los menores en el sistema educativo y, en este orden de ideas, disminuye el riesgo de repetición de grados e incrementa los niveles de conclusión del ciclo básico de educación; (iii) les proporciona una influencia protectora que compensa los riesgos a los que están expuestos antes de ingresar al primero elemental; (iv) tratándose de niños pertenecientes a los sectores más pobres de la población, contribuye a romper la reproducción intergeneracional de la pobreza, entre otros beneficios. Lo anterior, por cuanto en los primeros años de

infancia los niños desarrollan habilidades tan importantes como la regulación emocional, el lenguaje y la motricidad.

La importancia de la educación preescolar también fue reconocida por el constituyente que, en el artículo 67 de la Constitución indicó que como mínimo el Estado debe garantizar un año de educación preescolar. Tal previsión es reproducida por el artículo 11 de la Ley 115 de 1994, según el cual la educación formal comprende por lo menos un año de educación preescolar, y por el artículo 17 ibídem, que señala que la educación preescolar comprende, como mínimo, un grado obligatorio en los establecimientos educativos estatales, para niños menores de 6 años de edad". (Corte Constitucional sentencia T-658 del 23 de agosto de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

12. Derecho a la libre expresión de su opinión

El artículo 20 de la Constitución, en lo pertinente el tema, preceptúa: *"Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial".*

Este derecho hace parte del derecho al debido proceso que consagran el artículo 29 de la Constitución y el artículo 26 de la ley 1098 de 2006, norma que señala: *"Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a que se les apliquen las garantías del debido proceso en todas las actuaciones administrativas y judiciales en que se encuentren involucrados.*

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

Como se ve el derecho en cuestión es de alcance amplio porque en todos los casos, sin consideración a su carácter, en que se vean envueltos o ínsitos los niños, las niñas y los adolescentes, como regla general, es menester oír su opinión. Sin embargo, se impone en cada asunto particular la evaluación de las circunstancias y condiciones que sustenten y den paso a tal derecho, tales como la edad, y el estado físico, psíquico y emocional, que garanticen que su expresión sea libre, espontánea y sin vicios del consentimiento. Por ejemplo son inhábiles absolutos para rendir testimonio en los procesos que regula el Código de Procedimiento Civil los menores de doce años, conforme al artículo 215 numeral 1. Ello, sin perjuicio de que se escuche su opinión sin formulismos legales en los casos en que se estime pertinente, a manera de una especie de conversatorio o diálogo informal, si es necesario con la orientación y asesoría de un profesional especializado.

Por su parte el artículo 34 de la ley 1098 de 2006, dispone: *Derecho a la información: "Sujetos a las restricciones necesarias para asegurar el respeto de sus derechos y el de los demás y para proteger la seguridad, la salud y la moral, los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a buscar, recibir y difundir información e ideas a través de los distintos medios de comunicación de que dispongan".*

Citas jurisprudenciales. Corte Constitucional: Sentencias: T 412 del 10 de abril de 2000: Participación del niño en las decisiones que puedan afectarlo. T 639 de 2006: Testimonio del menor en el proceso de privación de patria potestad, es pertinente, relevante y moralmente justo.

“Tanto la Constitución como los instrumentos internacionales de defensa del menor, garantizan la participación del niño en las decisiones que puedan afectarlo. No obstante, tal participación puede ejercerse bien directamente, cuando la edad y madurez del niño así lo aconsejen, ora a través de apoderado judicial o de quien pueda defender sus derechos e intereses de manera idónea.

A este respecto, la Corte ha indicado que la participación directa del menor, es procedente cuando el juez tiene suficientes razones para entender que la opinión que habrá de expresar es libre y espontánea, que se encuentra exenta de vicios en su consentimiento y que, pese a ser menor de edad, el sujeto tiene plena capacidad para comprender y aceptar los efectos que puedan derivarse de la correspondiente decisión.

La participación indirecta o mediante representante, procede cuando es irrelevante la opinión subjetiva del menor, dado que se trata de asuntos que no son disponibles o negociables; o, cuando el juez tiene suficientes razones para considerar que el niño no tiene la edad y la madurez adecuada para formular un juicio autónomo sobre sus reales preferencias o para ejercer una defensa idónea de sus derechos; y siempre que la decisión que deba ser adoptada pueda tener efectos importantes sobre los derechos e intereses del menor y no exista certeza sobre la capacidad del sujeto para comprender y aceptar plenamente dichos efectos” (Corte Constitucional sentencia T-412, abril 10 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

13. Derecho a la integridad física y a ser protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos.

El derecho a la integridad física ampara en su persona a los niños, las niñas y los adolescentes, aspecto que consagran las normas que pasan a señalarse:

Artículo 12 de la Constitución. Integridad personal. *“Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos a degradantes”.*

Artículo 18 de la ley 1098 de 2006. **Derecho a la integridad personal.** *“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico. En especial, tienen derecho a la protección contra el maltrato y los abusos de toda índole por parte de sus padres, de sus representantes legales, de las personas responsables de su cuidado y de los miembros de su grupo familiar, escolar y comunitario.*

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

Repárese en que la anterior norma hace relación a las conductas que atentan y vulneran la integridad de los niños y los adolescentes, definiendo además el llamado maltrato infantil en sus diversas modalidades y autores del mismo.

A su turno el artículo 7 de la precitada ley, dispone: **Protección integral**. “Se entiende por protección integral de los niños, niñas y adolescentes el reconocimiento como sujetos de derechos, la garantía y cumplimiento de los mismos, la prevención de su amenaza o vulneración y la seguridad de su restablecimiento inmediato en desarrollo del principio del interés superior.

La protección integral se materializa en el conjunto de políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos”.

Sobre el particular cabe anotar que el anterior Código del Menor protegía al menor cuando este se encontraba en situaciones irregulares. El nuevo habla de protección integral. La diferencia no es solo semántica, porque la protección integral indica que el Estado pretende ampliar la cobertura de protección de los niños, las niñas y los adolescentes con un conjunto de **“políticas, planes, programas y acciones que se ejecuten en los ámbitos nacional, departamental, distrital y municipal con la correspondiente asignación de recursos financieros, físicos y humanos”**, que además deben involucrar a la familia y a la sociedad.

En el orden que se trae, varios artículos del Código de la Infancia y la Adolescencia se refieren a la integridad personal de los menores, destacándose los siguientes:

Numeral 4 artículo 20, según el cual los menores tienen derecho a ser protegidos contra cualquier conducta que atente contra su integridad y formación sexuales.

Numeral 8 artículo 41, enuncia como una de las obligaciones del Estado, en lo niveles nacional, departamental, distrital y municipal, la de promover en todos los estamentos de la sociedad el respeto a la **integridad física, psíquica e intelectual de los menores**. El numeral 20 de dicho artículo contempla la obligación del Estado de erradicar del sistema educativo las sanciones que conlleven maltrato y menoscabo de la dignidad, **integridad física o moral** de los menores. El numeral 34 de la misma disposición, ordena al Estado adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la **integridad física** del menor frente al debido proceso.

Artículo 43, en cuanto dispone que los establecimientos educativos deben garantizar a los menores el pleno respeto, entre otros derechos, a la **integridad física**.

Numeral 6, artículo 47, habla de las responsabilidades especiales de los medios de comunicación en el sentido de que deberán abstenerse de realizar transmisiones que atenten contra la integridad moral, psíquica o física de los menores o que inciten a la violencia.

Artículo 50, que define por restablecimiento de los derechos de los menores la restauración de su integridad como sujetos.

Artículo 60, que ordena vincular a los menores a programas de atención especializada cuando se les vulnere, entre otros, el derecho a la integridad personal.

Numerales 5 y 8 del artículo 89, incluyen entre las funciones de la Policía Nacional las de vigilar e impedir el ingreso de menores de edad a lugares que ofrezcan peligro para su integridad física o moral, a más de adelantar labores de vigilancia a fin de impedir que los menores porten armas y elementos que puedan atentar contra su integridad.

Artículo 94, que prohíbe la conducción de menores mediante la utilización de esposas o cualquier otro medio que atente contra su dignidad. Se prohíbe así mismo el uso de armas para conjurar la evasión de menores, salvo que sea necesario para proteger la integridad del encargado de su conducción ante la amenaza de un peligro grave e inminente.

Artículo 106, que faculta al defensor o comisario de familia a allanar y rescatar al menor respecto del cual haya indicios de que su vida o integridad personal se encuentre en peligro.

Parágrafo 2 del artículo 110, que faculta al defensor de familia para otorgar permiso para salir del país a los menores desvinculados o testigos de procesos penales cuando corran grave peligro su vida y su integridad personal.

Artículo 117, que prohíbe el empleo de toda persona menor de 18 años en trabajos que impliquen consecuencias de peligro o nocivas para su salud e integridad física o psicológica.

Artículo 188, que consagra el derecho de todo adolescente privado de la libertad de ser examinado por un médico inmediatamente después de su ingreso al programa de atención especializada, con el objeto de comprobar anteriores vulneraciones a su integridad personal y verificar el estado físico o mental que requiera tratamiento.

Así mismo se destaca el artículo 20 que consagra los derechos de protección. *“Los niños, las niñas y los adolescentes serán protegidos contra:*

1. El abandono físico, emocional y psicoafectivo de sus padres, representantes legales o de las personas, instituciones y autoridades que tienen la responsabilidad de su cuidado y atención.

2. *La explotación económica por parte de sus padres, representantes legales, quienes vivan con ellos, o cualquier otra persona. Serán especialmente protegidos contra su utilización en la mendicidad.*
3. *El consumo de tabaco, sustancias psicoactivas, estupefacientes o alcohólicas y la utilización, el reclutamiento o la oferta de menores en actividades de promoción, producción, recolección, tráfico, distribución y comercialización.*
4. *La violación, la inducción, el estímulo y el constreñimiento a la prostitución; la explotación sexual, la pornografía y cualquier otra conducta que atente contra la libertad, integridad y formación sexuales de la persona menor de edad.*
5. *El secuestro, la venta, la trata de personas y el tráfico y cualquier otra forma contemporánea de esclavitud o de servidumbre.*
6. *Las guerras y los conflictos armados internos.*
7. *El reclutamiento y la utilización de los niños por parte de los grupos armados organizados al margen de la ley.*
8. *La tortura y toda clase de tratos y penas crueles, inhumanos, humillantes y degradantes, la desaparición forzada y la detención arbitraria.*
9. *La situación de vida en la calle de los niños y las niñas.*
10. *Los traslados ilícitos y su retención en el extranjero para cualquier fin.*
11. *El desplazamiento forzado.*
12. *El trabajo que por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo es probable que pueda afectar la salud, la integridad y la seguridad o impedir el derecho a la educación.*
13. *Las peores formas de trabajo infantil, conforme al Convenio 182 de la OIT.*
14. *El contagio de enfermedades infecciosas prevenibles durante la gestación o después de nacer, o la exposición, durante la gestación, a alcohol o cualquier tipo de sustancia psicoactiva que pueda afectar su desarrollo físico, mental o su expectativa de vida.*
15. *Los riesgos y efectos producidos por desastres naturales y demás situaciones de emergencia.*
16. *Cuando su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren.*
17. *Las minas antipersonales.*
18. *La transmisión del VIH-SIDA y las infecciones de transmisión sexual.*

19. *Cualquier otro acto que amenace o vulnere sus derechos”.*

Nótese que se trata de un cúmulo de normas de perentoria claridad y alcance, que implican y comprometen a todos aquellos sujetos e instituciones responsables de garantizar y hacer efectivos los derechos en comento de los niños y los adolescentes.

Citas de jurisprudencia. Sentencias Corte Constitucional: T 529 del 18 de septiembre de 1992. T 531 del 23 de septiembre de 1992. T 1028 del 17 de octubre de 2008: El Estado debe supervisar el cuidado, la atención y la formación brindados a un menor, aún bajo medida de protección.

“De acuerdo con lo expuesto en acápite anterior, la accionante señala que tiene 13 años de edad, convive con su madre y tres hermanos, también menores. Agrega que ha sido víctima de maltrato constante por parte de su progenitora, hechos de los cuales ha tenido conocimiento el ICBF.

La menor relata en su declaración que su madre la maltrata física y verbalmente y que en la última agresión la amenazó con un cuchillo; así mismo, la obliga a realizar todos los oficios del hogar y la responsabiliza del cuidado de sus hermanos. Por otro lado, manifiesta que a su progenitora la frecuentan distintos hombres y que ha presenciado actos sexuales. Por ello, solicita que el ICBF tome medidas de protección definitivas y la separe de su madre.

En el presente caso, se encuentra demostrado en el expediente que la situación referida por la accionante, maltrato constante por parte de su progenitora, fue conocida por los órganos de protección respectivos.

En la medida en que las familias se integren con responsabilidad y que en su interior las relaciones se rijan bajo parámetros de igualdad y mutuo respeto, se garantiza la armonía familiar y se propicia un espacio adecuado para el cumplimiento correlativo de los roles de esposos, padres e hijos. Sin embargo, esto no siempre sucede pues muchas veces las familias no se conforman con sentido de responsabilidad y por ello sobreviene la desarmonía familiar entre los cónyuges y el incumplimiento de los deberes de asistencia y protección que aquellos tienen respecto de sus hijos. En estas situaciones, existe el alto riesgo de que los niños habidos en el seno de una familia sean privados de la asistencia y protección que demandan para su formación integral. Y en casos extremos, tal privación se traduce en un verdadero estado de abandono. Surge, entonces, el deber correlativo de la sociedad y del Estado de superar ese déficit de asistencia y protección y de rodear a los niños de un entorno que permita el reconocimiento de sus derechos. Y esto se hace ateniéndose al régimen legal que regula las situaciones en las que deben restablecerse los derechos de los menores que han sido vulnerados y los mecanismos de protección encaminados a superar tales situaciones.

En efecto, obra en el plenario la actuación seguida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, regional Meta relacionada con el seguimiento del caso, estudios

socio-familiares, evaluaciones nutricionales y psicológicas e informes de medicina legal. Se observa también el acta de colocación de la menor (fl. 76) a disposición de un hogar sustituto, el día 18 de mayo de 2007.

Así mismo, de la respuesta al requerimiento hecho por esta Sala en sede de Revisión al ICBF, regional Meta, se advierte que la menor continúa bajo la medida de restablecimiento de sus derechos, en un hogar sustituto, ante la falta de interés de la madre biológica para asumir la custodia de su hija.

Teniendo en cuenta las anteriores circunstancias, considera esta Sala que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, regional Meta, ha cumplido con sus funciones y ha hecho uso de todos los medios que tiene a su alcance para garantizar la protección de los derechos de la menor, con lo que se presenta, constatada la petición y su situación de cuidado y protección brindada por el Estado, el fenómeno jurídico conocido como hecho superado.

Por otro lado, no obstante se haya producido un hecho superado, la Sala previene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que supervise el cuidado, la atención y la formación brindados a la niña Karol D. C., dentro de su hogar sustituto" (Corte Constitucional sentencia T-1028, octubre 17 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Sobre el tema tratado merece particular estudio la ley 294 de 1996, reformada por la ley 575 de 2000 y por la ley 1257 de 2008, y además reglamentada por el decreto 652 de 2001, que desarrolló el artículo 42 de la Constitución Política, promulgando normas para prevenir, remediar y sancionar la violencia intrafamiliar, mediante un tratamiento integral de las diferentes modalidades de violencia en la familia, a efecto de asegurar a ésta su armonía y unidad.

La normativa en referencia se aplica a la familia constituida por vínculos jurídicos o naturales, vale decir, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

Toda persona que dentro de su contexto familiar sea víctima de daño físico o psíquico, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar, podrá pedir, sin perjuicio de las denuncias penales a que hubiere lugar, al Comisario de familia del lugar donde ocurrieren los hechos y a falta de éste al Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, una medida de protección inmediata que ponga fin a la violencia, maltrato o agresión o evite que ésta se realice cuando fuere inminente.

Quiere decir que, si en el sitio en mención existe Comisario de Familia, la competencia para el caso la asume éste de modo privativo. Por tanto, sólo a falta de dicho funcionario, será competente el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, sometiéndose el asunto a reparto de inmediato si en la localidad funciona más de un despacho judicial.

Cuando el hecho objeto de la queja constituyere delito o contravención, el funcionario de conocimiento remitirá las diligencias a la autoridad competente, sin perjuicio de las medidas de protección que sea menester adoptar. De contera, no son incompatibles ni se excluyen el trámite particular que por violencia intrafamiliar se cumple ante el Comisario de Familia o el Juez, y las actuaciones a que haya lugar que correspondan a la Fiscalía General de la Nación y a los jueces penales, por ejemplo por la infracción de lesiones personales.

No obstante la competencia anterior podrá acudir al Juez de Paz y al Conciliador en Equidad, con el fin de obtener, con su mediación, que cese la violencia, maltrato o agresión, o la evite si fuere inminente. En este caso se citará inmediatamente al agresor a una audiencia de conciliación, la cual deberá celebrarse en el menor tiempo posible.

Podrá el Juez de Paz o el Conciliador en Equidad, si las partes lo aceptan, requerir instituciones o profesionales o personas calificadas, asistencia al agresor, a las partes o al grupo familiar.

Si el presunto agresor no compareciere o no se logra acuerdo alguno entre las partes, se orientará a la víctima sobre la autoridad competente para imponer medidas de protección, a quien por escrito se remitirá la actuación. Es decir, que la labor de aquellos se limita al acuerdo conciliatorio, que si no se logra les impone enviar de oficio la actuación surtida al Comisario de Familia o Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal competente.

Procedimiento.

Llevar información sobre hechos de violencia intrafamiliar a las autoridades competentes es responsabilidad de la comunidad y de los vecinos, por supuesto de los parientes, que deben suministrarla inmediatamente se conozca el caso. Se pretende así motivar el principio de solidaridad social.

La petición de medida de protección podrá ser presentada personalmente por el agredido, por cualquier otra persona que actúe en su nombre, es decir, mediante una especie particular de agencia oficiosa, o por el defensor de familia cuando la víctima se halle en imposibilidad de hacerlo por sí misma.

La petición de una medida de protección podrá formularse por escrito, en forma oral o por cualquier medio idóneo ante el funcionario competente. Deberá presentarse a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a la ocurrencia del suceso constitutivo de violencia intrafamiliar. Se trata de un término de caducidad, que si supera impide que se admita la petición y se adelante el trámite de rigor.

Sin embargo, cuando la víctima manifieste bajo la gravedad del juramento que por encierro, incomunicación o cualquier otro acto de fuerza o violencia proveniente del agresor se encontraba imposibilitada para comparecer ante la autoridad competente, el término comenzará a correr desde la perpetración de la última conducta. (Artículo 5 decreto 652 de 2001).

El Comisario o el Juez, según el caso, recibirá y avocará en forma inmediata la petición, y si estuviere fundada en al menos indicios leves, podrá dictar dentro de las cuatro (4) horas hábiles siguientes, medidas de protección en forma provisional tendentes a evitar la continuación de todo acto de violencia, agresión, maltrato, amenaza u ofensa contra la víctima, so pena de hacerse el agresor acreedor a las sanciones previstas en la ley para el incumplimiento de dichas medidas.

Contra la decisión que decreta la medida provisional de protección no procederá recurso alguno.

Radicada la solicitud, el Comisario o el Juez citará al acusado para que comparezca a una audiencia que tendrá lugar entre los cinco (5) y diez (10) días siguientes a la presentación de aquella, a la que deberá asistir la víctima.

La notificación de citación a la audiencia se hará personalmente o por aviso fijado a la entrada de la residencia del agresor.

El agresor podrá presentar descargos antes de la audiencia, y proponer fórmulas de avenimiento con la víctima, e igualmente solicitar pruebas, que se practicarán durante la audiencia.

Antes de la audiencia y durante la misma, el Comisionario o el Juez, según el caso, deberá procurar por todos los medios legales a su alcance, fórmulas de solución al conflicto intrafamiliar entre el agresor y la víctima, a fin de garantizar la unidad y armonía de la familia, y especialmente que el agresor enmiende su comportamiento. En todos los casos, propiciará el acercamiento y el diálogo directo entre las partes para el logro de un acuerdo que garantice la paz y convivencia en la familia.

Significa que el asunto puede terminar por conciliación. En tal sentido, para adelantar la conciliación el funcionario competente debe tener en cuenta los criterios previstos por el artículo 8 del decreto 652 de 2001, que igualmente ha de considerar al dictar el pronunciamiento que corresponda, si la conciliación no se logra, consistentes en:

- a) Evaluar los factores de riesgo y protectores de la salud física y psíquica de la víctima.
- b) Evaluar la naturaleza del maltrato y del hecho de violencia intrafamiliar, así como sus circunstancias anteriores, concomitantes y posteriores.
- c) Determinar la viabilidad y eficacia del acuerdo para prevenir y remediar la violencia.
- d) Examinar la reiteración del agresor en la conducta violenta.
- e) Incorporar en el acuerdo los mecanismos de seguimiento, vigilancia y de ser posible la fijación del tiempo del mismo, para garantizar y verificar que se acaten las obligaciones contraídas.

f) Propiciar la preservación de la unidad familiar en armonía.

g) Orientar y vigilar que exista congruencia en los compromisos que se adquieran en el acuerdo.

h) Precisar la obligación de cumplimiento de los compromisos asumidos por los involucrados, en especial de acudir a tratamiento terapéutico, si hace parte del acuerdo. Advirtiendo sobre las consecuencias si los compromisos no se cumplen.

En la misma audiencia, de no haber conciliación, se decretarán y practicarán las pruebas que soliciten las partes y las que de oficio se estimen conducentes. Entre otras, el funcionario podrá disponer que se emita prueba pericial, técnica o científica por peritos oficiales, quienes rendirán su dictamen conforme a los procedimientos establecidos por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Si el agresor no compareciere a la audiencia se entenderá que acepta los cargos formulados en su contra, norma que impone un efecto probatorio a manera de confesión ficta o tácita por la renuencia y desinterés del acusado a comparecer al trámite pertinente.

Empero, las partes podrán excusarse de la inasistencia por una sola vez antes de la audiencia o dentro de la misma, siempre que medie justa causa. El funcionario evaluará la excusa y, si la encuentra procedente, fijará fecha para celebrar la nueva audiencia dentro de los cinco (5) días siguientes.

La resolución o sentencia se dictará por el Comisario o por el Juez al finalizar la audiencia y será notificada a las partes en estrados. Se entenderán surtidos los efectos de la notificación desde su pronunciamiento.

Si el Comisario de Familia o el Juez determinan que el solicitante o un miembro de un grupo familiar ha sido víctima de violencia o maltrato, emitirá mediante providencia motivada una medida definitiva de protección, en la cual ordenará al agresor abstenerse de realizar la conducta objeto de la queja, o cualquier otra similar contra la persona ofendida u otro miembro del grupo familiar.

El funcionario podrá imponer, además, según el caso, las siguientes medidas:

a) Ordenar al agresor el desalojo de la casa de habitación que comparte con la víctima, siempre que se hubiere probado que su presencia constituye una amenaza para la vida, la integridad física o la salud de cualquiera de los miembros de la familia.

b) Ordenar al agresor abstenerse de penetrar en cualquier lugar donde se encuentre la víctima, cuando a discreción del funcionario dicha limitación resulte necesaria para prevenir que aquél moleste, intimide, amenace o de cualquier otra forma interfiera con la víctima o con los niños, niñas o adolescentes, cuya custodia provisional le haya sido otorgada.

- c) Prohibir al agresor esconder o trasladar de la residencia a los niños, niñas, adolescentes y personas discapacitadas en situación de indefensión miembros del grupo familiar, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar.
- d) Obligación de acudir a un tratamiento reeducativo y terapéutico en una institución pública o privada que ofrezca tales servicios, a costa del agresor.
- e) Si fuere necesario, se ordenará al agresor el pago de los gastos médicos, psicológicos y psíquicos que requiera la víctima.
- f) Cuando la violencia o maltrato revista gravedad y se tema su repetición se ordenará una protección temporal especial de la víctima por parte de las autoridades de policía, tanto en su domicilio como en su lugar de trabajo, si lo tuviere.
- g) Ordenar a la autoridad de policía, previa solicitud de la víctima, el acompañamiento para reingresar a su lugar de habitación, cuando haya tenido que salir de allí por su seguridad.
- h) Decidir de modo provisional el régimen de custodia, visitas y guarda de los hijos, si fuere menester, sin perjuicio de la competencia de otras autoridades al respecto, como el Juez de Familia, que podrán ratificar o modificar tal medida.
- i) Suspender al agresor la tenencia, porte y uso de armas. Si éstas son indispensables para el ejercicio de su profesión u oficio, la suspensión deberá ser motivada.
- j) Definir de manera provisional quien tendrá a su cargo las pensiones alimentarias de los hijos y personas beneficiarias de ellas, sin perjuicio de la competencia de otras autoridades, que podrán mantener o reformar la decisión.
- k) Resolver provisionalmente sobre el uso y disfrute de la vivienda familiar, sin perjuicio de la competencia antes referida.
- l) Prohibir al agresor la realización de actos de enajenación o gravamen de bienes de su propiedad sujetos a registro, si tuviere sociedad conyugal o patrimonial vigente. Esta disposición no es clara, por lo que como reflejo de su adecuada interpretación considero que la medida debe, en principio, recaer sobre bienes sociales, salvo que el agresor sea deudor de alimentos en pro de miembros de la familia, caso en el cual la restricción puede cobijar sus propios bienes. Nótese que el artículo 17 de la ley 1257 de 2008 al respecto ordena que la medida en comento será decretada por autoridad judicial. Por tanto, si el asunto lo conoce un Comisario de Familia debe dirigirse al Juez competente para que obre de conformidad, remitiéndole los elementos de probatorios que resulten pertinentes. Si la medida se ordena se librarán los respectivos oficios.
- m) Disponer que el agresor devuelva de inmediato los objetos de uso personal, documentos de identidad y cualquier otra cosa que pertenezca o posea la víctima.

n) Cualquier otra medida necesaria para el cumplimiento de los propósitos de la ley.

Si alguna de las partes estuviere ausente, se le comunicará la decisión mediante aviso, telegrama o por cualquier otro medio idóneo.

De la actuación se dejará constancia en el acta, de la cual se entregará copia a cada una de las partes.

En todas las etapas del proceso, el Comisario contará con la asistencia del equipo interdisciplinario de la Institución.

El funcionario que expidió la orden de protección mantendrá la competencia para la ejecución y el cumplimiento de las medidas aplicadas.

Las sanciones por incumplimiento de las medidas se impondrán en audiencia que deberá celebrarse dentro de los diez (10) días siguientes a su solicitud, luego de haberse practicado las pruebas pertinentes y oídos los descargos de la parte acusada. Las sanciones pueden consistir en multa en salarios mínimos legales mensuales vigentes, convertible en arresto; o en arresto directo.

No obstante cuando a juicio del Comisario sea necesario ordenar el arresto, luego de practicar las pruebas y oídos los descargos, le pedirá al Juez de Familia o Promiscuo de Familia, o en su defecto, al Civil Municipal o al Promiscuo, que expida la orden correspondiente, funcionario que decidirá dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes.

La providencia que imponga las sanciones por incumplimiento de la orden de protección, provisional o definitiva, será motivada y notificada personalmente en la audiencia, debe entenderse que la notificación se surte en estrados si el sancionado está presente, o en su lugar mediante aviso.

Para su cumplimiento se remitirá oficio al comandante de policía municipal o distrital para que conduzca al agresor al establecimiento de reclusión, comunicándose a Juez encargado de su ejecución o al comisario de familia, si éste solicitó la orden de arresto. (Artículo 10 decreto 652 de 2001).

En cualquier momento, las partes interesadas, el Ministerio Público, el Defensor de Familia, demostrando plenamente que se han superado las circunstancias que dieron origen a las medidas de protección, podrán pedir al funcionario que expidió la orden la terminación de los efectos de las declaraciones adoptadas y de las medidas decretadas.

Contra la decisión definitiva que imponga una medida de protección que tomen los Comisarios de Familia o los Jueces Civiles Municipales o Promiscuos Municipales, procederá en el efecto devolutivo el recurso de apelación ante el Juez de Familia o Promiscuo de Familia, que se tramita en la forma prevista por el artículo 32 del decreto 2591 de 1991, que regula la impugnación de sentencias de tutela, por remisión del artículo 13 del decreto 652 de 2001.

14. Derecho a la intimidad.

Al respecto rigen las siguientes normas de la Constitución:

Artículo 15: *“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a un buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas*

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”

Artículo 42 inciso 4: *“La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”.*

Artículo 21: *“Se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección”.*

Además lo desarrolla el artículo 33 de la ley 1098 de 2006, que prescribe: *“Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la intimidad personal, mediante la protección contra toda injerencia arbitraria o ilegal en su vida privada, la de su familia y correspondencia. Así mismo serán protegidos contra toda conducta, acción o circunstancia que afecte su dignidad”.*

El derecho a la intimidad de los niños y los adolescentes, en su ser individual y vida privada y como integrantes de la familia, cumple la función de impedir que ciertos hechos, de suyo reservado o íntimos, de importancia e interés sólo para la persona o los miembros de la célula familiar, no sean divulgados a la luz pública, para evitar así los conflictos en la familia e incluso un posible desprestigio de unos y otros frente a la sociedad.

Se ve así como el derecho a la intimidad protege no sólo la privacidad de cada una de las personas que integran la familia, sino además a ésta como institución.

Conforme al derecho en mención nadie puede inmiscuirse en el espíritu y la paz interior del núcleo familiar. Se prohíbe la publicidad de hechos dignos de respeto y privacidad, relativos a la esfera íntima de la familia y de sus miembros que por ende no pueden ser objeto de noticia ni divulgación, como tener la calidad de hijo adoptivo, ser hijo extramatrimonial, reconocido o no de padres no casados; el atraso en el pago de obligaciones dinerarias como el crédito del apartamento o casa en que se habite, de las cuotas de administración, de las pensiones escolares, todo ello sin perjuicio de las acciones legales por parte del acreedor; la ocurrencia de una desavenencia o disputa intrafamiliar, el suceso de adicciones al alcohol o a la droga.

A su vez la dignidad y la honra son conceptos de naturaleza subjetiva que distinguen a una persona en un núcleo social y que ésta va forjando con el paso del tiempo por su conducta o comportamiento en los diferentes órdenes, esto es, ciudadanos,

cívicos, comunitarios, familiares, profesionales, de trabajo, etc. Por tanto, se consideran derechos fundamentales.

Así mismo para preservar los derechos de que se viene hablando el artículo 33 de la Carta Magna regula la limitación del deber de declarar contra los miembros de la familia, así: *“Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”*.

Palmar es que los vínculos de sangre o de adopción, o la calidad de esposos, hacen que el testimonio judicial no sea totalmente imparcial. Luego no resultaría moral que existieran acusaciones o declaraciones forzadas a favor o en contra de los miembros de la familia, como entre cónyuges, o entre padres e hijos, o entre hermanos.

El precepto es aplicable tanto a la familia legítima como a la natural, por mencionarse a los compañeros permanentes y a los parientes en general, sin introducir distinciones.

Se tutela y preserva de esta forma la unidad familiar no obligando a rendir testimonio en materia penal o criminal, sí en otras materias, a los parientes y demás personas que señala la norma, que de no existir propiciaría graves conflictos en la familia.

Referencias legales: Ley 592 de 2000: Código Penal, artículos 220 a 228, injuria y calumnia como delitos contra la integridad moral. Ley 1266 de 2008 sobre el habeas data.

Citas de jurisprudencia: Corte Constitucional. Sentencias: T 414 del 16 de junio de 1992. T 412 del 17 de junio de 1992. T 611 de 1992: Núcleo esencial del derecho a la intimidad. C 019 del 25 de enero de 1993: Con la investigación en un proceso judicial de las circunstancias familiares de un menor no se viola su honra, dignidad e intimidad. SU 528 de 1993, SU 256 de 1996 y C 53 de 2001. T 261 del 20 de junio de 1995. T 516 del 21 de septiembre de 1998. T 611 de 1992, T 696 de 1996 y T 787 del 18 de agosto de 2004: Definición del derecho a la intimidad. Núcleo esencial. Maneras de vulneración. Derecho al buen nombre. Alcances del derecho a la honra.

*“La persona no puede estar sujeta de modo permanente a la observación y a la injerencia de sus congéneres. Inclusive tiene derecho a reclamar de sus propios familiares, aun los más allegados, **el respeto a su soledad en ciertos momentos**, la inviolabilidad de sus documentos personales y de su correspondencia, **así como la mínima consideración respecto de problemas y circunstancias que desea mantener en reserva**. Si ello ocurre en el interior de la familia, dentro de la cual se presume que existe la máxima expresión de confianza, tanto más se explica y justifica este derecho en cuanto alude a personas extrañas a esa unidad aunque sean conocidas o existan respecto de ellas relaciones de amistad, compañerismo, subordinación o superioridad y con mucho mayor fundamento si se trata de conglomerados, aunque sean reducidos (v. gr. colegio, universidad, empresa, barrio) y con mayor razón frente a comunidades de grandes dimensiones (v. gr. pueblo, departamento, país)”*. (Corte Constitucional sentencia T 611 de 1992).

“Con la investigación de las circunstancias familiares del menor no se viola su honra, dignidad e intimidad. No se viola ni el artículo 42 de la Carta ni ninguna otra norma constitucional, cuando se obliga a la familia a cumplir las obligaciones que la misma Constitución le impone. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia permanecen a salvo cuando el juez de menores se limita a investigar las circunstancias familiares que le permitan formarse un juicio de valor sobre la conveniencia de que el niño permanezca o no en ese entorno. Y aun suponiendo, en gracia de discusión, que se viole la intimidad de la familia con la aplicación de esta norma, que no es el caso, de todas maneras ocurriría para garantizar un derecho de los niños que, según la misma Carta, prevalece sobre los derechos de los demás.

En efecto, solo con la investigación de las circunstancias familiares del menor, el juez podrá saber si el medio familiar le es nocivo o conveniente y, como se trata fundamentalmente de protegerlo, podrá entonces adoptar la medida tutelar o protectora más adecuada” (Corte Constitucional sentencia C-019, enero 25 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón).

“Esta corporación ha sostenido que el derecho a la honra, se refiere “a la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan, en razón a su dignidad humana”. Igualmente, ha señalado que este derecho está íntimamente relacionado con las actuaciones de cada persona, pues de ellas depende la forma como transfiere su imagen y son ellas las que en últimas fundamentan un criterio objetivo respecto de la honorabilidad del comportamiento del ciudadano en la sociedad.

La doctrina de esta corporación sobre el alcance de dicho derecho, se ha desarrollado en dos campos, en primer lugar, vinculando su desarrollo al concepto del honor, es decir, a la buena reputación que se presume por parte del individuo a partir de la ejecución de un comportamiento virtuoso, y en segundo lugar, superando dicho criterio eminentemente subjetivo, y en su lugar, sujetándolo a la conformidad o aquiescencia del sujeto con las opiniones que los demás tienen sobre sus virtudes. Esta corporación en Sentencia C-489 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), manifestó que:

“(…) “la Corte precisó el alcance que dentro del derecho a la honra tiene el concepto del honor y señaló que “aunque honra y honor sean corrientemente considerados como sinónimos, existe una diferencia de uso entre ellos. El honor se refiere a la conciencia del propio valor, independiente de la opinión ajena; en cambio la honra o reputación es externa, llega desde afuera, como ponderación o criterio que los demás tienen de uno, con independencia de que realmente se tenga o no honor; uno es el concepto interno —el sentimiento interno del honor—, y otro el concepto objetivo externo que se tiene de nosotros, honra. (Corte Constitucional sentencia T 787 de 2004).

Cita de doctrina. Interpretación del artículo 33 Constitucional. *“Esta norma aparentemente consagra un derecho que sería aplicable a todos los procesos judiciales (civiles, penales, laborales), o administrativos que se adelanten, en razón a que no se limitó a “asunto criminal, correccional o de policía” como lo preveía la Constitución Política de Colombia de 1886.*

2.2. El artículo 33 de la Constitución Nacional sólo es aplicable en materia penal. Para arribar a esta conclusión, es preciso interpretar la norma transcrita en la forma que señala el inciso 2º del artículo 93 de la Constitución Política de 1991, cuyo texto es el siguiente: “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Sin duda alguna el derecho de no declarar contra sí mismo, ni contra las demás personas mencionadas en el artículo 33 de la Constitución Nacional, debe interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

2.3. La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José (Costa Rica) (Aprobado por Colombia por la Ley 16 de 1972, ratificado el 31 de julio de 1973, entró en vigencia el 18 de julio de 1975).

CAPÍTULO II “Derechos civiles y políticos”, artículo 8º “Garantías Judiciales”. “2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...) “g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable...”.

El artículo 8º del Pacto de Costa Rica, consagra el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a confesar, como una garantía judicial sólo aplicable a la persona inculpada de un delito. No se prevé este derecho para los demás procesos judiciales, como quiera que el numeral 2º tan sólo se ocupa de los derechos del inculcado como puede deducirse de su encabezamiento, y de la lectura de los literales a), h).

2.4. Interpretación del artículo 33 de la Constitución Nacional.

Con fundamento en lo previsto en el artículo 93 del cuerpo normativo constitucional, debemos concluir:

2.4.1. El derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución como tal y por mandato del artículo 93 de la misma, debe interpretarse de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.

2.4.2. El Pacto de Costa Rica cumple los requisitos que exige el artículo 93 de la Constitución, es un tratado de derechos humanos y fue ratificado por Colombia el 31 de julio de 1973.

2.4.3. El Pacto de Costa Rica hace referencia en su artículo 8º numeral 2º literal g) al derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución Política, pero relacionado única y exclusivamente con los derechos del imputado en el proceso penal. La interpretación del derecho previsto en el artículo 33 de la Constitución, de conformidad con el Pacto

de Costa Rica, impone la exclusión de él para todos los procesos distintos del penal, sin que se vulnere norma constitucional alguna.

3. Conclusión

Siendo consecuentes con los fundamentos filosóficos y constitucionales anotados, se concluye, que sin que se viole ningún precepto constitucional, no es posible reconocer dentro de un proceso civil, laboral, o administrativo, a ninguna persona el derecho a no declarar contra sí misma, ni contra su cónyuge, compañero permanente, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, tal como lo señala el artículo 33 de la Constitución Política de Colombia, ya que de conformidad con el artículo 93 de la misma y el artículo 8º ordinal 2º, literal g) del Pacto de Costa Rica, aprobado por la Ley 16 de 1972 y ratificado por Colombia el 31 de julio de 1975, este derecho sólo tiene aplicabilidad en los procesos penales.

En procesos civiles, laborales o administrativos, con base en lo anotado en el párrafo anterior, cabe afirmar, que sobre el derecho incorporado en el artículo 33 de la Constitución, están los fines esenciales del Estado entre los que se destacan los de “asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo” (art. 2º C.N.), lo cual no se obtendría sin el derecho de “toda persona para acceder a la administración de justicia” (art. 229, ibídem). En los procesos mencionados, cuando una persona acude a la justicia, el deber del Estado de impartirla prima sobre los intereses de los particulares; ellos tienen el deber de colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia (art. 95, ord. 7º C.N.), de otra manera no se lograría la paz social. En el proceso penal, en cambio, la potestad del Estado sólo se impone al momento de ejecutar una sentencia, antes de ella, tiene el deber de proteger en forma parcializada los derechos del imputado o acusado”. (PARRA QUIJANO, Jairo. El Derecho Procesal y la Nueva Constitución. Biblioteca Jurídica Diké, 1ª edición, 1993; págs. 179 a 182).

15. Derecho al libre desarrollo de la personalidad

Previsto por el artículo 16 de la Carta, como sigue: “*Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico*”.

Dado que la familia es una institución conformada por personas el derecho en mención no es otra cosa que la reiteración de su concepción eminentemente individualista, según la cual carece en sí la familia de capacidad legal, ya que se otorga a cada uno de sus miembros personería jurídica para ser titulares de derechos y asumir obligaciones, al igual que para desarrollar en el mismo plano su personalidad, sin perjuicio de la representación a que haya lugar, como sería la de los padres respecto de los hijos menores de edad.

Al respecto el artículo 27 de la ley 1098 de 2006 contempla dentro de las libertades fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes la relativa “*al libre*

desarrollo de la personalidad y la autonomía personal”, que implica respetar, pero a la vez orientar por los padres o los encargados de la formación de ellos su propia individualidad, sus iniciativas y proyectos de manera que a futuro puedan alcanzar sus metas, ideales y propósitos.

Citas de jurisprudencia. Corte Constitucional. Sentencias: T 542 de 1992. C 109 de 1995: Definición de la personalidad jurídica. SU 641 de 1998. SU 642 de 1998: Libre desarrollo de la personalidad. Criterio de madurez y proporcionalidad. Derecho al libre desarrollo de la personalidad de los niños. T 67 de 1998. T 168 de 2005.

“El artículo 16 de la Constitución Política de Colombia introduce por primera vez en nuestro régimen constitucional el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho se predica de todas las personas naturales exclusivamente ya que las personas jurídicas se rigen por sus propios estatutos y sólo pueden desarrollar el objeto social que ellos determinan.

Por otra parte, el libre desarrollo de la personalidad tiene una connotación positiva y otra negativa. El aspecto positivo de este derecho consiste en que el hombre puede en principio hacer todo lo que desee en su vida y con su vida. Y el aspecto negativo consiste en que la sociedad civil y el Estado no pueden realizar intromisiones indebidas en la vida del titular de este derecho más allá de un límite razonable que en todo caso preserve su núcleo esencial.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad también es conocido como derecho a la autonomía personal. Es un derecho de carácter “genérico y omnicomprendivo” cuya finalidad es comprender aquellos aspectos de la autodeterminación del individuo, no garantizados en forma especial por otros derechos, de tal manera que la persona goce de una protección constitucional para tomar, sin intromisiones ni presiones, las decisiones que estime importantes en su propia vida. Es aquí donde se manifiesta el derecho de opción y es deber de las personas respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios (C.N., art. 95.1).

El derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un simple derecho, es un principio que irradia a todos los derechos contenidos en la Constitución, pues otorga mayor fuerza a su contenido. Debe ser, por tanto, considerado como principio por cuanto es orientador, integrador y crítico de las normas constitucionales. (C. Const., Sent. T-542, sep. 25/92. M.P. Alejandro Martínez Caballero).

“En opinión de la Sala, la primera variable está constituida por la madurez psicológica del menor que efectúa una determinada decisión, susceptible de ser protegida por el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad. Sobre este particular, la Corte ha señalado que la protección deparada por el anotado derecho fundamental es más intensa cuanto mayores sean las facultades de autodeterminación del menor de edad, las cuales —se supone— son plenas a partir de la edad en que la ley fije la mayoría de edad. Esta regla también ha sido formulada conforme a una relación de proporcionalidad inversa entre la capacidad de autodeterminación del menor y la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones que este adopte.

Así, a mayores capacidades intelecto-volitivas, menor será la legitimidad de las medidas de intervención sobre las decisiones adoptadas con base en aquellas.

La segunda variable a tener en cuenta en la determinación del alcance del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, está constituida por la materia sobre la cual se produce la decisión del menor de edad. Como ocurre en el caso del derecho a la igualdad, el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad es un derecho de carácter relacional, lo cual significa que protege las decisiones de las personas frente a algún asunto particular o, dicho de otro modo, protege la autonomía para decidir respecto de algo. En esta medida, el status constitucional del asunto objeto de la decisión es esencial para determinar la intensidad con que el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad la protegerá. Sobre este particular, la Sala estima que pueden distinguirse dos situaciones: (1) el asunto sobre el que se produce la decisión sólo interesa a quien la adopta y no afecta derechos de terceros ni compromete valores objetivos del ordenamiento que otorguen competencias de intervención a las autoridades, motivo por el cual el ámbito decisorio se encuentra incluido dentro del núcleo esencial del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; y, (2) la decisión versa sobre un asunto que compromete derechos de terceros o se relaciona con valores objetivos del ordenamiento que autorizan la intervención de las autoridades, caso en el cual el asunto objeto de la decisión se localiza en la zona de penumbra del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, en la que, como es sabido, son admisibles aquellas restricciones que sean razonables y proporcionadas". (C. Const., Sent. SU-642, nov. 5/98. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

16. Derecho a la libertad y seguridad personal

Consagrado por el artículo 28 de la Constitución, que dispone: "Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley".

A su vez el artículo 21 de la ley 1098 de 2006 regula el derecho a la libertad y seguridad personal, así: "Los niños, las niñas y los adolescentes no podrán ser detenidos ni privados de su libertad, salvo por las causas y con arreglo a los procedimientos previamente definidos en el presente código".

Este principio es esencial en un estado de derecho y encierra conceptos como la libertad de locomoción y de opinión, entre otros, sin que por su ejercicio la persona en sí misma o en su familia pueda ser hostigada, perseguida o molestada, a menos que exista causa y orden legal que así lo permita, ante lo cual puede ser detenida, debiendo ser dejada a disposición de la autoridad competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que ésta adopte la decisión que corresponda.

Veamos entonces en lo básico la estructura del sistema de responsabilidad penal para adolescentes que regula la ley 1098 de 2006:

Artículo 139. Sistema de responsabilidad penal para adolescentes. *“El sistema de responsabilidad penal para adolescentes es el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible”.*

Artículo 140. Finalidad del sistema de responsabilidad penal para adolescentes. *“En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto del sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño.*

En caso de conflictos normativos entre las disposiciones de esta ley y otras leyes, así como para todo efecto hermenéutico, las autoridades judiciales deberán siempre privilegiar el interés superior del niño y orientarse por los principios de la protección integral, así como los pedagógicos, específicos y diferenciados que rigen este sistema.

Parágrafo. En ningún caso, la protección integral puede servir de excusa para violar los derechos y garantías de los niños, las niñas y los adolescentes”.

Artículo 141. Principios del sistema de responsabilidad penal para adolescentes. *“Los principios y definiciones consagrados en la Constitución Política, en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la presente ley se aplicarán en el sistema de responsabilidad para adolescentes”.*

Artículo 142. Exclusión de la responsabilidad penal para adolescentes. *“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.*

Tampoco serán juzgadas, declaradas penalmente responsables ni sometidas a sanciones penales las personas mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años con discapacidad psíquico o mental, pero se les aplicará la respectiva medida de seguridad. Estas situaciones deben probarse debidamente en el proceso, siempre y cuando la conducta punible guarde relación con la discapacidad”.

Artículo 148. Carácter especializado. *“La aplicación de esta ley tanto en el proceso como en la ejecución de medidas por responsabilidad penal para adolescentes, estará a cargo de autoridades y órganos especializados en materia de infancia y adolescencia.*

Parágrafo. Para el cumplimiento de las medidas de restablecimiento de derechos de los menores de 14 años y ejecución de sanciones impuestas a los adolescentes de 14 a 16 años y de 16 a 18 años que cometan delitos, el ICBF diseñará los lineamientos de los programas especializados en los que tendrán prevalencia los principios de política pública de fortalecimiento a la familia de conformidad con la Constitución Política y los tratados, convenios y reglas internacionales que rigen la materia”.

Artículo 163. Integración. “Forman parte del sistema de responsabilidad penal para adolescentes:

1. Los fiscales delegados ante los jueces penales para adolescentes, quienes se ocuparán de la dirección de las investigaciones en las cuales se encuentren presuntamente comprometidos adolescentes, como autores o partícipes de conductas delictivas.

2. Los jueces penales para adolescentes, promiscuos de familia y los municipales quienes adelantarán las actuaciones y funciones judiciales que les asigna la ley.

3. Las salas penales y de familia de los tribunales superiores de distrito judicial que integrarán la Sala de asuntos penales para adolescentes en los mismos tribunales, ante quienes se surtirá la segunda instancia.

4. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, ante la cual se tramitará el recurso extraordinario de casación, y la acción de revisión.

5. La Policía Judicial y el cuerpo técnico especializados adscritos a la fiscalía delegada ante los jueces penales para adolescentes y promiscuos de familia.

6. La Policía Nacional con su personal especializado quien deberá apoyar las acciones de las autoridades judiciales y entidades del sistema.

7. Los defensores públicos del sistema nacional de defensoría pública de la Defensoría del Pueblo, quienes deben asumir la defensa técnica del proceso, cuando el niño, niña o adolescente carezca de apoderado.

8. Las defensorías de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, y las comisarías de familia, o los inspectores de policía, cuando deban tomar las medidas para la verificación de la garantía de derechos, y las medidas para su restablecimiento.

9. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar quien responderá por los lineamientos técnicos para la ejecución de las medidas pedagógicas dispuestas en este libro.

10. Las demás Instituciones que formen parte del sistema nacional de bienestar familiar.

Parágrafo 1. Cada responsable de las entidades que integran el sistema de responsabilidad penal para adolescentes deberá garantizar la provisión o asignación de los cargos que se requieran para su funcionamiento y la especialización del personal correspondiente.

Parágrafo 2. La designación de quienes conforman el sistema de responsabilidad penal para adolescentes deberá recaer en personas que demuestren conocimiento calificado de derecho penal, y de infancia y familia, y de las normas internas e internacionales relativas a derechos humanos.

Parágrafo 3. Los equipos que desarrollan programas especializados, brindarán a las autoridades judiciales apoyo y asesoría sobre el proceso de cada uno de los adolescentes que están vinculados a estos programas, informando los progresos y necesidades que presenten”.

Artículo 164. Los juzgados penales para adolescentes. “Créanse en todo el territorio nacional dentro de la jurisdicción penal ordinaria, los juzgados penales para adolescentes.

Parágrafo 1. El Gobierno Nacional y el Consejo Superior de la Judicatura tomarán las medidas necesarias para garantizar la creación y el funcionamiento de los juzgados penales para adolescentes en todo el país.

Parágrafo 2. Los jueces de menores asumirán de manera transitoria las competencias asignadas por la presente ley a los jueces penales para adolescentes, hasta que se creen los juzgados penales para adolescentes”.

Artículo 165. Competencia de los jueces penales para adolescentes. “Los jueces penales para adolescentes conocerán del juzgamiento de las personas menores de dieciocho (18) años y mayores de catorce (14) años acusadas de violar la ley penal. Igualmente conocerán de la función de control de garantías en procesos de responsabilidad penal para adolescentes que no sean de su conocimiento”.

Artículo 166. Competencia de los jueces promiscuos de familia en materia penal. “En los sitios en los que no hubiera un juez penal para adolescentes el Consejo de la Judicatura dispondrá que los jueces promiscuos de familia cumplan las funciones definidas para los jueces penales para adolescentes en el artículo anterior relativas al juzgamiento y control de garantías en procesos de responsabilidad penal para adolescentes. A falta de juez penal para adolescentes o promiscuo de familia, el juez municipal conocerá de los procesos por responsabilidad penal para adolescentes.

Parágrafo transitorio. La competencia de los jueces promiscuos de familia en esta materia se mantendrá hasta que se establezcan los juzgados penales para adolescentes necesarios para atender los procesos de responsabilidad penal para adolescentes”.

Artículo 167. Diferenciación funcional de los jueces. “Se garantizará que al funcionario que haya ejercido la función de juez de control de garantías en un

determinado proceso de responsabilidad penal juvenil respecto a determinado delito, no se le asigne el juzgamiento del mismo.

Para la eficacia de esta garantía, el Consejo Superior de la Judicatura y, por delegación, los consejos seccionales de la judicatura, adoptarán las medidas generales y particulares que aseguren una adecuada distribución de competencias entre los jueces penales para adolescentes, jueces promiscuos de familia y jueces municipales”.

Artículo 168. Composición y competencias de las salas de asuntos penales para adolescentes. *“Los tribunales superiores de distrito judicial contarán con salas de asuntos penales para adolescentes, especializadas en los asuntos que versen sobre responsabilidad penal adolescente. Estas salas estarán integradas por un (1) magistrado de la Sala Penal y dos (2) magistrados de la Sala de Familia o en su defecto de la Sala Civil, del respectivo tribunal superior.*

En los procesos de responsabilidad penal para adolescentes la segunda instancia se surtirá ante las salas de asuntos penales para adolescentes de los tribunales superiores de distrito judicial.

Parágrafo. El Gobierno Nacional y el Consejo Superior de la Judicatura garantizarán los recursos para la conformación de las salas de asuntos penales para adolescentes con magistrados especializados en el tema de la responsabilidad penal adolescente”.

Artículo 169. De la responsabilidad penal. *“Las conductas punibles realizadas por personas mayores de catorce (14) años y que no hayan cumplido los dieciocho (18) años de edad, dan lugar a responsabilidad penal y civil, conforme a las normas consagradas en la presente ley”.*

17. Derechos de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad.

Al respecto, el artículo 36 de la ley 1098 de 2006 dispone: *“Para los efectos de esta ley, la discapacidad se entiende como una limitación física, cognitiva, mental, sensorial o cualquier otra, temporal o permanente de la persona para ejercer una o más actividades esenciales de la vida cotidiana.*

Además de los derechos consagrados en la Constitución Política y en los tratados y convenios internacionales, los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad tienen derecho a gozar de una calidad de vida plena, y a que se les proporcionen las condiciones necesarias por parte del Estado para que puedan valerse por sí mismos, e integrarse a la sociedad. Así mismo:

- 1. Al respeto por la diferencia y a disfrutar de una vida digna en condiciones de igualdad con las demás personas, que les permitan desarrollar al máximo sus potencialidades y su participación activa en la comunidad.*
- 2. Todo niño, niña o adolescente que presente anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad, tendrá derecho a recibir atención, diagnóstico, tratamiento*

especializado, rehabilitación y cuidados especiales en salud, educación, orientación y apoyo a los miembros de la familia o a las personas responsables de su cuidado y atención. Igualmente tendrán derecho a la educación gratuita en las entidades especializadas para el efecto.

Corresponderá al Gobierno Nacional determinar las instituciones de salud y educación que atenderán estos derechos. Al igual que el ente nacional encargado del pago respectivo y del trámite del cobro pertinente.

3. A la habilitación y rehabilitación, para eliminar o disminuir las limitaciones en las actividades de la vida diaria.

4. A ser destinatarios de acciones y de oportunidades para reducir su vulnerabilidad y permitir la participación en igualdad de condiciones con las demás personas.

Parágrafo 1. En el caso de los adolescentes que sufren severa discapacidad cognitiva permanente, sus padres o uno de ellos, deberá promover el proceso de interdicción ante la autoridad competente, antes de cumplir aquel la mayoría de edad, para que a partir de esta se le prorrogue indefinidamente su estado de sujeción a la patria potestad por ministerio de la ley.

Parágrafo 2. Los padres que asuman la atención integral de un hijo discapacitado recibirán una prestación social especial del Estado.

Parágrafo 3. Autorícese al Gobierno Nacional, a los departamentos y a los municipios para celebrar convenios con entidades públicas y privadas para garantizar la atención en salud y el acceso a la educación especial de los niños, niñas y adolescentes con anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad.

El Estado garantizará el cumplimiento efectivo y permanente de los derechos de protección integral en educación, salud, rehabilitación y asistencia pública de los adolescentes con discapacidad cognitiva severa profunda, con posterioridad al cumplimiento de los dieciocho (18) años de edad”.

A su turno el artículo 47 de la Constitución, indica: *“El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes prestará la atención especializada que requieran”.*

Sin duda las personas discapacitadas conforman un grupo humano altamente vulnerable, en la mayoría de los eventos afectado por una situación de indefensión. Por tanto, evidente es que demandan una atención especial de la familia, la sociedad y el Estado en lo relativo a la garantía, protección, reconocimiento y eficacia de sus derechos, para que así puedan llevar una vida digna.

Referencias legales. Ley 361 de 1997.

Citas de jurisprudencia. Corte Constitucional. Sentencias: T 170 del 9 de marzo 2007. T 560A del 27 de julio de 2007.

18. Derechos de los adolescentes.

El artículo 45 de la Carta, dispone: *“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”.

En su conjunto las anotaciones y reflexiones que con precedencia han quedado consignadas en relación con los derechos de los niños y las niñas sustentan y desarrollan lo relativo a los derechos de los adolescentes, que en todo caso, como menores de edad, también se rigen por la disposiciones de la ley 1098 de 2006.

Referencias legales: Leyes 361 y 375 de 1997, 700 de 2001 y 1251 de 2008.

Citas de jurisprudencia. Corte Constitucional: Sentencias: T 259 del 7 de mayo de 1998. T 853 del 2 de septiembre de 2004.

19. Obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado frente a los derechos fundamentales de la niñez y la adolescencia. Corresponsabilidad.

El artículo 44 inciso 2 de la Constitución, dispone: *“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”*.

Se trata entonces de la norma superior marco que propende para que el trípode que conforman la familia, la sociedad y el Estado actúen de manera coordinada, responsable y continua en el cumplimiento de las obligaciones de distinto orden que les corresponden para que se haga realidad el mandato constitucional en punto de la garantía, protección, ejercicio y eficacia de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, de manera que se logre su completo desarrollo como personas y su integración adecuada a esos tres estamentos como culminación plena de sus expectativas, anhelos, propósitos y metas.

En tal sentido un conjunto de normas de la ley 1098 de 2006 desarrollan el tema en comento, tal como pasa a verse:

Artículo 10. Corresponsabilidad. *“Para los efectos de este código, se entiende por corresponsabilidad, la concurrencia de actores y acciones conducentes a garantizar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes. La familia, la sociedad y el Estado son corresponsables en su atención, cuidado y protección.*

La corresponsabilidad y la concurrencia cuentan en la relación que se establece entre todos los sectores e instituciones del Estado.

No obstante lo anterior, instituciones públicas o privadas obligadas a la prestación de servicios sociales, no podrán invocar el principio de la corresponsabilidad para negar

la atención que demande la satisfacción de derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes”.

La referida corresponsabilidad, entendida como responsabilidad compartida, primeramente comienza en la familia, ya que los padres tienen el deber de cuidar, asistir, educar y formar a sus hijos; pero, sin duda, trasciende a la sociedad, porque a ésta le incumbe colaborar en la formación y protección de los niños, las niñas y los adolescentes. Además, también compromete al Estado, que debe suplir la falta de los padres o ayudarlos con el fin de proporcionar a aquellos las condiciones necesarias para que lleven una vida plena.

La corresponsabilidad en cuestión impone a cada uno de los mencionados actores un cúmulo de obligaciones y deberes que se orientan a un fin común a objeto de que en la práctica se cumpla la preceptiva superior ya destacada.

Por vía de ejemplo en punto de la responsabilidad de la sociedad se han creado figuras como las madres y los hogares comunitarios, con el propósito de atender las necesidades básicas de los niños, las niñas y los adolescentes de estratos sociales pobres, bajo la dirección del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Al respecto se citan las leyes 89 de 1988, 509 de 1999, 1023 de 2006; el decreto 1340 de 1995, y los acuerdos 21 y 50 de 1996.

Artículo 15. Ejercicio de los derechos y responsabilidades. *“Es obligación de la familia, de la sociedad y del Estado, formar a los niños, las niñas y los adolescentes en el ejercicio responsable de los derechos. Las autoridades contribuirán con este propósito a través de decisiones oportunas y eficaces y con claro sentido pedagógico.*

El niño, la niña o el adolescente tendrán o deberán cumplir las obligaciones cívicas y sociales que correspondan a un individuo de su desarrollo.

En las decisiones jurisdiccionales o administrativas, sobre el ejercicio de los derechos o la infracción de los deberes se tomarán en cuenta los dictámenes de especialistas”.

Artículo 16. **Deber de vigilancia del Estado.** *“Todas las personas naturales o jurídicas, con personería jurídica expedida por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar o sin ella, que aún, con autorización de los padres o representantes legales, alberguen o cuiden a los niños, las niñas o los adolescentes son sujetos de la vigilancia del Estado.*

De acuerdo con las normas que regulan la prestación del servicio público de bienestar familiar compete al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar como ente rector, coordinador y articulador del sistema nacional de bienestar familiar, reconocer, otorgar, suspender y cancelar personerías jurídicas y licencias de funcionamiento a las instituciones del sistema que prestan servicios de protección a los menores de edad o la familia y a las que desarrollen el programa de adopción”.

Artículo 31. Derecho a la participación de los niños, las niñas y los adolescentes. *“Para el ejercicio de los derechos y las libertades consagradas en este código los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a participar en las actividades que se realicen en la familia, las instituciones educativas, las asociaciones, los programas estatales, departamentales, distritales y municipales que sean de su interés.*

El Estado y la sociedad propiciarán la participación activa en organismos públicos y privados que tengan a cargo la protección, cuidado y educación de la infancia y la adolescencia”.

Artículo 38. De las obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado. *“Además de lo señalado en la Constitución Política y en otras disposiciones legales, serán obligaciones de la familia, la sociedad y el Estado en sus niveles nacional, departamental, distrital y municipal el conjunto de disposiciones que contempla el presente código”.*

Artículo 39. Obligaciones de la familia. *“La familia tendrá la obligación de promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y debe ser sancionada. Son obligaciones de la familia para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes:*

- 1. Protegerles contra cualquier acto que amenace o vulnere su vida, su dignidad y su integridad personal.*
- 2. Participar en los espacios democráticos de discusión, diseño, formulación y ejecución de políticas, planes, programas y proyectos de interés para la infancia, la adolescencia y la familia.*
- 3. Formarles, orientarles y estimularles en el ejercicio de sus derechos y responsabilidades y en el desarrollo de su autonomía.*
- 4. Inscribirles desde que nacen en el registro civil de nacimiento.*
- 5. Proporcionarles las condiciones necesarias para que alcancen una nutrición y una salud adecuadas, que les permitan un óptimo desarrollo físico, psicomotor, mental, intelectual, emocional y afectivo y educarles en la salud preventiva y en la higiene.*
- 6. Promover el ejercicio responsable de los derechos sexuales y reproductivos y colaborar con la escuela en la educación sobre este tema.*
- 7. Incluirlos en el sistema de salud y de seguridad social desde el momento de su nacimiento y llevarlos en forma oportuna a los controles periódicos de salud, a la vacunación y demás servicios médicos.*
- 8. Asegurarles desde su nacimiento el acceso a la educación y proveer las condiciones y medios para su adecuado desarrollo, garantizando su continuidad y permanencia en el ciclo educativo.*
- 9. Abstenerse de realizar todo acto y conducta que implique maltrato físico, sexual o psicológico, y asistir a los centros de orientación y tratamiento cuando sea requerida.*
- 0. Abstenerse de exponer a los niños, niñas y adolescentes a situaciones de explotación económica.*

11. Decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas a los que pueda sostener y formar.

12. Respetar las manifestaciones e inclinaciones culturales de los niños, niñas y adolescentes y estimular sus expresiones artísticas y sus habilidades científicas y tecnológicas.

13. Brindarles las condiciones necesarias para la recreación y la participación en actividades deportivas y culturales de su interés.

14. Prevenirles y mantenerles informados sobre los efectos nocivos del uso y el consumo de sustancias psicoactivas legales e ilegales.

15. Proporcionarles a los niños, niñas y adolescentes con discapacidad un trato digno e igualitario con todos los miembros de la familia y generar condiciones de equidad de oportunidades y autonomía para que puedan ejercer sus derechos. Habilitar espacios adecuados y garantizarles su participación en los asuntos relacionados en su entorno familiar y social.

Parágrafo. En los pueblos indígenas y los demás grupos étnicos las obligaciones de la familia se establecerán de acuerdo con sus tradiciones y culturas, siempre que no sean contrarias a la Constitución Política, la ley y a los instrumentos internacionales de derechos humanos”.

Artículo 40. Obligaciones de la sociedad. *“En cumplimiento de los principios de corresponsabilidad y solidaridad, las organizaciones de la sociedad civil, las asociaciones, las empresas, el comercio organizado, los gremios económicos y demás personas jurídicas, así como las personas naturales, tienen la obligación y la responsabilidad de tomar parte activa en el logro de la vigencia efectiva de los derechos y garantías de los niños, las niñas y los adolescentes. En este sentido, deberán:*

1. Conocer, respetar y promover estos derechos y su carácter prevalente.
2. Responder con acciones que procuren la protección inmediata ante situaciones que amenacen o menoscaben estos derechos.
3. Participar activamente en la formulación, gestión, evaluación, seguimiento y control de las políticas públicas relacionadas con la infancia y la adolescencia.
4. Dar aviso o denunciar por cualquier medio, los delitos o las acciones que los vulneren o amenacen.
5. Colaborar con las autoridades en la aplicación de las disposiciones de la presente ley.
6. Las demás acciones que sean necesarias para asegurar el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes”.

Artículo 41. Obligaciones del Estado. *“El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:*

1. Garantizar el ejercicio de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes.
2. Asegurar las condiciones para el ejercicio de los derechos y prevenir su amenaza o afectación a través del diseño y la ejecución de políticas públicas sobre infancia y adolescencia.
3. Garantizar la asignación de los recursos necesarios para el cumplimiento de las políticas públicas de niñez y adolescencia, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal para asegurar la prevalencia de sus derechos.

4. *Asegurar la protección y el efectivo restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados.*

5. *Promover la convivencia pacífica en el orden familiar y social.*

6. *Investigar y sancionar severamente los delitos en los cuales los niños, las niñas y las adolescentes son víctimas, y garantizar la reparación del daño y el restablecimiento de sus derechos vulnerados.*

7. *Resolver con carácter prevalente los recursos, peticiones o acciones judiciales que presenten los niños, las niñas y los adolescentes, su familia o la sociedad para la protección de sus derechos.*

8. *Promover en todos los estamentos de la sociedad, el respeto a la integridad física, psíquica e intelectual y el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes y la forma de hacerlos efectivos.*

9. *Formar a los niños, las niñas y los adolescentes y a las familias en la cultura del respeto a la dignidad, el reconocimiento de los derechos de los demás, la convivencia democrática y los valores humanos y en la solución pacífica de los conflictos.*

10. *Apoyar a las familias para que estas puedan asegurarle a sus hijos e hijas desde su gestación, los alimentos necesarios para su desarrollo físico, psicológico e intelectual, por lo menos hasta que cumplan los 18 años de edad.*

11. *Garantizar y proteger la cobertura y calidad de la atención a las mujeres gestantes y durante el parto; de manera integral durante los primeros cinco (5) años de vida del niño, mediante servicios y programas de atención gratuita de calidad, incluida la vacunación obligatoria contra toda enfermedad prevenible, con agencia de responsabilidad familiar.*

12. *Garantizar la inscripción y el trámite del registro civil de nacimiento mediante un procedimiento eficaz y gratuito. Para el efecto, la Registraduría Nacional del Estado Civil y el Ministerio de la Protección Social conjuntamente reglamentarán el trámite administrativo que garantice que el niño o niña salga del centro médico donde nació, con su registro civil de nacimiento y certificado de nacido vivo.*

13. *Garantizar que los niños, las niñas y los adolescentes tengan acceso al sistema de seguridad social en salud de manera oportuna. Este derecho se hará efectivo mediante afiliación inmediata del recién nacido a uno de los regímenes de ley.*

14. *Reducir la morbilidad y la mortalidad infantil, prevenir y erradicar la desnutrición, especialmente en los menores de cinco años, y adelantar los programas de vacunación y prevención de las enfermedades que afectan a la infancia y a la*

1 Director del Grupo de Investigación “Academio” de Uniciencia, Decano de la Facultad de Derecho de Uniciencia, seccional Bucaramanga

2 FERRAJOLI, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales”, en “Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos”, edición de CARBONELL, Miguel; editorial Trotta, Madrid 2007, pp. 71 a 73.

3 WROBLESWKI, Jerzy, “Legal Decisión and its Justification”, en “Meaning and Truth in Judicial Decisión”, editado por AULIUS Arnio, Helsinki, jurídica, 1979, p. 60. En este punto resulta pertinente el artículo de ANA LAURA NETTEL, “La distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación y la racionalidad de la decisión judicial”, Isonomía, Número 5, octubre 1996, en donde a partir de la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación, concluye que el estudio del contexto sociológico de la construcción del conocimiento en la argumentación jurídica de la decisión judicial, consiste en estudiar la racionalidad que está implícita en los estilos de pensamiento de los jueces, y esto

adolescencia y de los factores de riesgo de la discapacidad.

15. Asegurar los servicios de salud y subsidio alimentario definidos en la legislación del sistema de seguridad social en salud para mujeres gestantes y lactantes, familias en situación de debilidad manifiesta y niños, niñas y adolescentes.

16. Prevenir y atender en forma prevalente, las diferentes formas de violencia y todo tipo de accidentes que atenten contra el derecho a la vida y la calidad de vida de los niños, las niñas y los adolescentes.

17. Garantizar las condiciones para que los niños, las niñas desde su nacimiento, tengan acceso a una educación idónea y de calidad, bien sea en instituciones educativas cercanas a su vivienda, o mediante la utilización de tecnologías que garanticen dicho acceso, tanto en los entornos rurales como urbanos.

18. Asegurar los medios y condiciones que les garanticen la permanencia en el sistema educativo y el cumplimiento de su ciclo completo de formación.

19. Garantizar un ambiente escolar respetuoso de la dignidad y los derechos humanos de los niños, las niñas y los adolescentes y desarrollar programas de formación de maestros para la promoción del buen trato.

20. Erradicar del sistema educativo las prácticas pedagógicas discriminatorias o excluyentes y las sanciones que conlleven maltrato, o menoscabo de la dignidad o integridad física, psicológica o moral de los niños, las niñas y los adolescentes.

21. Atender las necesidades educativas específicas de los niños, las niñas y los adolescentes con discapacidad, con capacidades excepcionales y en situaciones de emergencia.

22. Garantizar la etnoeducación para los niños, las niñas y los adolescentes indígenas y de otros grupos étnicos, de conformidad con la Constitución Política y la ley que regule la materia.

23. Diseñar y aplicar estrategias para la prevención y el control de la deserción escolar y para evitar la expulsión de los niños, las niñas y los adolescentes del sistema educativo.

24. Fomentar el deporte, la recreación y las actividades de supervivencia, y facilitar los materiales y útiles necesarios para su práctica regular y continuada.

25. Fomentar la participación en la vida cultural y en las artes, la creatividad y producción artística, científica y tecnológica de niños, niñas y adolescentes y consagrar recursos especiales para esto.

26. Prevenir y atender la violencia sexual, las violencias dentro de la familia y el maltrato infantil, y promover la difusión de los derechos sexuales y reproductivos.

27. Prestar especial atención a los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentren en situación de riesgo, vulneración o emergencia.

28. Protegerlos contra los desplazamientos arbitrarios que los alejen de su hogar o de su lugar de residencia habitual.

29. Asegurar que no sean expuestos a ninguna forma de explotación económica o a

es importante no solamente para describirlos y después predecirlos, sino sobre todo, como propuso Alf ROSS, para compararlos y después criticarlos, pág. 117.

4 En donde la premisa mayor es general establecida como fuente formal del derecho, la premisa menor es el juicio que hace el juzgador sobre los supuestos de hecho de la norma y que se suponen contenidos en el expediente del caso; y la conclusión, sería la norma particular contenida en el fallo y que se deducen de las premisas mayor y menor.

la mendicidad y abstenerse de utilizarlos en actividades militares, operaciones psicológicas, campañas cívico-militares y similares.

30. Protegerlos contra la vinculación y el reclutamiento en grupos armados al margen de la ley.

31. Asegurar alimentos a los niños, las niñas y los adolescentes que se encuentren en procesos de protección y restablecimiento de sus derechos, sin perjuicio de las demás personas que deben prestar alimentos en los términos de la presente ley, y garantizar mecanismos efectivos de exigibilidad y cumplimiento de las obligaciones alimentarias.

32. Erradicar las peores formas de trabajo infantil, el trabajo de los niños y las niñas menores de 15 años, proteger a los adolescentes autorizados para trabajar, y garantizar su acceso y la permanencia en el sistema educativo.

33. Promover estrategias de comunicación educativa para transformar los patrones culturales que toleran el trabajo infantil y resaltar el valor de la educación como proceso fundamental para el desarrollo de la niñez.

34. Asegurar la presencia del niño, niña o adolescente en todas las actuaciones que sean de su interés o que los involucren cualquiera sea su naturaleza, adoptar las medidas necesarias para salvaguardar su integridad física y psicológica y garantizar el cumplimiento de los términos señalados en la ley o en los reglamentos frente al debido proceso. Procurar la presencia en dichas actuaciones de sus padres, de las personas responsables o de su representante legal.

35. Buscar y ubicar a la familia de origen o las personas con quienes conviva a la mayor brevedad posible cuando sean menores de edad no acompañados.

5 Para una explicación detallada de los rasgos fundamentales de la argumentación jurídica bajo la distinción de la justificación interna y externa ver la conocida obra de Robert ALEXY “Teoría de la Argumentación Jurídica” con la traducción de Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, pp 213 a 240. Igualmente y sobre la especial dinámica de la estructura que tiene la fundamentación interna y externa de las sentencias de control de constitucionalidad de las leyes ver a Carlos BERNAL PULIDO, “El principio de proporcionalidad y los derechos Fundamentales”, CEPC, 3ª Edición 2007, pag. 93 y ss. Por ahora es resulta pertinente destacar que uno de los elementos más complicados de la fundamentación externa en este tipo de providencias tiene que ver con la fundamentación de la premisa mayor, ya que la cuestión es saber qué es justamente lo que manda la norma iusfundamental en su forma imperativa; es decir, la Corte Constitucional debe señalar cual es el deber ser contenido en la norma contentiva de una derecho fundamental y que le impone al legislador una prohibición o un mandato, indicando desde luego los argumentos que respalden dicha interpretación.

6 ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”, 2ª Edición, traducción y estudio introductorio de BERNAL PULIDO, Carlos; ediciones del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pag. 489 y ss.

7 Una cosa es con base en que se argumenta y otra el procedimiento mediante el cual se argumenta.

8 Una teoría jurídica acerca de los derechos fundamentales, en tanto que es una teoría de un ordenamiento jurídico de un país determinado, es una teoría dogmática. Alexy en este punto distingue tres dimensiones de una dogmática jurídica: i) dimensión analítica, que trata de explorar conceptual y sistemáticamente el derecho válido; ii) una dimensión empírica, que permite describir y pronosticar la praxis judicial, y iii) la dimensión normativa, que va más allá de las dos anteriores y en donde básicamente se responde la pregunta de cuál es, en el caso concreto y sobre la base del derecho positivo válido, la decisión correcta. Esta última dimensión es la que exploramos en este trabajo de investigación.

9 ALEXY, Robert, “Teoría de los ...” Op. cit., pp. 496 y 497.

36. *Garantizar la asistencia de un traductor o un especialista en comunicación cuando las condiciones de edad, discapacidad o cultura de los niños, las niñas o los adolescentes lo exijan.*

37. *Promover el cumplimiento de las responsabilidades asignadas en el presente código a los medios de comunicación.*

Parágrafo. Esta enumeración no es taxativa y en todo caso el Estado deberá garantizar de manera prevalente, el ejercicio de todos los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes consagrados en la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos y en este código”.

Artículo 42. Obligaciones especiales de las instituciones educativas. *“Para cumplir con su misión las instituciones educativas tendrán entre otras las siguientes obligaciones:*

1. Facilitar el acceso de los niños, niñas y adolescentes al sistema educativo y garantizar su permanencia.

2. Brindar una educación pertinente y de calidad.

3. Respetar en toda circunstancia la dignidad de los miembros de la comunidad educativa.

4. Facilitar la participación de los estudiantes en la gestión académica del centro educativo.

5. Abrir espacios de comunicación con los padres de familia para el seguimiento del proceso educativo y propiciar la democracia en las relaciones dentro de la comunidad educativa.

6. Organizar programas de nivelación de los niños y niñas que presenten dificultades de aprendizaje o estén retrasados en el ciclo escolar y establecer programas de orientación psicopedagógica y psicológica.

7. Respetar, permitir y fomentar la expresión y el conocimiento de las diversas culturas nacionales y extranjeras y organizar actividades culturales

10 BÖCKENFÖRDEN, Op. cit., pp. 63 y 64.

11 El “descubrimiento” de la ineptitud del mercado para cumplir las promesas del bienestar social; un nuevo modelo de pensamiento político que comenzó a reclamar la igualdad real como premisa para ejercer la libertad; la pauperización de grandes sectores de la sociedad demostrando que las condiciones dignas no era un dato preexistente en la sociedad y mucho menos un atributo del cosmos que pudiera lograrse por obra y gracia de la mano invisible del mercado, etc. Esta transformación del Estado se comienza a fraguar en la Constitución de México de Querétaro de 1917 y en la de Weimar de 1919, después de la segunda guerra mundial se consolida en la inclusión del principio del Estado Social en las constituciones italiana y francesa y en la Ley Fundamental de Bonn, y en Colombia en la Constitución de 1991. La propuesta, como lo indicaba Heller, consistía “en salvar el Estado de Derecho inyectándole contenidos sociales,, haciéndolo competente para intervenir en la economía, dotándolo de tareas tendientes a conseguir la igualación de la sociedad, la humanización del trabajo y la prosperidad general” (citado Bernal, p.351). Ver: HELLER, H. ¿Estado de derecho o dictadura?; y sobre todo GARCIA PELAYO, M. “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, ed. Alianza, Madrid, 1978, pag. 26 y ss.; BERNAL PULIDO, C. “El principio de ...”, Op. cit., pag 348 y ss.

12 BERNAL PULIDO, Op. cit., pp. 351 y 352.

13 TUGENDHAT, Ernst. “Lecciones de ética”, ed, Geodisa, Barcelona, 1997. Para este autor, quien defiende la tesis según la cual, desde una perspectiva moral imparcial debe haber derechos sociales fundamentales, lo cual es muy relevante para los sistemas constitucionales modernos, ver el estudio sobre las ventajas y desventajas de esta tesis en ARANGO, Rodolfo, “El concepto de derechos sociales

extracurriculares con la comunidad educativa para tal fin.

8. *Estimular las manifestaciones e inclinaciones culturales de los niños, niñas y adolescentes, y promover su producción artística, científica y tecnológica.*

9. *Garantizar la utilización de los medios tecnológicos de acceso y difusión de la cultura y dotar al establecimiento de una biblioteca adecuada.*

10. *Organizar actividades conducentes al conocimiento, respeto y conservación del patrimonio ambiental, cultural, arquitectónico y arqueológico nacional.*

11. *Fomentar el estudio de idiomas nacionales y extranjeros y de lenguajes especiales.*

12. *Evitar cualquier conducta discriminatoria por razones de sexo, etnia, credo, condición socio-económica o cualquier otra que afecte el ejercicio de sus derechos”.*

Artículo 43. Obligación ética fundamental de los establecimientos educativos.

“Las instituciones de educación primaria y secundaria, públicas y privadas, tendrán la obligación fundamental de garantizar a los niños, niñas y adolescentes el pleno respeto a su dignidad, vida, integridad física y moral dentro de la convivencia escolar. Para tal efecto, deberán:

1. *Formar a los niños, niñas y adolescentes en el respeto por los valores fundamentales de la dignidad humana, los derechos humanos, la aceptación, la tolerancia hacia las diferencias entre personas. Para ello deberán inculcar un trato respetuoso y considerado hacia los demás, especialmente hacia quienes presentan discapacidades, especial vulnerabilidad o capacidades sobresalientes.*

2. *Proteger eficazmente a los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de maltrato, agresión física o psicológica, humillación, discriminación o burla de parte de los demás compañeros y de los profesores.*

3. *Establecer en sus reglamentos los mecanismos adecuados de carácter disuasivo, correctivo y reeducativo para impedir la agresión física o psicológica, los comportamientos de burla, desprecio y humillación hacia niños y adolescentes con dificultades en el aprendizaje, en el lenguaje o hacia niños y adolescentes con capacidades sobresalientes o especiales”.*

Artículo 44. Obligaciones complementarias de las instituciones educativas.

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

1. *Comprobar la inscripción del registro civil de nacimiento.*

2. *Establecer la detección oportuna y el apoyo y la orientación en casos de malnutrición, maltrato, abandono, abuso sexual, violencia intrafamiliar, y explotación económica y laboral, las formas contemporáneas de servidumbre y esclavitud, incluidas las peores formas de trabajo infantil.*

3. *Comprobar la afiliación de los estudiantes a un régimen de salud.*

4. *Garantizar a los niños, niñas y adolescentes el pleno respeto a su dignidad, vida, integridad física y moral dentro de la convivencia escolar.*

5. *Proteger eficazmente a los niños, niñas y adolescentes contra toda forma de maltrato, agresión física o psicológica, humillación, discriminación o burla de parte de los demás compañeros o profesores.*

6. *Establecer en sus reglamentos los mecanismos adecuados de carácter disuasivo,*

fundamentales”, ed. Legis, 1ª edición, Bogota 2005, pp. 275 a 288.

correctivo y reeducativo para impedir la agresión física o psicológica, los comportamientos de burla, desprecio y humillación hacia los niños, niñas y adolescentes con dificultades de aprendizaje, en el lenguaje o hacia niños o adolescentes con capacidades sobresalientes o especiales.

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

8. *Coordinar los apoyos pedagógicos, terapéuticos y tecnológicos necesarios para el acceso y la integración educativa del niño, niña o adolescente con discapacidad.*

9. *Reportar a las autoridades competentes, las situaciones de abuso, maltrato o peores formas de trabajo infantil detectadas en niños, niñas y adolescentes.*

10. *Orientar a la comunidad educativa para la formación en la salud sexual y reproductiva y la vida en pareja”.*

Artículo 45. Prohibición de sanciones crueles, humillantes o degradantes. *“Los directores y educadores de los centros públicos o privados de educación formal, no formal e informal, no podrán imponer sanciones que conlleven maltrato físico o psicológico de los estudiantes a su cargo, o adoptar medidas que de alguna manera afecten su dignidad. Así mismo, queda prohibida su inclusión bajo cualquier modalidad, en los manuales de convivencia escolar”.*

Artículo 46. Obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud. *“Son obligaciones especiales del sistema de seguridad social en salud para asegurar el derecho a la salud de los niños, las niñas y los adolescentes, entre otras, las siguientes:*

1. *Diseñar y desarrollar programas de prevención en salud, en especial de vacunación, complementación alimentaria, suplementación nutricional, vigilancia del estado nutricional y mejoramiento de hábitos alimentarios.*

2. *Diseñar y desarrollar programas de prevención de las infecciones respiratorias agudas, la enfermedad diarreica aguda y otras enfermedades prevalentes de la infancia.*

3. *Diseñar, desarrollar y promocionar programas que garanticen a las mujeres embarazadas la consejería para la realización de la prueba voluntaria del VIH/SIDA y en caso de ser positiva tanto la consejería como el tratamiento antirretroviral y el cuidado y atención para evitar durante el embarazo, parto y posparto la transmisión vertical madre-hijo.*

4. *Disponer lo necesario para garantizar tanto la prueba VIH/SIDA como el seguimiento y tratamiento requeridos para el recién nacido.*

5. *Garantizar atención oportuna y de calidad a todos los niños, las niñas y los adolescentes, en especial en los casos de urgencias.*

6. *Garantizar la actuación inmediata del personal médico y administrativo cuando un niño, niña o adolescente se encuentre hospitalizado o requiera tratamiento o intervención quirúrgica y exista peligro inminente para su vida; carezca de representante legal o este se encuentre en situación que le impida dar su consentimiento de manera oportuna o no autorice por razones personales,*

14 “...su punto de partida son dos tesis: la primera es: la libertad jurídica para hacer u omitir algo, sin la

culturales, de credo o sea negligente; en atención al interés superior del niño, niña o adolescente o a la prevalencia de sus derechos.

7. Garantizar el acceso gratuito de los adolescentes a los servicios especializados de salud sexual y reproductiva.

8. Desarrollar programas para la prevención del embarazo no deseado y la protección especializada y apoyo prioritario a las madres adolescentes.

9. Diseñar y desarrollar programas especializados para asegurar la detección temprana y adecuada de las alteraciones físicas, mentales, emocionales y sensoriales en el desarrollo de los niños, las niñas y los adolescentes; para lo cual capacitará al personal de salud en el manejo y aplicación de técnicas específicas para su prevención, detección y manejo, y establecerá mecanismos de seguimiento, control y vigilancia de los casos.

10. Capacitar a su personal para detectar el maltrato físico y psicológico, el abuso, la explotación y la violencia sexual en niños, niñas y adolescentes, y denunciar ante las autoridades competentes las situaciones señaladas y todas aquellas que puedan constituir una conducta punible en que el niño, niña o adolescente sea víctima.

11. Diseñar y ofrecer programas encaminados a educar a los niños, las niñas y los adolescentes, a los miembros de la familia y a la comunidad en general en prácticas de higiene y sanidad; en el manejo de residuos sólidos, el reciclaje de basuras y la protección del ambiente.

12. Disponer lo necesario para que todo niño, niña o adolescente que presente anomalías congénitas o algún tipo de discapacidad, tengan derecho a recibir por parte del Estado, atención, diagnóstico, tratamiento especializado y rehabilitación, cuidados especiales de salud, orientación y apoyo a los miembros de la familia o las personas responsables de su cuidado y atención”.

Artículo 47. Responsabilidades especiales de los medios de comunicación.
“Los medios de comunicación, en el ejercicio de su autonomía y demás derechos, deberán:

1. Promover, mediante la difusión de información, los derechos y libertades de los niños, las niñas y los adolescentes, así como su bienestar social y su salud física y mental.

2. El respeto por la libertad de expresión y el derecho a la información de los niños, las niñas y los adolescentes.

3. Adoptar políticas para la difusión de información sobre niños, niñas y adolescentes en las cuales se tenga presente el carácter prevalente de sus derechos.

4. Promover la divulgación de información que permita la localización de los padres o personas responsables de niños, niñas o adolescentes cuando por cualquier causa

libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor... La segunda tesis es: bajo las condiciones de la sociedad industrial moderna, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un <<ámbito vital dominado por ellos>>, sino que depende esencialmente de actividades estatales”. ALEXY, Op. cit., pp 446 y 447.

15 Por ejemplo, los derechos sociales como derechos subjetivos; la estructura de los derechos sociales y sobre todo la justicialidad de dichos derechos; temas todos ellos de obligatorio agotamiento para una, al

se encuentren separados de ellos, se hayan extraviado o sean solicitados por las autoridades competentes.

5. Abstenerse de transmitir mensajes discriminatorios contra la infancia y la adolescencia.

6. Abstenerse de realizar transmisiones o publicaciones que atenten contra la integridad moral, psíquica o física de los menores, que inciten a la violencia, que hagan apología de hechos delictivos o contravenciones, o que contengan descripciones morbosas o pornográficas.

7. Abstenerse de transmitir por televisión publicidad de cigarrillos y alcohol en horarios catalogados como franja infantil por el organismo competente.

8. Abstenerse de entrevistar, dar el nombre, divulgar datos que identifiquen o que puedan conducir a la identificación de niños, niñas y adolescentes que hayan sido víctimas, autores o testigos de hechos delictivos, salvo cuando sea necesario para garantizar el derecho a establecer la identidad del niño o adolescente víctima del delito, o la de su familia si esta fuere desconocida. En cualquier otra circunstancia, será necesaria la autorización de los padres o, en su defecto, del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

Parágrafo. Los medios de comunicación serán responsables por la violación de las disposiciones previstas en este artículo. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar podrá hacerse parte en los procesos que por tales violaciones se adelanten contra los medios”.

En el plano de la corresponsabilidad en comento se expidió de manera reciente la **ley 1361 de 2009** (diciembre 3) por medio de la cual se crea la Ley de Protección Integral a la Familia, cuyo contenido es el siguiente:

“Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto fortalecer y garantizar el desarrollo integral de la familia, como núcleo fundamental de la sociedad; así mismo, establecer las disposiciones necesarias para la elaboración de una Política Pública para la familia.

Artículo 2°. Definiciones. Para los efectos de esta ley, se entenderá por:

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.

Asistencia social: Acciones dirigidas a modificar y mejorar las circunstancias de carácter social que impiden a la familia su desarrollo integral, así como su protección cuando se atente contra su estabilidad hasta lograr su incorporación a una vida plena y productiva.

menos somera, comprensión de los mismos, pero que como lo indicamos, excede los límites de espacio de esta ponencia.

16 Tesis que no comparte Bernal Pulido, para quien estas normas y posiciones solo tienen una validez prima facie.

17 Dice Böckenförde que “De que forma hay que realizar, por ejemplo, el derecho a la vivienda,

Integración social: Conjunto de acciones que realiza el Estado a través de sus organismos, los entes territoriales y la sociedad civil organizada a fin de orientar, promover y fortalecer las familias, así como dirigir atenciones especiales a aquellas en condiciones de vulnerabilidad.

Atención integral: Satisfacción de las necesidades físicas, materiales, biológicas, emocionales, sociales, laborales, culturales, recreativas, productivas y espirituales de las familias, permitiéndoles su desarrollo armónico.

Política familiar: Lineamientos dirigidos a todas las familias a fin de propiciar ambientes favorables que permitan su fortalecimiento.

Artículo 3°. Principios. En la aplicación de la presente ley se tendrán en cuenta los siguientes principios:

Enfoque de derechos: Dirigido hacia el fortalecimiento y reconocimiento del individuo y de su familia como una unidad.

Equidad: Igualdad de oportunidades para los miembros de la familia sin ningún tipo de discriminación.

Solidaridad: Construcción de una cultura basada en la ayuda mutua que debe existir en las personas que integran la familia.

Descentralización: El Estado, las entidades territoriales y descentralizadas por servicios desarrollarán las acciones pertinentes dentro del ámbito de sus competencias para fortalecer y permitir el desarrollo integral de la familia como institución básica de la sociedad, teniendo en cuenta la realidad de sus familias.

Integralidad y concertación: Desarrollo de intervenciones integrales eficientes y coordinadas desde los diferentes niveles de la administración pública y en los componentes de la política.

Participación: Inserción de las familias en los procesos de construcción de políticas, planes, programas y proyectos de acuerdo con sus vivencias y necesidades.

Corresponsabilidad: La concurrencia y responsabilidad compartida de los sectores público, privado y la sociedad para desarrollar acciones que protejan a la familia y

mediante la construcción y distribución de viviendas construidas y mantenidas por el Estado, mediante una fijación estatal de precios de las viviendas o en el marco del mercado libre de viviendas a través de la concesión de subsidios de alquiler, ... si la provisión de vivienda debe redundar en beneficio de todos los ciudadanos o sólo de los más necesitados, hay que resolver de entrada todo esto para crear una pretensión jurídica concreta del particular, determinada en su presupuesto, en su contenido y en su alcance". 18 BÖCKENFÖRDE, E. "Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución", en "Escritos sobre derechos fundamentales", Op. cit. Pág.77.

permitan su desarrollo integral.

Atención preferente: Obligación del Estado, la Sociedad en la implementación de acciones que minimicen la vulnerabilidad de las familias, dentro del contexto del Estado Social de Derecho.

Universalidad: Acciones dirigidas a todas las familias.

Artículo 4°. Derechos. El Estado y la Sociedad deben garantizar a la familia el ejercicio pleno de los siguientes derechos:

- 1. Derecho a una vida libre de violencia.*
- 2. Derecho a la participación y representación de sus miembros.*
- 3. Derecho a un trabajo digno e ingresos justos.*
- 4. Derecho a la salud plena y a la seguridad social.*
- 5. Derecho a la educación con igualdad de oportunidades, garantizando los derechos a la asequibilidad, adaptabilidad, accesibilidad y aceptabilidad, en condiciones de universalidad, equidad, calidad y gratuidad.*
- 6. Derecho a la recreación, cultura y deporte.*
- 7. Derecho a la honra, dignidad e intimidad.*
- 8. Derecho de igualdad.*
- 9. Derecho a la armonía y unidad.*
- 10. Derecho a recibir protección y asistencia social cuando sus derechos sean vulnerados o amenazados.*
- 11. Derecho a vivir en entornos seguros y dignos.*
- 12. Derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos.*
- 13. Derecho a la orientación y asesoría en el afianzamiento de la relación de pareja.*
- 14. Respeto y libertad en la formación de los hijos de acuerdo con sus principios y valores.*
- 15. Derecho al respeto recíproco entre los miembros de la familia.*
- 16. Derecho a la protección del patrimonio familiar.*

17. Derecho a una alimentación que supla sus necesidades básicas.

18. Derecho al bienestar físico, mental y emocional.

19. Derecho a recibir apoyo del Estado y la Sociedad para el cuidado y atención de personas adultas mayores.

Artículo 5°. Deberes. Son deberes del Estado y la Sociedad:

1. Promover el fortalecimiento de la familia como núcleo fundamental de la Sociedad, así como la elaboración y puesta en marcha de la Política Nacional de Desarrollo integral de la familia.

2. Garantizar el ejercicio pleno de los derechos de la familia y de sus integrantes.

3. Brindar asistencia social a las familias que se encuentren en estado de indefensión o vulnerabilidad.

4. Dar orientación y asesoría en el afianzamiento de la relación de pareja y las relaciones de familia.

5. Establecer estrategias de promoción y sensibilización de la importancia de la familia para la Sociedad.

6. Proveer a la familia de los mecanismos eficaces para el ejercicio pleno de sus derechos.

7. Establecer programas dirigidos a permitir el desarrollo armónico de la familia.

8. Establecer acciones y programas que permitan la generación de ingresos estables para la familia.

9. Generar políticas de inclusión de las familias al Sistema General de Seguridad Social.

10. Las instituciones públicas y privadas que desarrollen programas sociales deberán proporcionar la información y asesoría adecuada a las familias sobre las garantías, derechos y deberes que se consagran en esta ley para lograr el desarrollo integral de la familia.

11. Promover acciones de articulación de la actividad laboral y la familiar.

Artículo 6°. Día Nacional de la Familia. Declárase el día 15 de mayo de cada año, como el Día Nacional de la Familia.

Artículo 7°. Coordinación. Para el cumplimiento de lo establecido en el artículo 6° de

esta ley, el Ministerio de Educación, Ministerio de Comunicaciones, Ministerio de la Cultura y de la Protección Social coordinarán los actos de celebración que realcen el valor de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.

Parágrafo. El Gobierno Nacional y sus instituciones públicas, la Sociedad Civil y los entes territoriales establecerán acciones, planes y programas tendentes a promover una cultura de protección, promoción y realce de la institución familiar.

En la celebración del Día de la Familia se generarán acciones que resalten la importancia de la familia y la promoción de valores como el respeto, el amor, la ayuda mutua, la tolerancia, la honestidad como pilares básicos en las relaciones familiares y sociales.

Artículo 8°. Familias numerosas. Teniendo en cuenta la importancia de la familia dentro de la sociedad, el Gobierno Nacional establecerá las estrategias y acciones necesarias a fin de proteger y apoyar a las familias numerosas.

Se considerarán familias numerosas, aquellas familias que reúnen más de 3 hijos.

Artículo 9°. Observatorio de familia. Créese el Observatorio de Política de la Familia que permita conocer la estructura, necesidades, factores de riesgos, dinámicas familiares y calidad de vida, a fin de hacer el seguimiento a las políticas sociales encaminadas a su fortalecimiento y protección, así como al redireccionamiento de los recursos y acciones que mejoren su condición.

El Observatorio de Familia estará a cargo del Departamento Nacional de Planeación y contará con la participación de la academia y la sociedad civil.

Las entidades territoriales establecerán un Observatorio de Familia Regional, adscrito a la oficina de Planeación Departamental y Municipal, según sea el caso.

Parágrafo transitorio. El Gobierno Nacional, a través del Departamento Nacional de Planeación, dará cumplimiento a lo establecido en este artículo en un plazo de seis (6) meses a partir de la promulgación de la presente ley.

Artículo 10. Recopilación de información. El Estado a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de conformidad con sus competencias, los entes territoriales y el Departamento Nacional de Estadísticas, DANE, recopilarán la información de los programas y acciones que se desarrollan en el Territorio Nacional para las familias, a fin de poder evaluar y redireccionar las mismas.

Artículo 11. De la política nacional de apoyo y fortalecimiento a la familia. Dentro de los propósitos de fortalecimiento de la familia, el Estado y la sociedad civil, generarán espacios de reflexión e interrelación entre los miembros de la familia. Para tal efecto, el Gobierno Nacional, en cabeza del Ministerio de la Protección Social, elaborará una Política Nacional de apoyo y fortalecimiento a la Familia teniendo en cuenta los siguientes objetivos:

1. *Formular una política pública direccionada al fortalecimiento de la familia, reduciendo los factores de riesgo.*
2. *Mejorar las condiciones de vida y entorno de las familias.*
3. *Fortalecer la institución de la familia como núcleo fundamental de la sociedad.*
4. *Generar espacios de reflexión y comunicación de los miembros de la familia.*
5. *Dar asistencia y atención integral a las familias en situación especial de riesgo.*
6. *Brindar apoyo y asistencia a la transición de la maternidad y la paternidad.*
7. *Fortalecer la relación de pareja hacia la consolidación de la familia.*
8. *Direccionar programas, acciones y proyectos del Estado y la Sociedad de acuerdo con las necesidades, dinámicas y estructuras de las familias.*

Parágrafo. El Gobierno Nacional podrá incluir las asignaciones de recursos necesarios, para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente ley, en los proyectos anuales de presupuesto, el marco fiscal de mediano plazo y el Plan Nacional de Desarrollo.

Parágrafo transitorio. El Gobierno Nacional contará con un plazo máximo de un año para el diseño y elaboración de la política nacional de apoyo y fortalecimiento de la familia de acuerdo con los principios, objetivos y líneas de intervención establecidas en la presente ley.

Artículo 12. Líneas de intervención. En la elaboración de la Política Nacional de Apoyo a la Familia, se tendrán en cuenta las siguientes líneas de intervención:

Vivienda.

Educación.

Productividad y empleo.

Salud.

Cultura, recreación y deporte.

Artículo 13. Corresponsabilidad. El Estado y sus entes territoriales ejercerán de acuerdo con sus competencias la formulación y ejecución de la política pública de apoyo y fortalecimiento de la familia, para lo cual en virtud del principio de coordinación articularán la Política Nacional con las políticas de sus jurisdicciones”.

Como se advierte la precitada ley contempla un conjunto de normas, que en buena medida recogen las preceptivas consagradas en la Constitución y en la ley 1098 de 2006, encausadas al desarrollo y protección integral de la familia y por ende de sus integrantes, como núcleo esencial de la sociedad, consagrando definiciones y principios dirigidos al reconocimiento y fortalecimiento de aquella y de éstos en la dimensión constitucional que se deriva de los artículos 42 a 47 de la Carta, en especial, todos de una loable concepción filosófica, como de su simple lectura se desprende. Además enumera una serie de derechos y de deberes que el Estado y la sociedad deben garantizar a la familia y a las personas que la conforman, unos y

otros de un contenido y alcances significativos, estableciendo mecanismos de coordinación y seguimiento a los fines de la normativa, tales como el observatorio de familia y unas líneas de intervención.

De modo que, por ahora, se ve con optimismo la promulgación de la mencionada ley, aunque lo importante es que se reglamente para que se haga operativa.

La corresponsabilidad en comento bien puede afirmarse que ha dado lugar al surgimiento del derecho de la seguridad familiar, entendido como aquella parte del derecho de familia encargada del estudio de todo lo concerniente a la protección integral de la familia y de sus integrantes, que extiende sus ramificaciones en las diversas especialidades y materias que al respecto se conocen, civil, laboral, seguridad social, penal, etc., para que en tal sentido los derechos que al respecto contemplan la Constitución, las leyes y los Tratados Internacionales se apliquen de manera real y efectiva. Sobre el particular en nuestro medio puede consultarse el texto Derecho de Familia, Seguridad Familiar, del autor Pedro Lafont Pianetta, Tomos I y II, Ediciones Librería del Profesional.

20. Bloque de constitucionalidad en derecho de familia

Se entiende por bloque de constitucionalidad el conjunto de normas y principios que, sin aparecer de manera formal en el articulado del texto de la Constitución Política, se aplican como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Carta por diversas vías y por mandato de ésta. En consecuencia, los jueces deben en sus providencias acatar las disposiciones que lo integran y que sean aplicables a un caso concreto.

Al respecto en sentencia C-582 de 1999 la Corte Constitucional definió los conceptos de bloque de constitucionalidad, así:

“Es por ello que la jurisprudencia ha señalado que es posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. El primero: stricto sensu, conformado por aquellos principios y normas que han sido normativamente integrados a la Constitución por diversas vías y por mandato expreso de la Carta, por lo que entonces tienen rango constitucional, como los tratados de derecho humanitario (C.P., arts. 93 y 103). De otro lado, la noción lato sensu del bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas disposiciones que “tienen un rango normativo superior a las leyes ordinarias”, aunque a veces no tengan rango constitucional, como las leyes estatutarias y orgánicas, pero que sirven como referente necesario para la creación legal y para el control constitucional.

En este contexto, podría decirse que, en principio, integran el bloque de constitucionalidad en sentido lato: (i) el preámbulo; (ii) el articulado de la Constitución, (iii) algunos tratados y convenios internacionales de derechos humanos (C.P., art. 93), (iv) las leyes orgánicas¹, y (v) las leyes estatutarias². Por

1 Sentencias C-600A de 1995, C-287 de 1997, C-337 de 1993.

2 Sentencias C-179 de 1994, C-578 de 1995.

tanto, si una ley contradice lo dispuesto en cualquiera de las normas que integran el bloque de constitucionalidad la Corte Constitucional deberá retirarla del ordenamiento jurídico, por lo que, en principio, los actores tienen entonces razón en indicar que la inexequibilidad de una disposición legal no sólo se origina en la incompatibilidad de aquella con normas contenidas formalmente en la Constitución”.

La misma Corporación precisó en sentencia C 67 de 2003 la fuerza normativa del bloque de constitucionalidad, que en consecuencia constituye fuente del derecho, como sigue:

“De lo dicho anteriormente se tiene que las disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad ostentan jerarquía constitucional por estar situadas a la altura de las normas del texto de la Carta y forman con él un conjunto normativo de igual rango.

El hecho de que las normas que integran el bloque de constitucionalidad tengan jerarquía constitucional hace de ellas verdaderas fuentes de derecho, lo que significa que los jueces en sus providencias y los sujetos de derecho en sus comportamientos oficiales o privados deben atenerse a sus prescripciones. Así como el preámbulo, los principios, valores y reglas constitucionales son obligatorios y de forzoso cumplimiento en el orden interno, las normas del bloque de constitucionalidad son fuente de derecho obligatoria para todos los asociados.

Ahora bien, es claro que si los preceptos, principios y valores contenidos en el bloque de constitucionalidad irradian el texto de la normatividad interna y obligan a las autoridades a acondicionarla a sus disposiciones, también las decisiones judiciales tienen que guardar similar obediencia. Así entonces, no sólo el productor del derecho positivo, sino también el ejecutor de la norma y su intérprete autorizado, están compelidos a seguir los lineamientos del bloque de constitucionalidad, ya que en dicha sumisión reside la validez jurídica de sus actuaciones.

En conclusión, todo el ordenamiento, en su contenido positivo y en su aplicación práctica, debe adecuarse a las normas de jerarquía constitucional. Dando por sentado que las normas que integran el bloque de constitucionalidad son verdaderas normas constitucionales, bien vale entonces acoger las siguientes consideraciones de la Corte que obran como síntesis de la subordinación jurídica a que se ha hecho referencia”.

En la materia aquí tratada, vale decir, respeto de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, el bloque de constitucionalidad se desarrolla en las normas que siguen:
De la Constitución. Artículo 44, inciso 1, parte final: *“Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia”.*

Artículo 93: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en*

esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

Artículo 94: *“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.*

Artículo 214, que al regular los estados de excepción en su numeral 2 preceptúa que durante su vigencia: *“No podrán suspenderse los derechos humanos y las garantías fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.*

Igualmente por las disposiciones que siguen de la ley 1098 de 2006:

Artículo 2. **Objeto.** *“El presente Código tiene por objeto establecer normas sustantivas y procesales para la protección integral de los niños, las niñas y los adolescentes, garantizar el ejercicio de sus derechos y libertades consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en la Constitución Política y en las leyes, así como su restablecimiento. Dicha garantía y protección será obligación de la familia, la sociedad y el Estado”.*

Artículo 6. **Reglas de interpretación y aplicación.** *“Las normas contenidas en la Constitución Política y en los tratados o convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, en especial la Convención sobre los derechos del niño, harán parte integral de este código, y servirán de guía para su interpretación y aplicación. En todo caso, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.*

La enunciación de los derechos y garantías contenidos en dichas normas, no debe entenderse como negación de otras que, siendo inherentes al niño, niña o adolescente, no figuren expresamente en ellas”.

Artículo 37. **Libertades fundamentales.** *“Los niños, las niñas y los adolescentes gozan de las libertades consagradas en la Constitución Política y en los tratados internacionales de derechos humanos. Forman parte de estas libertades el libre desarrollo de la personalidad y la autonomía personal; la libertad de conciencia y de creencias; la libertad de cultos; la libertad de pensamiento; la libertad de locomoción; y la libertad para escoger profesión u oficio”.*

A continuación se citan a título ilustrativo, con fines concordantes, respecto del tema tratado las disposiciones que siguen:

Normas internacionales.

Declaración universal de derechos humanos

Convenios I, III y IV de Ginebra y protocolos adicionales I y II. Ley 5 de 1960.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Ley 74 de 1968.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica. **Ley** 16 de 1972.

Resolución 4033 de 1985 de las Naciones Unidas. Reglas mínimas para la administración de justicia de menores. Reglas de Beijing.

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.

Convenio Andrés Bello de integración educativa, científica, tecnológica y cultural. Ley 20 de 1992.

Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores. Decreto 971 de 1994.

Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional suscrito en La Haya el 29 de mayo de 1993. Ley 265 de 1996.

Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias de Montevideo. Ley 449 de 1998.

Acuerdo sobre asistencia a la niñez entre la República de Colombia y la República de Chile. Ley 468 de 1998.

Normas internas

Ley 294 de 1996, modificada por las leyes 575 de 2000 y 1257 de 2008. Medidas para la prevención y sanción de la violencia intrafamiliar.

Ley 599 de 2000 Código Penal. El título VI del Libro Segundo señala los delitos contra la familia, entre ellos: la mendicidad, adopción irregular, inasistencia alimentaria, incesto y supresión, alteración o suposición del estado civil.

Ley 670 de 2001, por medio de la cual se desarrolla parcialmente el artículo 44 de la Constitución Política para garantizar la vida, integridad física y la recreación del niño expuesto al riesgo por el manejo de artículos pirotécnicos o explosivos.

Ley 679 de 2001, por medio de la cual se expide un estatuto para prevenir y contrarrestar la explotación, la pornografía y el turismo sexual con menores, en desarrollo del artículo 44 de la Constitución.

Ley 704 de 2001, por medio de la cual se aprueba el “Convenio 182 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación”, adoptado por la Octogésima Séptima (87ª) Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra, Suiza, el diecisiete (17) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).

Ley 765 de 2002, por medio de la cual se aprueba el “Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía”, adoptado en Nueva York, el veinticinco (25) de mayo de dos mil (2000).

Ley 833 de 2003, julio 10, por medio de la cual se aprueba el “Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados”, adoptado en Nueva York, el veinticinco (25) de mayo de dos mil (2000).

Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia. Decreto 2737 de 1989, Código del Menor.

Ley 1146 de 2007, julio 10, por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente.

Ley 1335 de 2009, julio 21, disposiciones por medio de las cuales se previenen daños a la salud de los menores de edad, la población no fumadora y se estipulan políticas públicas para la prevención del consumo del tabaco y el abandono de la dependencia del tabaco del fumador y sus derivados en la población colombiana.

Por su importancia en la materia que se viene analizando pasa a destacarse, en lo pertinente, la Convención sobre los derechos del niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas por resolución 4425 de 1989, aprobada por el Congreso de la República de Colombia mediante la ley 12 de 1991:

“Preámbulo:

La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño,

Como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, “el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”.

Artículo 1. Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño 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.

Artículo 2. 1. Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

2. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

Artículo 3. 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.

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 5. Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Artículo 6. 1. Los Estados partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.

2. Los estados partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Artículo 7. 1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y

tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara, de otro modo, apátrida.

Artículo 8. 1. Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados partes deberán presentar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Artículo 9. 1. Los Estados partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

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

4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas.

Artículo 10. 1. *De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados partes a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9º, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traera consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares.*

2. El niño cuyos padres residan en estados diferentes tendrá derecho a mantener periódicamente, salvo en circunstancias excepcionales, relaciones personales y

contactos directos con ambos padres. Con tal fin, y de conformidad con la obligación asumida por los Estados partes en virtud del párrafo 2 del artículo 9º, los Estados partes respetarán el derecho del niño y de sus padres a salir de cualquier país, incluido el propio, y de entrar en su propio país. El derecho de salir de cualquier país estará sujeto solamente a las restricciones estipuladas por ley y que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la presente convención.

*Artículo 11. 1. Los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero.
2. Para este fin, los Estados partes promoverán la concertación de acuerdos bilaterales o multilaterales o la adhesión a acuerdos existentes.*

*Artículo 12. 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 procedimientos de la ley nacional.*

*Artículo 13. 1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.
2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:
a) Para el respeto de los derechos a la reputación de los demás, o
b) Para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas.*

*Artículo 14. 1. Los Estados partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
2. Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.
3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades fundamentales de los demás.*

*Artículo 15. 1. Los Estados partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones pacíficas.
2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad*

democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral públicas o la protección de los derechos y libertades de los demás.

Artículo 16. 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Artículo 17. Los Estados partes reconocen la importancia de la función que desempeñan los medios de comunicación social y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados partes:

a) Alentarán a los medios de comunicación social a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;

b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales nacionales o internacionales;

c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;

d) Alentarán a los medios de comunicación de masas a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;

e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

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

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente convención, los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

3. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para que los niños cuyos padres trabajan tengan derecho a beneficiarse de los servicios e instalaciones de guarda de niños para los que reúnan las condiciones requeridas.

Artículo 19. 1. Los Estados partes garantizarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.

2. Esas medidas de protección deberían comprender, según corresponda, procedimientos eficaces para el establecimiento de programas sociales con objeto de proporcionar la asistencia necesaria al niño y a quienes cuidan de él, así como para otras formas de prevención y para la identificación, notificación, remisión a una institución, investigación, tratamiento y observación ulterior de los casos antes descritos de malos tratos al niño y, según corresponda, la intervención judicial.

Artículo 20. 1. Los niños temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

2. Los Estados partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidados para esos niños.

3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la Kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se presentará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

Artículo 21. Los Estados partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento o la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que este no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva, o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) Velarán porque el niño objeto de adopción en otro país goce de salvaguarda y normas equivalentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella, y

e) Promoverán, cuando corresponda, los acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Artículo 22. 1. Los Estados partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables y reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de otra cualquier persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuada para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente convención y en

otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes.

2. A tal efecto los Estados partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a tal niño y localizar a los padres o a otros miembros de la familia de todo niño refugiado, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en los que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo como se dispone en la presente Convención.

Artículo 23. 1. Los Estados partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren dignidad, permitan llegar a bastarse a sí mismos y faciliten la participación activa del niño en la comunidad.

2. Los Estados partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de su asistencia que se solicite y que se sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento, y reciba tales servicios en forma conducente a que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados partes promoverán con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico, psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar sus experiencias en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 24. 1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

2. Los Estados partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;

b) *Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;*

c) *Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de tecnologías de fácil acceso y el suministro de alimentos nutritivos y adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;*

d) *Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres;*

e) *Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos, y*

f) *Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.*

3. *Los Estados partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.*

4. *Los Estados partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.*

Artículo 25. Los Estados partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

Artículo 26. 1. Los Estados partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

2. Las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos, y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier otra consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre.

Artículo 27. 1. Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

3. Los Estados partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad de este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

4. Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un país diferente de aquel en que resida el niño, los Estados partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Artículo 28. 1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño a la educación y, con el objeto de conseguir progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

a) *Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;*

b) *Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que dispongan de ella y tengan acceso a ella todos los niños y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;*

c) *Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;*

d) *Hacer disponibles y accesibles a todos los niños la información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales, y que tengan acceso a ellas, y*

e) *Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.*

2. Los Estados partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente convención.

3. Los Estados partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Artículo 29. Los Estados partes convienen en que la educación del niño deberá ser encaminada a:

a) *Desarrollar la personalidad, las aptitudes y capacidades mentales y físicas del niño hasta el máximo de sus posibilidades;*

b) *Inculcar al niño el respeto por los derechos humanos y las libertades*

fundamentales y los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c) Inculcar al niño el respeto a sus padres, a su propia identidad cultural, a su idioma y sus valores, a los valores nacionales del país en que vive, el país de que sea originario y las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena, y

e) Inculcar al niño el respeto por el medio ambiental natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Artículo 30. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena, el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y a practicar su propia religión, a emplear su propio idioma.

Artículo 31. 1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño a descanso y al esparcimiento, al juego y las actividades propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes.

2. Los Estados partes respetarán y promoverán el derecho del niño a participar plenamente en la vida cultural y artística y proporcionarán oportunidades apropiadas, en condiciones de igualdad, de participar en la vida cultural, artística, recreativa y de esparcimiento.

Artículo 32. 1. Los Estados partes reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social.

2. Los Estados partes adoptarán medidas legislativas administrativas, sociales y educativas para asegurar la aplicación del presente artículo. Con ese propósito y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes en otros instrumentos internacionales, los Estados partes en particular:

a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar;

b) Dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo, y

c) Estimularán las penalidades u otras sanciones apropiadas para asegurar la aplicación efectiva del presente artículo.

Artículo 33. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas, incluso medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales, para proteger a los niños contra el uso ilícito de los estupefacientes y sustancias sicotrópicas

enumeradas en los tratados internacionales pertinentes, y para impedir que se utilicen niños en la producción y el tráfico ilícitos de esas sustancias.

Artículo 34. Los Estados partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abusos sexuales. Con este fin, los Estados partes tomarán, en particular, todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir:

- a) La incitación o la coacción para que un niño se dedique a cualquier actividad sexual ilegal;*
- b) La explotación del niño en la prostitución u otras prácticas sexuales ilegales, y*
- c) La explotación del niño en espectáculos o materiales pornográficos.*

Artículo 35. Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral o multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o cualquier forma.

Artículo 36. Los Estados partes protegerán al niño contra todas las demás formas de explotación que sean perjudiciales para cualquier aspecto de su bienestar.

Artículo 37. Los Estados partes velarán porque:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. En particular, no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de dieciocho años de edad;*
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizarán tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;*
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales, y*
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.*

Artículo 38. 1. Los Estados partes se comprometen a respetar y a velar porque se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

2. Los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los quince años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los quince años de edad. Si reclutan personas que

hayan cumplido quince años, pero que sean menores de dieciocho, los Estados partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

4. De conformidad con las obligaciones dimanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

Artículo 39. Los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualesquier formas de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Artículo 40. 1. Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad.

de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Artículo 41. Nada de lo dispuesto en la presente convención afectará las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

- a) El derecho de un Estado parte, o
- b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

BIBLIOGRAFÍA

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Legis Editores.

CÓDIGO DE DERECHO DE FAMILIA. Legis Editores.

VALENCIA ZEA, Arturo; ORTIZ MONSALVE, Álvaro. *Derecho civil*. Tomo v *derecho de familia*. Editorial Temis.

LAFONT PIANETTA, Pedro. *Derecho de familia. Seguridad familiar*. Tomos I y II. Ediciones Librería del Profesional.

GARCÍA SARMIENTO, Eduardo. *La familia, el menor y la tercera edad en la constitución*. Librería el Foro de la Justicia.

VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Protección familiar*. Visión Constitucional. Ediciones Doctrina y Ley.

RODRÍGUEZ MORENO, Rafael. *Tratado sobre los derechos de la familia y la defensa del niño*. Tomos I y II. Ediciones de Cultura Latinoamericana, EDICULCO.

MORALES ACACIO, Alcides. *Derecho de familia*. Compilación legislativa. Editorial Leyer.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO. *La vida de los derechos de la niñez*. *Sentencias de la Corte Constitucional*. Tomos I y II.

**Inconstitucionalidad
del artículo 9
de la
Ley 1395 de 2010**

Antonio Bohórquez Ordúz

**INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY 1395
DE 2010**

AUTOR: Antonio Bohórquez Ordúz
FECHA DE RECEPCIÓN: Marzo 25 de 2011
DIRECCIÓN: abohoro@gmail.com

RESUMEN: El artículo 9 de la Ley 1395 de 2010, que determina pérdida de la competencia del juez que no ha dictado sentencia en ciertos términos, vulnera el derecho fundamental de los ciudadanos de acceso a la administración de justicia y, por tanto, debe inaplicarse.

PALABRAS CLAVES: Excepción de inconstitucionalidad, competencia del juez, oralidad.

KEY WORDS: Exception of unconstitutionality, jurisdiction of the court, orality.

ABSTRACT: Article 9 of Act 1395 of 2010, which determines the loss of jurisdiction of the court has not ruled on certain terms, violates the fundamental right of citizens of access to justice and should therefore be disappplied.

Inconstitucionalidad del artículo 9 de la ley 1395 de 2010

Antonio Bohórquez Ordúz*

P

ocas normas han generado tanta preocupación en los últimos tiempos entre los servidores de la Rama Judicial como la que ha significado la que a continuación se transcribe, contenida en la citada ley:

“Artículo 9º. Se adiciona el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil con el siguiente párrafo:

Parágrafo. En todo caso, salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada, ni a seis (6) meses para dictar sentencia en segunda instancia, contados a partir de la recepción del expediente en la Secretaría del Juzgado o Tribunal. Vencido el respectivo término sin haberse dictado la sentencia, el funcionario perderá automáticamente competencia para conocer del proceso, por lo cual, al día siguiente, deberá informarlo a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y remitir el expediente al Juez o Magistrado que le sigue en turno, quien proferirá la sentencia dentro del término máximo de dos (2) meses. Sin embargo, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura podrá asignar el proceso a otro Juez o Magistrado si lo considera pertinente. El Juez o Magistrado que recibe el proceso deberá informar a la misma Corporación la recepción del expediente y la emisión de la sentencia.

Cuando en el lugar no haya otro juez de la misma categoría y especialidad, el proceso pasará a un juez itinerante o al de un municipio o circuito cercano que señale la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Para la observancia de los términos señalados en el presente párrafo, el Juez o Magistrado ejercerá los poderes de ordenación e instrucción, disciplinarios y correccionales establecidos en la ley.”

*Abogado, UNAB; Especialista en Derecho Comercial, Universidades Externado de Colombia y UNAB. Magistrado de la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior de Bucaramanga. Candidato a Doctor.

A nuestro juicio, los jueces de instancia deben aplicar la excepción de inconstitucionalidad contra la norma referida, por las razones que se explican a continuación:

La norma es contraria al principio de **acceso a la administración de justicia**; también vulnera otros derechos y principios, como el de igualdad, el del juez natural, el del debido proceso, etc. Pero, de todos ellos, el más afectado es el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, del que es titular cada administrado y la comunidad en general.

Las razones son las siguientes:

- El juez receptor no es un juez que carece de procesos, por tanto, el cambio intempestivo de funcionario cognoscente genera mayores dilaciones y congestión, puesto que a los procesos inicialmente asignados debe sumar los que recibe por este novedoso factor de competencia, lo que redundará en un entorpecimiento del desarrollo de los procesos, con violación del derecho enunciado.
- El funcionario que recibe el expediente no tiene término para fallar, pues pasados los dos meses, que seguramente pasarán, aunque la norma dice que es “término máximo”, no podría vulnerarse el derecho a la igualdad de los usuarios de procesos que este funcionario tenía ya en turno también para fallo. Ello le obliga a alterar los turnos, lo que hace más lenta su función y, de paso, vulnera el derecho a la igualdad de quienes, de manera legítima, esperaban un fallo en un término razonable, en los casos no transferidos.
- La norma no establece suficientes excepciones, que eran indispensables. Por ejemplo, cuando hubo eventos como: pruebas de oficio, pruebas en segunda instancia, impedimentos, recusaciones, múltiples incidentes, conflictos de competencia, trámite de integración del contradictorio durante el proceso, intervenciones de terceros, demanda de reconvenición, denuncia del pleito, llamamiento en garantía, etc. El legislador no tuvo en cuenta tales vicisitudes.
- Se propician las maniobras dilatorias, pues basta proponer incidentes, intervenciones, etc., para que el tiempo pase y conseguir así sacar del conocimiento a un funcionario incómodo para una de las partes. Parece que basta un solo incidente, con lo cual ni siquiera podría reprocharse al togado una falta disciplinaria.

Ahora, bien se sabe que los derechos constitucionales no son absolutos, ni siquiera los fundamentales. Por tanto, el legislador podría afectar su ejercicio, siempre que no se afecte su núcleo esencial. Así lo ha enseñado innumerables veces nuestro máximo tribunal constitucional¹. Pero, para hacerlo, la medida debe resistir un juicio

¹ El expediente D-008230 da cuenta de una demanda de inexecutableidad contra este artículo noveno, pero, al parecer, las razones de violación son distintas de las que en este estudio se esbozan. Sólo conocemos una síntesis de dicha demanda, y no el texto original, pero, aunque pide aplicación del principio de proporcionalidad, todo indica que las razones de violación que invoca son otras.

de constitucionalidad, que se puede dar formalmente ante la Corte Constitucional o, mientras ella no se pronuncie, puede también darse en cada despacho judicial, a través de la excepción de inconstitucionalidad, basada en el artículo 4 de la Constitución Política. La diferencia, obviamente, es el alcance del efecto de las decisiones: las de la Corte Constitucional lo tendrán *erga omnes*, las del juez ordinario, inter partes, pues sólo opera para el proceso en el que se pronuncia.

El mecanismo más idóneo para averiguar si la norma resiste tal juicio es el test del principio de proporcionalidad, cuya síntesis se halla en el siguiente pasaje de connotado tratadista en el tema:

“El principio de proporcionalidad se compone de tres reglas que toda intervención estatal en los derechos fundamentales debe observar para poder ser considerada como una intervención constitucionalmente legítima. Estas tres reglas son los subprincipios de idoneidad (o adecuación), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Dichos subprincipios pueden ser enunciados de la siguiente manera:

- Idoneidad: según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.
- Necesidad: según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido.
- Proporcionalidad en sentido estricto: según este subprincipio, la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general.”²

Al aplicar a la norma estos tres test, nos encontramos con lo siguiente:

1. La medida no es idónea pues todo lo que hace es, en los grandes centros urbanos en los que un alto número de despachos se hallan congestionados, trasladar la congestión de una oficina a otra. Puede que tal no fuese la intención, pero sí es el efecto práctico que logra la norma. Sin duda, otros mecanismos más idóneos eran viables, sin sorprender al justiciable con el cambio de despacho, sin ralentizar el trámite de los procesos que el funcionario receptor tiene a su cargo,

2BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. 419 pp.

con vulneración de otros principios propios de la administración de justicia, como la intermediación, la igualdad, la celeridad, la economía, etc.

2. La medida no era necesaria para conseguir el efecto buscado; perfectamente era posible tanto la creación de otros mecanismos verdaderamente necesarios y más idóneos como los jueces itinerantes, jueces adjuntos y jueces de descongestión, sin necesidad de trasladar los procesos con una falsa “falta de competencia”. Ahora, si lo pretendido era crear una falta disciplinaria, debió el legislador modificar el Código Disciplinario Único y no el Código de Procedimiento Civil. Y si se pretendía obligar al Consejo Superior de la Judicatura a idear soluciones, debió la norma prever que los expedientes fuesen enviados a dicha autoridad administrativa de la justicia.
3. Las ventajas del mecanismo son mínimas. Poco ventajoso es, en realidad; más bien, todo lo contrario, genera innumerables traumatismos como ya se detectó con el solo conato de aplicarla. No sólo habría trasteo de centenares de expedientes, sino que si los procesos aún están en curso y no para fallo, las diligencias ya ordenadas debe hacerlas otro juez (la falta de competencia es “para conocer del proceso”, no solo para el fallo); probablemente habrá, en uno u otro sentido, conflictos de competencia, incidentes de nulidad, recursos extraordinarios de revisión con una causal formalmente clarísima, etc., todo lo cual, junto con las maniobras dilatorias que se facilitaron a las partes, de las cuales atrás se habló, revierte en la ralentización del sistema todo, lo cual trae consigo, por contera, la conculcación de los derechos y principios constitucionales mencionados.

Nótese que la norma no pasa ninguno de los tres test. Ello convierte la vulneración en un hecho protuberante, que no deja de serlo porque pocos lo hubiesen percibido. Y con ello se justifica también la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad que proponemos, posición que, necesariamente, tendrá que ceder en caso de que la Corte Constitucional se pronuncie en sentido contrario. El Tribunal Superior de Bucaramanga, en un primer momento, aplicó la norma, pues en primer plano no percibió su contrariedad con la Constitución Política. De manera que algunos procesos cambiaron de magistrado sustanciador y fueron fallados así. Antes de que se cumpliesen tres meses de la supuesta vigencia de la norma, la Sala Civil Familia de la misma Corporación acogió este estudio, por mayoría, con lo cual inaplica la norma.

Las reseñadas contrariedades no se solucionan con la puesta en vigencia de la oralidad pues también en tal sistema el juez que recibe procesos adicionales a los que naturalmente le corresponden, va a ver obstaculizado su quehacer, con desmedro de los derechos de los justiciables, no de los funcionarios. De manera que el conocido planteamiento del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, si bien luce como una interpretación plausible de la misma ley, lo único que consigue es el aplazamiento del problema.

En conclusión, el artículo 9 de la Ley 1395 de 2010 debe inaplicarse por ser contrario a la Constitución Política.

BIBLIOGRAFIA

BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los derechos*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995, 419 pp.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, 883 pp.

BONORINO RAMÍREZ, Pablo Raúl (editor). *Teoría del Derecho y decisión judicial*. Investigación dirigida por Juan Antonio García Amado. Madrid, Bubok Publishing, 2010, 440 pp.

BULYGIN, Eugenio y ALCHOURRÓN, Carlos E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Editorial Astrea de R. de Palma, 1975, 182 pp.

LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley. Una visión actual*. Madrid, Trotta, 2007, 283 pp.

NIETO GARCÍA, Alejandro. *Crítica de la razón jurídica*. Madrid, Trotta, 2007, 242 pp.

Pos scriptum

Mientras estaba en prensa la revista, fue promulgada la Ley 1450 de 2011 (Plan Nacional de Desarrollo) cuyo artículo 200 modificó el artículo noveno analizado en este estudio en dos aspectos fundamentales: en primer lugar, en la vigencia, pues la corrió para ponerla a la par con la nueva ley, de modo que los términos señalados en el artículo noveno de la Ley 1395 de 2010 se encuentran en curso; de otro lado, menciona los “jueces itinerantes” (que por ahora no existen). Habrá que ver si con ello se salvan los inconvenientes denunciados y cuál será la postura de la Corte Constitucional, que se halla ad portas de producir fallo en el tema.

sobre el conflicto entre
decretos reglamentarios del
gobierno nacional y normas
locales en materia de
normas urbanísticas

Paulo Javier Ochoa Silva

**SOBRE EL CONFLICTO ENTRE DECRETOS REGLAMENTARIOS DEL
GOBIERNO NACIONAL Y NORMAS LOCALES EN MATERIA DE NORMAS
URBANÍSTICAS**

AUTOR: Paulo Javier Ochoa Silva
FECHA DE RECEPCIÓN: Abril 15 de 2011
DIRECCIÓN: temassj@unab.edu.co

RESUMEN: La existencia de conflictos de normas en materia de asuntos referidos al ordenamiento territorial, y provenientes de dos niveles de gobierno distintos (decretos reglamentarios del orden nacional y acuerdos del Concejo), deberían ser resueltos por vía de acciones de nulidad. Lo cierto es que la necesidad de las administraciones locales de poner en práctica sus programas de gobierno, y en general de cumplir con sus funciones, les deja más cerca de la necesidad de tomar decisiones sobre cuál norma aplicar, que la de esperar resultados de lentos procesos judiciales. En este artículo se presentan algunos elementos que sirven de instrumento para dirimir esas contradicciones, con énfasis particular en las que se presenten entre decretos reglamentarios del gobierno nacional y los planes de ordenamiento territorial que adoptan los concejos municipales.

PALABRAS CLAVES: Constitución, Pirámide jurídica, Territorio, Urbanismo, POT.

ABSTRAC: The Conflicts-of-Law related to Colombian Political Units and Divisions Law, particularly those regard of two levels of Government, e.g. the Regulatory Decrees from the Government and the Municipal Agreements from Local Councils, should be settled by Nullity Action interpretation. The Local governments need to apply their Public Policy Programs and perform their public functions effectively, that gets them to depend less and less every time on a Judicial Proceeding. This paper shows some elements which can be useful for settle these conflicts of law, emphasizing all conflicts related between the Regulatory Decrees from the Government and Land Use Plans that the Local Councils adopt by Municipal Agreements.

KEYWORDS: Constitution, Kelsen's Legal Pyramid, Territory, Town Planning,

Sobre el conflicto entre decretos reglamentarios del gobierno nacional y normas locales en materia de normas urbanísticas

Paulo Javier Ochoa Silva*

Introducción

El hecho de que alguien ordene algo no es fundamento para considerar a la orden como válida, es decir, como una norma que obligue al sujeto al que la norma se dirige. Sólo una autoridad competente puede establecer normas válidas, y esa competencia sólo puede basarse en una norma que faculte a imponer normas. A esa norma se encuentran tan sujetos la autoridad facultada para dictar normas, como los individuos obligados a obedecer las normas que ella establezca.¹

La existencia de conflictos de normas en materia de asuntos referidos al ordenamiento territorial, y provenientes de dos niveles de gobierno distintos (decretos reglamentarios del orden nacional y acuerdos del Concejo)², deberían ser resueltos por vía de acciones de nulidad. Lo cierto es que la necesidad de las administraciones locales de poner en práctica sus programas de gobierno, y en general de cumplir con sus funciones, les deja más cerca de la necesidad de tomar decisiones sobre cuál norma aplicar, que la de esperar resultados de lentos procesos judiciales. En este artículo se presentan algunos elementos que sirven de instrumento para dirimir esas contradicciones, con énfasis particular en las que se presenten entre decretos reglamentarios del gobierno nacional y los planes de ordenamiento territorial que adoptan los concejos municipales.

Debe advertirse de manera previa, que estos conflictos podrían ser inexistentes, o, por lo menos, contarían con herramientas especialmente dirigidas a resolverlos, si la ley Orgánica de Ordenamiento Territorial fuese expedida, y contuviera disposiciones normativas en materia de distribución de competencias en los temas de ordenamiento, estableciendo qué corresponde a la Nación y a las entidades territoriales, así como criterios e instancias para resolver las contingentes

contradicciones que presenten (y tales disposiciones fuesen ajustadas a la Constitución Nacional - Art. 288 C.N). Actualmente existe un proyecto de ley sobre esta materia, pero conforme se explica más adelante, no aporta elementos determinantes para resolver adecuadamente estos asuntos.

Criterios para resolver las contradicciones urbanísticas derivadas de conflictos entre decretos de orden nacional y normas de orden territorial local

1. Acerca del Principio de Jerarquía de las Normas

En la práctica profesional se hace en ocasiones evidente la rápida tentación de tratar de resolver estos conflictos bien sea través de la aplicación de la denominada Pirámide de Kelsen, o a través de principios de interpretación consagrados en las leyes 57 y 153 de 1887. Por tal razón primero es preciso explorar la utilidad de estas herramientas para el caso.

Vista de una manera simple, la llamada Pirámide de Kelsen contiene en orden descendente la jerarquía de las distintas normas de un sistema normativo, iniciando en el ápice con la Constitución Política (C.P.)³, siguiendo con leyes o normas generales, hasta llegar a las decisiones administrativas de menor jerarquía. Sin embargo, en la realidad, aunque el esquema pueda ser visto de ese modo, no es tan simple.

Según Kelsen⁴, el orden jurídico es un conjunto de normas generales e individuales, entrelazadas en cuanto unas determinan la producción de las otras de manera sucesiva, y tienen como fuente productora última, la Constitución; refleja una construcción escalonada de normas.

En ese orden de ideas, para que una norma pueda considerarse como superior de otra, aquella debe determinar la producción de esta; a su turno, la validez de una norma estará determinada por lo que prescriba la que autoriza su producción, esto es, la norma superior⁵.

La norma superior que determina la inferior, puede determinar tanto el órgano que produzca la norma, como el procedimiento en que se la produzca, pudiendo también determinar el contenido de la norma⁶.

Aunque el tratadista⁷ alude a que la grada de producción de derecho puede tener dos o más grados, solamente refiere expresamente los siguientes: 1) La

* Abogado especializado en Derecho de las Telecomunicaciones y en Derecho Urbano.

1 KELSEN, Hans. Teoría Pura del Derecho. Editorial Porrúa, 16ª edición. México 2009, página 202.

2 Por ejemplo entre el decreto nacional 4065 de 2008 y el Plan de Ordenamiento Territorial (POT) de Bogotá, entre el decreto nacional 1469 de 2010 y el POT de Bogotá.

3 Sobra C.N 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."

4 KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. Editorial Porrúa, 16ª edición. México 2009, pág. 243.

5 *Ibid.* pp. 217 A 231.

6 *Ibid.* p. 245.

7 *Ibid.* p. 239.

Constitución (norma que regula la producción de las normas constitucionales y de las normas jurídicas generales); 2) La legislación producida por el órgano legislativo o por la costumbre (cuando la Constitución le conceda validez a esta); y 3) Las ordenanzas reglamentarias (son los que en nuestro derecho se denominan decretos⁸; 4) Las normas jurídicas individuales (las decisiones de los tribunales y de los órganos administrativos).

Del planteamiento de Kelsen no se puede derivar entonces que los decretos reglamentarios del Gobierno Nacional prevalezcan sobre las normas de orden distrital per se, y particularmente de los planes de ordenamiento territorial (POT). En la escala aludida, ambas son normas del mismo nivel.

En nuestro ordenamiento, en principio se tiene que la fuente que determina la producción de ambas tipos normas es la Constitución Nacional. En efecto el POT es un acuerdo del Concejo (o un decreto del alcalde que lo adopta en defecto de la decisión del Concejo), que deriva de una competencia asignada por la Constitución (artículos 311 y 313.7). El Decreto reglamentario también es expedido con base en facultades constitucionales (Art. 189.11 C.P.). En consecuencia, la existencia de un decreto reglamentario de una ley que contenga un punto que esté en contravía de alguna disposición del POT, enfrenta dos normas cuya facultad genérica de expedición no deriva la una de la otra, y que tienen en principio al menos una apariencia de legitimidad en cuanto a la fuente de producción.

En este contexto, y manera general, se puede decir, que en principio un decreto del gobierno nacional que reglamente la ley 388 de 1997 y el POT de un Distrito o Municipio, tienen un nivel jerárquico equivalente en la estructura propuesta por Kelsen.

Eventualmente se podría encontrar un caso en que al parecer una norma reglamentaria de un gobierno local pueda tener algún nivel de subordinación a la norma reglamentaria del Gobierno Nacional. Sería aquella en que el reglamento del Gobierno Nacional determina la validez de la otra, bien en cuanto a su producción o contenido. Pero en tal caso, el punto no es que se encuentren en escalas distintas de la citada pirámide, sino en el hecho de que por alguna razón de orden constitucional, la norma reglamentaria del gobierno nacional tenga la aptitud de fijar las condiciones o demarque el contenido de la segunda. En cada caso habrá de establecerse si esa norma reglamentaria del orden nacional tiene la referida aptitud, en caso contrario, las dos normas estarán en igualdad de condiciones porque su validez proviene de manera legítima de fuentes distintas y sus contenidos no son interdependientes.

Desde la perspectiva de lo propuesto por Kelsen, en cualquiera de los casos, en el conflicto de normas propuesto en esta discusión, como quiera que una de las dos normas debe haber sido expedida por fuera de la competencia de la entidad que la produjo, será el examen de constitucionalidad desde la perspectiva de quien sea competente para regular ese contenido, el que determinará cuál de ellas debe ser aplicada, porque en últimas es la Constitución la que da la validez, y por tanto, legitimidad a las normas en conflicto.

2. Sobre la procedencia de los principios de prevalencia de la norma especial y de la norma posterior

En cuanto a los principios de hermenéutica referidos a la prevalencia de la norma especial sobre la general, y a la posterior sobre la anterior, ellos solo serán procedentes si ambas normas se encuentran en la misma escala (y no exista alguna razón constitucional para considerar legítimo que una puede determinar a la otra).

Según Kelsen⁹ el principio de que la ley posterior prima sobre la anterior vale entre normas de mismo nivel, o cuando corresponde a distintos niveles siempre que ambos estén facultados por la Constitución para regular el mismo objeto, o cuando se acepte a la ley y a la costumbre como productores de derecho. Este principio relativo a casos de normas de distintos niveles expuestos por Kelsen, no procedería en el ordenamiento colombiano por las siguientes razones:

- En un ámbito de conflicto derivado de la tensión producto de los principios de república unitaria y el de autonomía de las entidades territoriales, y ante la falta de la ley orgánica que deslinde las competencias de los distintos niveles, no hay claridad sobre la existencia de competencias concurrentes en aspectos puntuales, cuando menos en materia de ordenamiento territorial. Por supuesto que en distintas materias pueden concurrir competencias de los órdenes nacional y local, sin embargo tales competencias tienen distintos grados o niveles de tal suerte que cuando se trate de regular un aspecto específico, ambas son excluyentes. El ejemplo relevante es el tema de los impuestos. Tanto el nivel nacional como el local tienen competencia, pero tienen competencias excluyentes en los aspectos puntuales y elementos del tributo: al legislador le corresponde (i) la autorización del gravamen, y (ii) la delimitación del hecho gravado con el mismo. La adopción del tributo y la determinación de los demás elementos de la obligación tributaria, pueden ser determinados los concejos distritales y municipales¹⁰.
- Tampoco procede el principio según el cual la ley posterior prima sobre la anterior en el caso de la ley y la costumbre, si la nueva norma es la costumbre, porque esta no deroga la ley en nuestro sistema jurídico. Si la norma anterior se deriva de la costumbre, y la nueva norma es ley escrita, obviamente se aplica esta última, no por el principio aludido, sino por el hecho de no se acepta en Colombia que sean válidas como normas, costumbres en contra de la ley escrita. En últimas, el dar paso a los citados principios sin reglas que los sustenten conduciría al absurdo de una guerra de expedición de normas posteriores y contextualizadas en un campo de especialidad por parte de los distintos órganos.

Distinto sería el caso si se establecieran pautas para la procedencia de los mismos. Por ejemplo, que se previera en el ordenamiento que en determinadas circunstancias o materias de competencias de entidades locales, fuese válido que el

8 *Ibíd.* p. 239.

9 *Ibíd.* p. 215.

10 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-103/10, 16 de febrero de 2010. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

gobierno nacional expidiese normas en caso de que Municipios y Distritos no hayan regulado una materia. En tal hipótesis, si en un distrito o municipio se expide la norma concerniente, se entiende que deroga en su jurisdicción a la de orden nacional. Por tanto, si los citados principios de hermenéutica son útiles en desarrollo de los principios de concurrencia y subsidiariedad, es preciso que la ley establezca la forma en que lo son.

3. La Competencia como criterio para definir la validez de una norma (y su aplicación prevalente sobre otra) en el ordenamiento y jurisprudencia colombiana

A pesar de que las competencias de las entidades territoriales locales derivan directamente de la Constitución, su ejercicio está determinado por lo que señale la ley¹² como lo ha advertido tantas veces la Corte Constitucional.¹² Por supuesto que al decir ley, se alude a ella en sentido formal.

Sin embargo la ley, al fijar el derrotero en que las entidades territoriales ejercen sus competencias, debe ser respetuosa del principio de Autonomía que les asigna la Constitución. Si esta exigencia es predicable de la ley, con más razón de sus decretos reglamentarios.

Es pertinente aludir expresamente y en detalle sobre este punto, dado que es allí donde radica quizá el punto de partida de toda esta discusión, y desde el cual se debería resolver.

El país está organizado como una República Unitaria con Autonomía de las entidades territoriales. Este planteamiento presupone una diferencia respecto del anterior régimen de república unitaria centralizada políticamente y descentralizada administrativamente. Bajo el principio de Autonomía no solo se busca que algunas funciones administrativas se asignen a las regiones o municipios; se pretende que las entidades territoriales gestionen directamente sus intereses, para lo cual se establecen no solo las materias en las que serán autónomas, sino el hecho de que pueden elegir sus propias autoridades (Arts. 1 y 287 C.N.).

Cabe anotar que, en términos generales, bajo un esquema de descentralización en que la fuente de la autoridad local derive de una autoridad central, es evidente que la aplicación de la jerarquía propuesta por Kelsen significa que los decretos reglamentarios del gobierno nacional están por encima de los de los gobiernos locales. En un régimen de Autonomía, dicha mayor jerarquía no existe. Así las cosas, es entonces la Constitución la que define la controversia.

Existen múltiples sentencias sobre la tensión entre los principios de República Unitaria y Autonomía Territorial (a propósito de la expedición de diversas leyes que

11 C.N. Artículo 287: "Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley."

12 Entre otras: Sentencia C-540 de 2001, M. P.: Jaime Córdoba Triviño. Sentencia C-579 de 2001, M. P.: Eduardo Montealegre Lynnet. Sentencia C 538 de 2005, M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.

asignan competencias al Gobierno Nacional en detrimento de la acción de las entidades territoriales) que sustentan teóricamente el hecho de la validez y legitimidad de las normas a partir de las competencias constitucionales, lo cual coincide con la teoría de Kelsen expuesta.

Para una muestra baste aludir a la Sentencia C-149/10 del 4 de marzo de 2010 (Magistrado Ponente: Dr. Jorge Iván Palacio Palacio), donde reiteran diversos criterios adoptados por la jurisprudencia para resolver la citada tensión. En esta providencia¹³ se señalan, entre otras cosas:

- El Estado colombiano se organiza como República Unitaria, con garantía de un ámbito de autonomía para sus entidades territoriales. La Constitución ha establecido que la distribución de competencias entre la Nación y los entes territoriales se hace a través de la ley. Existen en la Constitución unos criterios para asegurar una articulación entre la protección debida a la autonomía territorial y el principio unitario, los cuales unas veces otorgan primacía al nivel central, y otras impulsan la gestión autónoma de las entidades territoriales.
- La preservación del principio de Autonomía está vinculado a mantener la identidad misma de la Carta, dado que es expresión de dos principios constitucionales de la mayor significación, como son la consagración del municipio como la entidad fundamental del ordenamiento territorial y el ejercicio de las competencias asignadas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiaridad (CP Arts. 288 y 311).
- La ley, al regular las competencias de los distritos y municipios, no puede transgredir las competencias de las entidades territoriales que representan su núcleo esencial (dentro del cual se encuentran, por ejemplo, gobernarse por autoridades propias, gestionar sus propios intereses). La legislación no puede vaciar de competencias a las entidades territoriales.
- En el evento en que concurran la competencia de la Nación y las entidades territoriales, se justifican limitaciones de la Autonomía Territorial, en cuanto sean razonables y proporcionadas. Para ello se puede tener en cuenta, por ejemplo, importancia de los bienes jurídicos que justifiquen su limitación en cada caso concreto o la existencia de un interés superior. En virtud de ese mismo principio, si una competencia debe distribuirse entre distintos órganos, no es posible la exclusión de entidades que de acuerdo con la materia deban participar en ella.
- Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales deberán ejercerse conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad, en los términos que establezca la ley. Ello implica que, para los asuntos de interés

13 Que declaró la inexequibilidad del artículo 79 de la Ley 1151 de 2007, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”, que en términos generales facultaba a la Nación para adoptar Macroproyectos de Vivienda de Interés Social, los cuales asumían el carácter de determinantes de los POT, pues debían entenderse incorporados en los POT.

14 *Ibíd.* p. 71.

meramente local o regional, deben preservarse las competencias de los órganos territoriales correspondientes, al paso que cuando se trascienda ese ámbito, corresponde a la ley regular la materia¹⁴. (Art. 288 de la Constitución)

- De acuerdo con el principio de subsidiariedad, las autoridades de mayor nivel de centralización sólo pueden intervenir en los asuntos propios de las instancias inferiores cuando éstas sean incapaces o ineficientes para ejercer sus responsabilidades.
- Desde la perspectiva de los temas urbanos, y considerando tanto el nivel de gestión, como el de expedición de normas, existe concurrencia de los órdenes nacional y local. El marco normativo (leyes) se expiden desde el nivel central, pero respetando los espacios de autonomía de las entidades territoriales, a cuyas autoridades la Constitución atribuye directamente una competencia reglamentaria. Por ejemplo, corresponde al orden nacional la expedición de normas de las siguientes naturaleza: constructivas en general, eliminación de barreras arquitectónicas, construcciones sismo-resistentes, financiación de vivienda, financiación de vivienda de interés social, régimen de propiedad horizontal, etc. Dentro de ese marco legal, de superior jerarquía, se desenvuelven las competencias normativas de las entidades territoriales.¹⁵
- Dentro de las competencias normativas asignadas a las autoridades distritales y municipales está la regulación del ordenamiento territorial y de los usos del suelo (artículo 313 de la Constitución). Su desarrollo se encuentra en la ley 388 de 1997.
- De acuerdo con el artículo 41 de la Ley 152 de 1994, los municipios, además de los planes de desarrollo que se regulan en esa ley, contarán con un plan de ordenamiento territorial que se regirá por las disposiciones especiales sobre la materia y que se elaborará con la orientación y el apoyo técnico del gobierno nacional y de los departamentos. En ese contexto el POT es la norma que por excelencia corresponde expedir a los municipios y distritos, aunque por supuesto deban respetar los determinantes de superior jerarquía que existan (normas ambientales, sobre riesgos, el señalamiento y localización de las infraestructuras básicas relativas a la red vial nacional y regional, puertos y aeropuertos, sistemas de abastecimiento de agua, saneamiento y suministro de energía, entre otras).
- El tema de las acciones urbanísticas comprende actividades derivadas de la Constitución o la ley, por ejemplo: la construcción de obras de infraestructura, adquisición de predios, expropiación de los mismos, o realización de programas de vivienda. Muchas de esas actividades, en cuanto comprometen intereses exclusivamente locales, son de responsabilidad de los municipios o los distritos, al paso que en otras, hay competencias concurrentes entre éstos y los departamentos o la Nación, en razón a la presencia de un interés superior¹⁶.

¹⁵ *Ibíd.* p. 74.

¹⁶ *Ibíd.* p. 77.

- Es pertinente recordar que la jerarquía existente entre el Gobierno Nacional y las entidades territoriales se presenta exclusivamente en dos materias: manejo de la economía y preservación del orden público; por tanto, no es viable hacer una interpretación extensiva del principio de unidad de materia (C. P. Art. 158), permitiendo la inclusión en el Plan Nacional de Desarrollo de temas que no guarden una relación directa con el fin constitucional de la planeación.¹⁷

4. Los Conflictos de Normas de diversos niveles en el Derecho Español¹⁸

Vale la pena una mirada al régimen español, por comprender el principio de autonomía de Comunidades Autónomas y entes locales. Se parte allí, como en todos los casos, de que la norma fundante y en consecuencia de superior jerarquía es la Constitución Política. De acuerdo con Santiago Muñoz Machado, existe un ordenamiento principal del país y dentro de él ordenamientos secundarios o subsistemas normativos. Los ordenamientos secundarios o subsistemas normativos hacen relación a los tratados internacionales, el Derecho Comunitario Europeo y las normas expedidas por las Comunidades Autónomas todas estas, aunque forman parte del ordenamiento general, su incorporación a él depende de que no contravengan la Constitución.

Entre las normas del sistema al que puede denominarse el ordenamiento principal y las del secundario no existe una relación de supra y subordinación, sino de separación: “Cada una de las disposiciones que producen las instituciones legitimadas para hacerlo, son válidas en la medida que se mantienen dentro del orden de competencias establecido en la Constitución y en los estatutos. Su invalidez no depende, por tanto, de que respeten el contenido de otras normas infraconstitucionales, sino de que se mantenga dentro del ámbito acotado que corresponde a la competencia de la institución que aprueba”¹⁹.

Es de anotar que aunque esta comparación alude a normas de diversa naturaleza a las del conflicto de normas propuesto en este artículo, lo cierto es que tienen supuestos de hecho similares y por ello es útil hacerla. Específicamente en relación con los conflictos de leyes provenientes del Estado (central) y de las Comunidades Autónomas señala el citado autor²⁰:

“..la relación entre leyes del Estado y Autonómicas no es, por tanto, de jerarquía; la aplicación preferente de una u otra norma, cuando coinciden en la regulación de una misma materia, se hará conforme al criterio de competencia, que determinará la validez de la norma dictada por el legislador con atribuciones para hacerlo, y la invalidez de la norma dictada por un legislador incompetente.”

17 *Ibíd.* p. 82.

18 Basado en: MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de derecho administrativo y derecho público general II: el ordenamiento jurídico. Editorial Iustel, 1ª edición. Madrid, 2006, pág. 1405.

19 MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de derecho administrativo y derecho público general II: el ordenamiento jurídico. Editorial Iustel, 1ª edición. Madrid, 2006, pág 35.

20 *Ibíd.* p. 234.

“En el constitucionalismo actual, tanto español como comparado, la regla dominante no es aquella de la superioridad de unas leyes sobre otras, sino la que exige medir su validez y plenitud de efectos, cualquiera que sea el legislador que las cite, de conformidad con el reparto constitucional de competencias legislativas.”²¹

Cabe anotar que el régimen español contiene disposiciones específicas para resolver conflictos de normas, cuando no basten las reglas “de jerarquía y competencias o para suplementar las insuficiencias de los ordenamientos secundarios”²², pero aunque no son del caso en este estudio, se refieren para mantener un contexto más o menos amplio.

La constitución española expresamente establece las funciones que son del Estado, y las que pueden asumir en sus estatutos las Comunidades Autónomas. De igual modo establece reglas de prevalencia y subsidiariedad, así: las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución, podrán corresponder a las Comunidades Autónomas si son incorporadas en sus respectivos estatutos. Por su parte, La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas²³.

Ahora bien, en cuanto concierne a los municipios, en España tienen autonomía, pero no competencias legislativas como las Comunidades Autónomas. En tal virtud, todos los actos que expiden son lo que denominamos actos administrativos. Según Muñoz Machado, por regla general tanto la competencia de las autoridades locales, como la regulación básica de las materias a que aluden esas competencias, están contenidas previamente en la legislación estatal o en la autonómica, por lo cual estos límites deben ser respetados. Por ello, en tales casos cualquier contradicción entre una norma local y la estatal o autonómica que le sirva de fuente, se resolverá a favor de la superior jerarquía de estas.

Sin embargo, el principio de competencia juega excepcionalmente cuando las normas estatales o autonómicas vulneran abiertamente la autonomía local. Aunque las leyes (en sentido formal) por regla general puedan entenderse superiores a las normas de los órganos locales, no siempre estas deben ceder ante la aplicación de las primeras si se transgrede el principio constitucional de la autonomía local. Para ese efecto, municipios y provincias pueden defender la autonomía local mediante un recurso judicial contra dichas leyes²⁴. En consecuencia, es el principio de competencia el que deberá utilizar el Tribunal para dirimir el conflicto. Es importante

21 *Ibíd.* p. 267.

22 *Ibíd.* p. 35.

23 *Ibíd.* p. 149.

24 *Ibíd.* p. 37.

saber que acá se está aludiendo a un conflicto entre leyes (en sentido formal) y normas expedidas por autoridades locales (actos administrativos).

Según el citado autor, el principio de jerarquía no se puede aplicar cuando las normas están en ordenamientos diferentes (esto es, no se aplica, por ejemplo, si se trata de la contradicción de una norma ubicada en una ley estatal, con una norma ubicada en una ley comunitaria)²⁵. En ese mismo orden de ideas, una norma proveniente de uno de estos órdenes, no puede derogar a una norma del otro. Por supuesto tampoco puede aplicarse el principio de que prima la norma especial, ni la norma posterior.²⁶

Sin embargo, este principio de competencia también se puede utilizar para dirimir las competencias entre las normas expedidas por las autoridades locales y los decretos reglamentarios expedidos por el gobierno nacional. De acuerdo con el autor²⁷, el ejercicio de las facultades reglamentarias puede tener dos orígenes: facultad reglamentaria ejecutiva (facultad de reglamentar las leyes), y la facultad reglamentaria independiente, en virtud de la cual se pueden expedir reglamentos (decretos en nuestro lenguaje), no referido a reglamentar leyes preexistentes, ni basado en ellas, sino dirigidos a realizar actuaciones que son de la naturaleza de las administraciones, aun cuando puedan estar acotados con límites legales (arts. 103, 137 y 140 de la Constitución española).

Valga decir que aunque el reglamento expedido por el gobierno central se entiende como integrando un solo bloque con la ley, y eso le asigna una superior jerarquía a los reglamentos y ordenanzas locales, ello no le da la aptitud de transgredir las competencias municipales asignadas por la Constitución²⁸.

5. Competencias asignadas por la Constitución Política de Colombia en materia de Ordenamiento Territorial

Los decretos del gobierno nacional tienen la misma naturaleza y escala jerárquica que los actos administrativos de las entidades territoriales en la medida en que sean expedidos en el ámbito de competencias de cada cual. La Constitución no asigna prevalencia de unos actos administrativos de unas autoridades sobre los de otras.

Los distritos y municipios tienen competencias derivadas de la Constitución, pero también pueden derivar competencias de la ley e incluso de delegaciones que haga el gobierno nacional (Art. 211 C.N.). En este último caso, por supuesto que las normas de las autoridades locales están supeditadas íntegramente al contexto de la delegación. Pero en lo que atañe a este análisis, interesa evaluar el alcance de las facultades de los distritos y municipios y los del gobierno nacional frente a lo que señala la Constitución.

25 *Ibíd.* p. 232.

26 *Ibíd.* p. 235.

27 *Ibíd.* p. 933 a 941.

28 *Ibíd.* p. 1112.

5.1 Naturaleza jurídica de los Planes de Ordenamiento Territorial / El Principio de Autonomía

La ley 388 de 1997 incluye diferentes conceptos alusivos al tema del ordenamiento territorial (local). Dentro de ellos se destaca que se asigna a distritos y municipios la función pública de urbanismo. A su turno se indica que el ordenamiento del territorio constituye en su conjunto una función pública, para el cumplimiento de competencias relativas a la provisión de ciertas infraestructuras destinadas al uso común (vías públicas, infraestructuras de transporte, parques), al mejoramiento y calidad de vida de los habitantes, la satisfacción de sus necesidades de vivienda y servicios públicos domiciliarios, al aprovechamiento racional del suelo y en armonía con la función social y ecológica de la propiedad, a la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación del patrimonio cultural y natural, así como a mejorar la seguridad de los asentamientos humanos ante los riesgos naturales.

En esencia se trata no solo de expedir y ejecutar decisiones y acciones de planificación relacionadas con el aprovechamiento y el uso del suelo, sino que tales decisiones y actuaciones puedan ser articuladas a otras acciones y programas concernientes a responsabilidades locales atinentes al desarrollo económico y social.

Esta función pública reconocida por la ley, deriva en últimas de las competencias asignadas directamente por la Constitución a municipios y distritos, relacionadas con ordenar el desarrollo de su territorio y regular los usos del suelo (Arts. 311 y 313 C.N.).

En virtud de esas competencias, cada municipio y distrito expide, entre otras, el Plan de Ordenamiento Territorial, el cual se adopta en principio a través de un acuerdo del Concejo, y en su defecto²⁹, por un decreto distrital que asume ese carácter, siendo ambos actos administrativos. Es evidente entonces, que los Planes de Ordenamiento Territorial³⁰ se expiden en ejercicio de una competencia constitucional. A su turno, esa competencia constitucional es parte del desarrollo del principio constitucional de la Autonomía Territorial (Art. 1 C.N.).

5.2 Naturaleza Jurídica de los Decretos reglamentarios del Gobierno Nacional

En términos particulares la Constitución no asigna competencia directa alguna en materia de ordenamiento territorial al gobierno nacional. Caso distinto del Congreso, que puede mediante ley establecer el marco en que de manera autónoma desempeñan las funciones las entidades locales en materia de ordenamiento (Arts. 287 C.N.).

29 Artículo 26°.- Adopción de los planes: “Transcurridos sesenta (60) días desde la presentación del proyecto de plan de ordenamiento territorial sin que el concejo municipal o distrital adopte decisión alguna, el alcalde podrá adoptarlo mediante decreto.”

30 O Planes Básicos de Ordenamiento Territorial para municipios de población entre 30.000 y 100.000 habitantes, o Esquemas de Ordenamiento Territorial para municipios con población inferior a 30.000.

Sin embargo, es lógico entender que en el desarrollo de funciones que la ley le asigne (Vr. Gr: responsabilidades en materia de Vivienda, Medio Ambiente, etc.), o en general a través del ejercicio de la potestad reglamentaria derivada de la Constitución (numeral 11, artículo 189 C.N.), el gobierno nacional pueda eventualmente crear normas que estén relacionadas con el ordenamiento territorial de las entidades locales.

La potestad reglamentaria supone que el gobierno nacional expide un decreto (al que para este caso se puede denominar reglamento), que contiene normas generales, obligatorias e impersonales, dirigidas a servir de instrumento de ejecución de una ley. Dada su naturaleza y propósito, tiene una relación de subordinación con la ley.

No se deja de advertir que no toda ley requiere un decreto reglamentario. Dos límites enmarcan la potestad reglamentaria: competencia y necesidad. El primero alude a que el reglamento debe respetar lo dispuesto en la ley, y por ello, so pretexto de la reglamentación no se puede por ejemplo, ni adicionar, ni restringir, ni modificar el contenido de la ley. Por el segundo límite, solo si las condiciones del texto de la ley lo ameritan, habrá lugar para la expedición del reglamento. Si la ley ha sido lo suficientemente concreta, precisa, detallada y clara, de tal suerte que sea obvio que agotó el objeto o materia regulada, y no se requiera nada para que la ley sea ejecutada, no habrá necesidad del reglamento³¹.

Por supuesto que amén de lo anterior, esos reglamentos deben respetar las competencias constitucionales de los municipios y distritos. Conforme se dijo, en modo alguno un decreto reglamentario, y ni siquiera una ley, pueden transgredir las competencias constitucionales de municipios y distritos.

6. Facultad de interpretación de los vacíos y contradicciones de normas urbanísticas

En los casos en que existan vacíos de la norma urbana, o contradicciones entre las existentes, respecto de asuntos sometidos a decisión de los curadores urbanos, la facultad de interpretación corresponde a las autoridades de planeación, las cuales emitirán sus conceptos mediante circulares que tendrán el carácter de doctrina para la interpretación de casos similares (Art. 102 de la ley 388 de 1997).

Dicha facultad es otorgada en la misma norma que prescribe que los curadores urbanos deben verificar la concordancia de los proyectos (para los cuales se pide licencia) con las normas urbanísticas vigentes, por lo que es evidente, que cuando en estando cumpliendo dicha función, los curadores encuentren vacíos o contradicciones de normas urbanísticas, deben recurrir a la autoridad de planeación de su ciudad para obtener la doctrina correspondiente.

31 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá, D.C., sentencia de 14 de abril de 2010. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar, Bogotá D.C., sentencia de 13 de agosto de 2008.

La interpretación puede tener como referencia un caso puntual, pero para que tenga carácter de doctrina debe ser expresada en una circular, elemento con el que se pretende dar algún nivel de publicidad a la interpretación.

6.1 Alcance de las Normas Urbanísticas

Un elemento que delimita la competencia de la autoridad de planeación es el calificativo de urbanístico de las normas comprendidas en el conflicto. Acudiendo a la ley 388 de 1997, que es la norma por excelencia para esclarecer a qué corresponde ese concepto, se tiene que son normas urbanísticas:

- a) En los términos del artículo 15 de esa ley, Las normas urbanísticas regulan el uso, la ocupación y el aprovechamiento del suelo y definen la naturaleza y las consecuencias de las actuaciones urbanísticas indispensables para la administración de estos procesos.
- b) El POT es por excelencia la norma urbanística. Contiene objetivos, directrices, políticas, estrategias, metas, programas, actuaciones y normas adoptadas para orientar y administrar el desarrollo físico del territorio y la utilización del suelo. Pero también son urbanísticas las normas complementarias y reglamentarias del POT, en tanto su contenido se ajuste a lo dispuesto en el artículo 15 de la ley 388 de 1997.
- c) En relación con el contenido, estén incluidas en el POT o en las normas reglamentarias, serán normas urbanísticas todas aquellas referidas a:
 - Decisiones de distritos y municipios dirigidas a contar con instrumentos eficientes para orientar el desarrollo del territorio y regular la utilización, transformación, aprovechamiento y ocupación racional y sostenible del espacio.
 - Decisiones sobre el destino, usos posibles y restricciones del espacio, determinando las áreas correspondientes, así como caracterización de espacios e infraestructuras para ciertos fines: definición de suelo urbano, de expansión y rural; localización de los centros de producción, actividades terciarias y residenciales; definir los usos específicos, intensidades de uso, las cesiones obligatorias, los porcentajes de ocupación, las clases y usos de las edificaciones y demás normas urbanísticas (por ejemplo de edificabilidad); áreas destinadas a espacios libres para parques y áreas verdes públicas, en proporción adecuada a las necesidades colectivas; zonas críticas para recuperación y control para la prevención de desastres, así como las áreas con fines de conservación y recuperación paisajística; demarcación de ecosistemas de importancia ambiental del municipio, de común acuerdo con la autoridad ambiental de la respectiva jurisdicción, para su protección y manejo adecuados; zonas no urbanizables que presenten riesgos para la localización de asentamientos humanos, por amenazas naturales, o que de otra forma presenten condiciones insalubres para la vivienda; dirigidas a localizar y señalar las características de la infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios, la

disposición y tratamiento de los residuos sólidos, líquidos, tóxicos y peligrosos y los equipamientos de servicios de interés público y social, tales como centros docentes y hospitalarios, aeropuertos y lugares análogos.

- Decisiones sobre uso particular de ciertas áreas para proyectos de interés público y social relacionadas con: características y dimensiones de las unidades de actuación urbanística; calificación y localización de terrenos para la construcción de viviendas de interés social; calificación y determinación de terrenos como objeto de desarrollo y construcción prioritaria; sobre expropiación de los terrenos y las mejoras cuya adquisición se declare como de utilidad pública o interés social, de conformidad con lo previsto en la ley; la determinación y reserva de terrenos para la expansión de las infraestructuras urbanas.
 - Las decisiones concernientes a ejecución de obras de infraestructura para el transporte, los servicios públicos domiciliarios y los equipamientos públicos.
 - Todas las demás que fueren congruentes con los objetivos del ordenamiento del territorio, entre otras: La definición de los procedimientos e instrumentos de gestión y actuación urbanística requeridos para la administración y ejecución de las políticas y decisiones adoptadas, así como de los criterios generales para su conveniente aplicación, incluida la adopción de los instrumentos para financiar el desarrollo urbano.
- d) En relación con la competencia: las normas de orden urbanístico deberían ser exclusivamente las que expiden los municipios y distritos. Otras autoridades pueden expedir normas que sirven de determinantes a sus contenidos, pero no son normas urbanísticas, sino de otros órdenes (determinantes como por ejemplo, las ambientales).

En el evento en que el gobierno nacional expida normas relativas a estos tópicos, y estas entren en contradicción con normas urbanísticas municipales o distritales (sean parte del POT o reglamentarias), estaremos frente a una de las hipótesis en que las oficinas de planeación de estas entidades territoriales locales podrán hacer una interpretación con carácter de doctrina, que sirva a los curadores en la aplicación para casos concretos.

Lo que allí corresponderá resolver, en primer lugar, es si las entidades productoras de las normas están facultadas legalmente para expedirlas, o si hay una extralimitación de funciones. En el caso del decreto del orden nacional, podría ser el caso de que efectivamente la norma corresponde al ejercicio de reglamentar una ley, y en tal caso se deberá establecer el nivel de legitimidad de la decisión enfrentando el alcance que debería tener la atribución para el caso, frente al alcance del principio de autonomía territorial.

A pesar de lo dicho, se podría argumentar que el carácter de urbanísticas solo puede predicarse de normas de municipios y distritos, dado que la ley 388 de 1997 está apuntando al marco de competencia de estas entidades, y por ello, la referencia a

normas urbanísticas no se puede hacer extensiva a normas del orden nacional. De igual modo, que como consecuencia de lo anterior, una entidad del orden territorial no tendría competencia para resolver una interpretación de una norma de orden nacional.

En respuesta a ello se debe decir que el carácter de las normas urbanísticas no está definido por quién expide las normas, sino principalmente por su contenido material. En tal virtud, si una entidad de un ámbito diferente al territorial local decide expedir una norma cuyo contenido es urbanístico, pues expone la misma al enfrentamiento con una norma del orden territorial, sea de manera legítima (como cuando pudiera entenderse que viene de la potestad reglamentaria) o ilegítima, generando una contradicción que implica la necesidad de una interpretación por parte de las autoridades locales.

6.2 Alcance, en términos de obligatoriedad, de las interpretaciones doctrinales de las oficinas de planeación, expedidas por medio de doctrinas

Señala la ley 388 de 1997:

Artículo 102.- Interpretación de las normas. En el ejercicio de sus funciones, los curadores urbanos verificarán la concordancia de los proyectos de parcelación, urbanización, construcción y demás sometidos al trámite de licencias con las normas urbanísticas vigentes. En los casos de ausencia de normas exactamente aplicables a una situación o de contradicciones en la normativa urbanística, la facultad de interpretación corresponderá a las autoridades de planeación, las cuales emitirán sus conceptos mediante circulares que tendrán el carácter de doctrina para la interpretación de casos similares.

Ahora bien, de la ubicación de la norma en la ley 388 de 1997 es claro que lo que allí se está fijando uno de los criterios de deslinde de responsabilidades entre los curadores urbanos y las oficinas de planeación de municipios y distritos, que para el caso concreto implica que ante los eventos de vacíos o contradicciones entre normas, la interpretación se reserva a las oficinas de planeación.

¿Qué significa el hecho de ordenar que los conceptos así emitidos por las oficinas de planeación sirvan de doctrina para la interpretación de casos similares? □

La doctrina está conformada por los estudios realizados sobre diversos aspectos del derecho que contribuyen a sistematizar sus preceptos, interpretar normas o servir de pautas para su aplicación. Con base en el alcance de la doctrina que la Constitución y la ley le asignan³², se puede decir que en algunos casos es apenas una referencia que puede o no ser tenida en cuenta para la interpretación de una norma y, en otros, es de obligatoria aplicación.

El artículo 230, la C. N. da a la jurisprudencia el carácter de criterio auxiliar de la actividad judicial, lo cual debería entenderse en principio como instrumento que sirve de apoyo a la interpretación de las normas, sin carácter obligatorio.

En ese mismo sentido se pueden entender los siguientes desarrollos legislativos:

- Artículo 4 de la ley 153 de 1887 Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes.
- Artículo 5 de la ley 153 de 1887. Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la Crítica y la Hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes.

Sin embargo, existen dos eventos en que deja de ser un simple criterio auxiliar de interpretación, a saber:

- El previsto en el artículo 8³³ de la Ley 153 de 1887, de acuerdo con el cual la doctrina constitucional es obligatoria³⁴, en cuanto no haya ley exactamente aplicable a un caso, o una norma que regule una situación semejante. La doctrina constitucional en este caso, corresponde a la que se derive de la función integradora de la Corte Constitucional³⁵.
- El previsto en el artículo 4 de la ley 69 de 1896 al disponer que Tres decisiones uniformes de la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos...

Dada la interpretación expresada en la sentencia C 386 de 2001, estos precedentes jurisprudenciales son en principio obligatorios para los jueces como consecuencia de la importancia que para el ejercicio de las libertades individuales tienen la seguridad y la confianza legítima en la administración de justicia. En consecuencia, los jueces solo podrán apartarse de esa doctrina, siempre que aporten razones y motivos suficientes, “mucho más si de lo que se trata es de garantizar el Derecho a la

32 MINISTERIO DE JUSTICIA. ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA. Hermenéutica del Derecho. Editora Señal, Noviembre de 1988, p- 87.

33 Ley 153 de 1887, Artículo 8: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”.

34 El fundamento de ello, según sentencia C-083 de 1 de marzo de 1995, es que a partir del señalamiento de que las normas constitucionales pueden ser aplicables a casos concretos a falta de ley, es razonable que se exija para ese efecto que la determinación del alcance y pertinencia de una norma sea el elaborado por la autoridad encargada de la interpretación de la Constitución.

35 “La noción de Doctrina Constitucional hace referencia a las decisiones emitidas por la Corte Constitucional en relación con fallos de tutela o sentencias SU o de unificación, que acogen el sistema de precedente constitucional como norma jurisprudencial de carácter obligatorio, siempre que se den los presupuestos señalados por la Corte Constitucional en las Sentencias C-083 de 1995 y T-123 del mismo año; requisitos que indican que se trate de casos cuyos supuestos de hecho sean iguales o semejantes y que el núcleo esencial de los derechos fundamentales en juego sea el mismo” JIMÉNEZ GIL, William. La jerarquía normativa y el sistema de fuentes en el derecho colombiano.

igualdad, acogiendo argumentos ya esbozados por la jurisprudencia para la resolución de un caso³⁶.

La interpretación de la autoridad de planeación de un municipio sobre una norma específica, no está prevista en ninguna de estas hipótesis de obligatoriedad. Por tanto, tales interpretaciones no son obligatorias en términos generales. Los jueces, por ejemplo, pueden consultarlas para un caso concreto, pero no les obligan de ningún modo.

En cuanto atañe a los curadores urbanos, las hipótesis de contradicciones y vacíos de normas urbanísticas deben sujetarse a los conceptos emitidos por las oficinas de planeación, siempre que se hayan expresado en circulares. Esta obligatoriedad se puede deducir considerando el contexto de la relación de la figura de los curadores urbanos y las oficinas de planeación, según la cual, estas últimas pueden revocar los actos administrativos expedidos (licencias) por las primeras, por la vía de los recursos de apelación (Art. 42 Decreto 1469 de 2010)³⁷.

Así lo entiende el Gobierno Nacional y lo ratifica en su decreto 1469 de 2010 (artículo 76), que señala que La interpretación que realice la autoridad de planeación, en tanto se utilice para la expedición de licencias urbanísticas, tiene carácter vinculante y será de obligatorio cumplimiento, con el fin de darle seguridad a dicho trámite.

De otra parte y para que no haya lugar a equívocos, no se deja de mencionar que los curadores conservan la facultad genérica de interpretar normas en eventos diferentes a vacíos y contradicciones de normas urbanísticas.

7. La Obligatoriedad de los Actos Administrativos/ Excepción de Inconstitucionalidad:

Contra la posición propuesta se puede argumentar que los decretos reglamentarios del gobierno nacional no pueden dejar de ser aplicados en los distritos y municipios so pretexto de estar en contradicción con normas urbanísticas locales, pues con ello se desatendería el mandato del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, que prevé:

ARTÍCULO 66. PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

36 JIMÉNEZ GIL, William. La jerarquía normativa y el sistema de fuentes en el derecho colombiano. En: www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/LA%20JERARQU%CDA%20NORMATIVA%20Y%20EL%20SISTEMA%20DE%20FUENTES.pdf. 28

37 El alcalde correspondiente tiene la potestad de vigilar que los curadores cumplan las normas urbanísticas, y sin duda en ello acudirá a la visión del alcance de las normas según lo haya definido su Oficina de Planeación (Art. 101 de la ley 388 de 1997, modificado por art. 9 ley 810 de 2003).

1. Por suspensión provisional.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan su vigencia.

No es válido concluir que se puede dejar de aplicar una de las dos normas tomando como fundamento esta norma del C.C.A, cuando quiera que estén enfrentados un decreto reglamentario y el POT, pues ambos serían actos administrativos válidos y vigentes.

No sobra señalar que de acuerdo con la Corte Constitucional³⁸, esta obligatoriedad de los actos administrativos procede en cuanto no haya lugar a la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad³⁹.

En efecto, de acuerdo con la Sentencia N° C-069/95 aludida, los actos administrativos deben estar ajustados a la Constitución. Si se llega el caso en que actos administrativos de carácter general, dentro de los cuales se encuentran los decretos reglamentarios del gobierno nacional, de manera palmaria quebrantan los ordenamientos constitucionales, debe acatarse el mandato contenido en el artículo 4° de la Carta ya citado, que ordena -se repite- que "en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente de que trata el artículo 6° de la misma, por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación, por parte de los servidores públicos, en el ejercicio de sus funciones.

Es decir, procedería esta excepción cuando una autoridad distinta a las autoridades locales expidiese normas sobre reglamentación de usos del suelo y el ordenamiento del territorio por quebrantarse el ordenamiento constitucional.

8. Proyecto de Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial:

La Constitución⁴⁰ ordena que la ley orgánica de Ordenamiento establezca la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales, y que ello se haga conforme con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad.

38 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia N° C-069/95, M. P.: Hernando Herrera Vergara.

39 La excepción de inconstitucionalidad puede eventualmente ser un mecanismo aplicable para los casos de contradicción de normas urbanísticas, con mayor espectro de aplicación que el ejercicio de las funciones de los curadores urbanos.

40 Artículo 288: "La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.

Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley."

En cuanto atañe al contenido de las funciones de ordenamiento territorial local, el proyecto de ley presentado al Congreso no aporta elementos que permitan deslindar competencias y resolver los actuales problemas en ese sentido. Algunas propuestas incluso deberían ser revisadas a efecto de que no se conviertan en fuentes adicionales de conflictos, por ejemplo:

- El artículo 24.1 señala que corresponde a la nación el Establecer la política general de ordenamiento del territorio en los asuntos de interés nacional, dentro de lo cual considera los lineamientos del proceso de urbanización y el sistema de ciudades. Está claro que los temas de interés nacional atañen a la Nación (Vr. Gr: medio ambiente). Sin embargo, la referencia al proceso de urbanización da lugar a nuevos problemas. Los lineamientos generales sobre ello pueden implicar la regulación de los usos del suelo, que es una materia que atañe a las entidades territoriales de orden local de manera exclusiva por asignación expresa de la Constitución. De mantenerse esta competencia, en su momento el Congreso debe dilucidar en qué se diferencian esas atribuciones mencionadas a favor de la Nación, de las facultades concedidas por la ley 388 de 1997 a las entidades territoriales referidas a: incluir en el componente urbano del POT directrices y parámetros para definición de otros procedimientos aplicables en las áreas sujetas a urbanización (artículo 13.9); expedir las normas urbanísticas sobre procedimientos de urbanización (Art. 15.2) y; con la de expedir normas urbanísticas generales sobre procedimientos de urbanización (artículo 16.2.5) (Por otra parte: ¿Qué es el sistema de ciudades□ ¿Qué normas se pueden expedir en orden a fijar los lineamientos del sistema de ciudades que no interfiera con la Autonomía Territorial□)
- En punto de facultades a los departamentos, se les asigna “Establecer directrices y orientaciones para el ordenamiento de la totalidad o porciones específicas de su territorio, especialmente en áreas de conurbación con el fin de determinar los escenarios de uso y ocupación del espacio...” y “definir las políticas de asentamientos poblacionales y centros urbanos, de tal manera que facilite el desarrollo de su territorio...” Aunque la ley puede demarcar los límites dentro de los cuales los municipios y distritos deben ejercer sus competencias constitucionales, el ejercicio de esta facultad, por estar de tal modo indeterminada, puede significar una violación flagrante de las competencias asignadas a distritos y municipios por la Constitución ¿Qué obsta para que con base en esta norma el departamento restrinja o privilegie determinados usos en específicas porciones de territorio□, por otra parte, ¿qué legitimidad tendría tal conducta□

El proyecto difiere en leyes ordinarias posteriores algunas de las materias de las que se debía ocupar, como se concluye por ejemplo, de lo dispuesto en el artículo 18 que precisa que La ley promoverá una mayor delegación de funciones y competencias del nivel nacional hacia el orden territorial, la eliminación de duplicidades entre la administración central y descentralizada y los entes territoriales. Estos, sin duda, son temas que conciernen a la distribución de competencias. En igual sentido, pero difiriendo asuntos al reglamento, lo previsto

en el numeral 3 del artículo 23 que se expresa que el gobierno nacional desarrollará la materia atinente al principio de subsidiariedad.

En materia de conflictos de competencia se prevé que los resuelva una instancia de carácter administrativo que se propone crear: la Comisión de Ordenamiento Territorial, o su comité técnico por delegación (el proyecto no explica qué es el comité técnico)⁴¹. Sus decisiones estarán sujetas a la jurisdicción contencioso administrativa. Las violaciones a la constitución no podrán ser parte de los asuntos de competencia de la Comisión de Ordenamiento Territorial, por supuesto (artículo 25 del proyecto). Sin embargo, son realmente las violaciones a la Constitución lo que está en juego por lo general (los principios de Autonomía Territorial y el de República Unitaria principalmente), luego el mecanismo expedito en materia de conflicto de competencias debe ser del orden jurisdiccional.

Por último, si conforme lo dice la Corte Constitucional⁴², la ley orgánica del ordenamiento territorial representa, dentro del marco de la unidad nacional, una protección de la autonomía territorial y de todo lo que ella significa; es pues una garantía institucional de la autonomía territorial y de los derechos de las entidades territoriales, tal finalidad de la ley no es evidente en el comentado proyecto.

Conclusiones:

- Por regla general los decretos reglamentarios del Gobierno Nacional y los actos Administrativos de las autoridades locales son de igual naturaleza jurídica; no están en diferente nivel jerárquico.
- Eventualmente una norma local debería acatamiento a un decreto reglamentario, si este fuese expedido en el marco de competencias constitucionales y legales, y siempre que no transgreda el principio de la Autonomía Territorial.
- El alcance del decreto reglamentario del orden nacional depende de que se sujete estrictamente a regular una materia efectivamente contenida en la ley, esto es, no puede modificar su contenido (ampliándolo, restringiéndolo o variándolo de algún modo).
- Los principios relativos a la primacía de la norma especial sobre la general, y la norma posterior sobre la anterior, son aplicables a normas de igual nivel jerárquico.
- La materia que regulan las normas urbanísticas están descritas en la ley 388 de 1997. Si normas que regulen tales aspectos son expedidas por otras autoridades

41 A menos que se trate del Comité Interinstitucional que puede conformar planeación con diferentes entidades públicas del orden nacional, en cuyo caso, un conflicto entre normas del gobierno nacional y entes locales, difícilmente se va a fallar a favor de estos.

42 CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-795/00. M. P.: Eduardo Cifuentes Muñoz, junio 29 de 2000.

diferentes a las distritales y municipales, también tendrán el carácter de urbanísticas.

- Siendo la Constitución Política la norma a partir de la cual el ordenamiento jurídico⁴³ se sustenta, lo primero que debe revisarse cuando quiera que existe un conflicto entre normas contenidas en un decreto reglamentario del gobierno nacional y un Plan de Ordenamiento Territorial, es la validez de las normas urbanísticas en contradicción, considerando lo que prescriba la Constitución en materia de competencia.
- Distintas sentencias han propuesto y desarrollado criterios para entender la forma de resolver la tensión entre el postulado de República Unitaria y el de Autonomía de las entidades territoriales, así como el alcance de las competencias de las entidades territoriales locales en materia de Ordenamiento Territorial; dichos criterios, expuestos en líneas generales en este artículo bajo el título La Competencia como criterio para definir la validez de una norma (y su aplicación prevalente sobre otra) en el ordenamiento y jurisprudencia colombiana, sirven de guía para resolver las contradicciones de normas urbanísticas de distintos niveles.
- La ley Orgánica del Ordenamiento Territorial debería incluir el deslinde de competencias, así como los criterios y mecanismos para resolver el tipo de conflictos expuestos en este artículo⁴⁴, sin embargo la propuesta en curso no parece satisfacer esas expectativas. El Gobierno Nacional puede acudir a la concertación y consulta con las entidades territoriales para que en los casos en que se requiera adoptar normas cuyos contenidos estén relacionados con competencias locales, se dé aplicación práctica a los principios de concurrencia, coordinación y subsidiariedad, de tal suerte que se respeten las diversas competencias.
- Entre tanto se expide la ley orgánica de ordenamiento territorial que cree los mecanismos dirigidos al propósito de resolver las contradicciones de normas urbanísticas de distintos niveles (instrumento para resolver los conflictos de competencia), la facultad de interpretación de las oficinas de planeación de las entidades territoriales locales, así como la excepción de inconstitucionalidad, son mecanismos útiles para ello.

BIBLIOGRAFÍA

JIMÉNEZ G, William. La jerarquía normativa y el sistema de fuentes en el derecho colombiano.

43 C.N. 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.”

44 Incluso en Sentencia C-149/10, citada (pág. 78), se dice que “la Corte ha precisado que la Ley orgánica no es requisito previo para la elaboración de leyes que distribuyen competencias entre la Nación y los entes territoriales”.

EnRed:www.docentes.unal.edu.co/wjimenezg/docs/LA%20JERARQU%CDA%20NORMATIVA%20Y%20EL%20SISTEMA%20DE%20FUENTES.pdf.

KELSEN, Hans. Teoría pura del derecho. 16ª edición. Editorial Porrúa, México, 2009.

MINISTERIO DE JUSTICIA, ESCUELA JUDICIAL RODRIGO LARA BONILLA, Hermenéutica del derecho. Editora Señal, Noviembre de 1988.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de derecho administrativo y derecho público general II: el ordenamiento jurídico. 1ª edición. Madrid. Editorial Iustel, 2006.

Sentencias

CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., 3 de diciembre de 2007.

_____, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dra. Myriam Guerrero de Escobar, Bogotá D.C., 13 de agosto 2008.

_____, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá, D.C., 14 de abril de 2010.

CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-795 de 2000, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá D.C., 29 de junio de 2000.

_____, Sentencia C-579 de 2001, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynnet. Bogotá, D. C., 5 de junio de 2001.

_____, Sentencia C-540 de 2001, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño, Bogotá D.C., 22 de mayo de 2001.

_____, Sentencia C-852 de 2005, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, D. C., 17 de agosto de 2005.

_____, Sentencia C-538 de 2005, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, D. C., 24 de mayo de 2005.

Determinación de la paternidad: su evolución desde la biología

Norma C. Serrano Díaz

DETERMINACIÓN DE LA PATERNIDAD: SU EVOLUCIÓN DESDE LA BIOLOGÍA

AUTOR: Norma C. Serrano Díaz
FECHA DE RECEPCIÓN: Octubre 15 de 2010
DIRECCIÓN: nserrano@unab.edu.co

RESUMEN: La presente investigación ha sido presentada y expuesta en el programa de MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA, de la FACULTAD DE DERECHO de la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA, los días 28 y 29 de julio de 2010.

PALABRAS CLAVE: Ser humano, ADN, ARN, Gen, Genoma Humano.

ABSTRAC: The present paper is a product of the research presented and exposed on the FAMILY LAW MAGISTER PROGRAM, from UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA LAW SCHOOL, the 28 and 29 July, 2010.

KEYWORDS: Human, DNA, RNA, Gene, Human Genome.

Determinación de la paternidad: su evolución desde la biología

Norma C. Serrano Díaz*

Introducción

La Genética Forense es una subespecialidad de la Genética y de la Medicina Legal que incluye un conjunto de conocimientos de genética necesarios para resolver problemas judiciales, tales como la investigación biológica de la paternidad o de la maternidad.

La determinación de la paternidad ha sido una preocupación inherente a la condición humana y, por tanto, de todos los tiempos. La historia recuerda el clásico caso del hijo que Cleopatra llevó desde Egipto hasta Roma imputando su paternidad a Julio César, ocasionando un problema político en Roma que terminó con el asesinato de Julio César. Hasta el año 1900 la única herramienta para dilucidar los casos de paternidad era el “parecido físico”, parámetro poco objetivo para determinar si un hombre era o no el padre biológico de un niño. Los desarrollos más importantes para resolver estos problemas apenas empezaron a darse en el Siglo XX, cuando Karl Landsteiner en el año 1900 describió el sistema de grupos sanguíneos ABO y posteriormente, en 1915, la comunidad científica reconoció y aceptó, que dichos antígenos se heredaban siguiendo los patrones de herencia descritos a fines del siglo XIX por Gregor Mendel. La determinación de paternidad mediante el análisis de los grupos sanguíneos ABO fue utilizada por primera vez de manera legal en Alemania en 1924.

En los siglos XX y XXI se han dado desarrollos importantes en genética, biología molecular y bioinformática, permitiendo que hoy se pueda determinar la paternidad o la maternidad, con una probabilidad del 99.999%. Por tanto, el concepto jurídico de filiación legítima, ya sea matrimonial o extramatrimonial, se encuentra hoy ligado a la verificación de la realidad biológica.

El ADN como material genético y hereditario

El ser humano está conformado aproximadamente por 100 billones de células, las cuales se originan a partir de la unión del óvulo materno, con el espermatozoide

* MD., MSc Genética Humana. Directora del Centro de Investigaciones Biomédicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB.

paterno, formando el cigoto. Por tanto, nuestra carga genética se encuentra compartida, 50% de genes heredados por vía materna y el 50% de genes restantes heredados por vía paterna, a excepción del ADN (ácido desoxirribonucleico) mitocondrial que es heredado solo por vía materna.

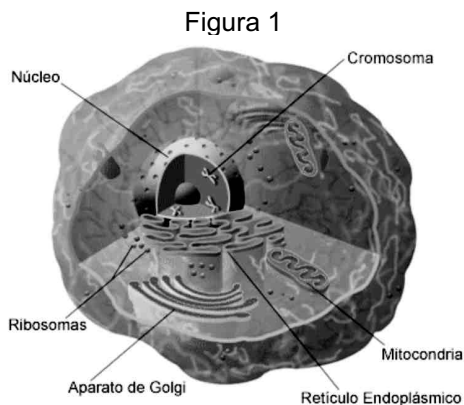


Figura 1. Anatomía de Célula Humana.

En la célula humana, el ADN se localiza principalmente en el núcleo y una pequeña cantidad de ADN en las mitocondrias, que son los orgánulos celulares encargados de la producción de energía. El ADN nuclear mide aproximadamente dos metros de longitud, pero se encuentra enrollado y compactado con proteínas formando los cromosomas. De manera general, las células pueden dividirse en dos tipos, somáticas y sexuales o germinales. Las células somáticas están conformadas por una carga genética diploide, 46 cromosomas, 23 heredados por vía materna (óvulo) y 23 por vía paterna (espermatozoide). Los 46 cromosomas están divididos en autosomas, que corresponden a los pares del 1 al 22, y los dos restantes corresponden a los cromosomas sexuales, X y Y.

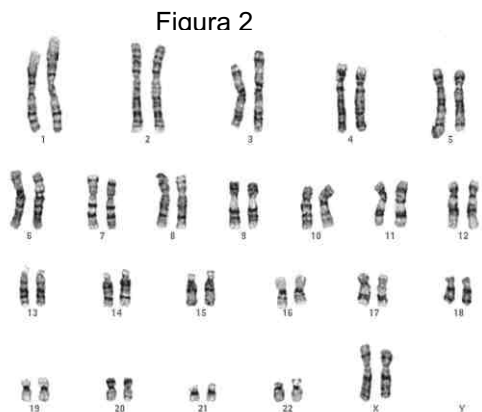


Figura 2. Cariotipo humano femenino: 46;XX

Las células sexuales o germinales, que corresponden de manera exclusiva a los óvulos y los espermatozoides, tienen una carga haploide, es decir 23 cromosomas, de los cuales 22 son autosomas y uno corresponde al cromosoma sexual. En los óvulos el único cromosoma sexual presente es el X, mientras que los espermatozoides pueden ser portadores del cromosoma sexual X o Y. Por tanto, siempre será el hombre quien determine el sexo del hijo, por medio del cromosoma Y, siendo su herencia exclusivamente paterna, es decir, se transmite de padres a hijos varones. De esta forma, salvo algunas excepciones, todos los individuos varones emparentados por vía paterna comparten el cromosoma Y, convirtiéndose en un buen marcador que ayuda a dilucidar la filiación por vía paterna (1).

Figura 3

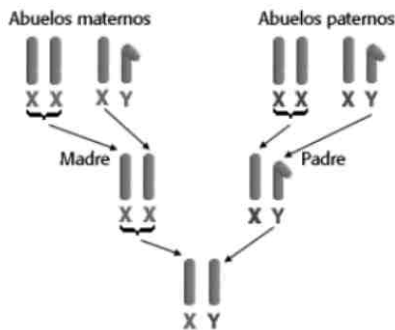


Figura 3. Herencia del cromosoma Y.

Estructura del Genoma Humano

Desde el año 1944 se le había asignado el papel genético al ADN en las bacterias (2), pero fue nueve años después, en 1953, en el fascículo del 25 de abril de la revista inglesa *Nature*, cuando James Watson y Francis Crick, en un breve informe de no más de 900 palabras, revelaron las características moleculares del ADN humano (3).

Figura 4



Figura 4. James D Watson y Francis HC Crick, 1953.

Este descubrimiento, realizado en la unidad de biofísica del laboratorio Cavendish de la Universidad de Cambridge, Inglaterra, fue uno de los más importantes del siglo XX, y dio inicio a una larga cadena de descubrimientos en genética que sentó las bases para el desarrollo de la Genética Molecular. Sin embargo, el artículo de Watson y Crick no suscitó gran revuelo en el ambiente científico, durante los primeros años. De hecho, no fue sino hasta los años 60, al explicar la duplicación del ADN, cuando el modelo de Watson y Crick fue totalmente aceptado y fue, por esta misma razón, que el Premio Nobel no se les otorgó sino nueve años después de la publicación.

El ADN, como molécula química tiene la capacidad de codificar grandes cantidades de información y además tiene la facultad de replicar lo que codifica. El ADN es una molécula con dos cintas que se enrollan una a lo largo de la otra, formando la famosa doble hélice. Si se desenrolla, aparece una estructura parecida a una escalera, en donde los costados laterales están compuestos por moléculas de azúcar (desoxirribosa), y los escalones por dos bases que se aparean por complementariedad: la A con la T, y la C con la G. (A: Adenina, T: Timina, C: Citosina, G: Guanina).

Figura 5

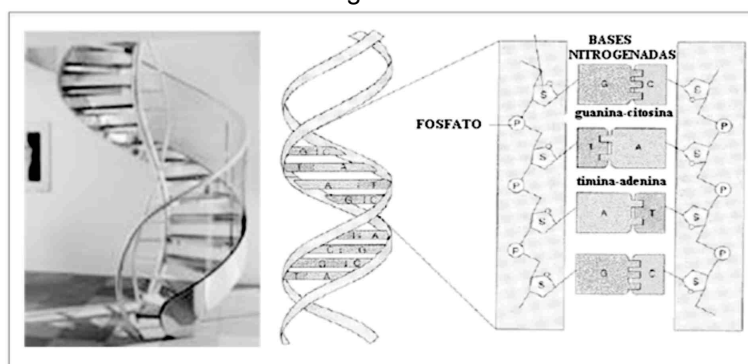


Figura 5. Estructura de ADN

Puesto que los escalones se ajustan perfectamente entre los dos costados laterales de la escalera en cualquiera de los sentidos, hacia arriba o hacia abajo, las bases o letras pueden estar en cualquier orden sobre estos dos costados; sin embargo, el orden de las letras en un sentido inevitablemente especifica el orden en el otro sentido, son antiparalelas. Esto quiere decir que si la molécula de ADN se abre por la mitad, cada mitad de ella puede servir como molde para crear una molécula idéntica a la original (autorreplicación). Y de hecho, el ADN se replica cada vez que una célula se va a dividir. Este ordenamiento del ADN en regiones informativas, llamadas genes, tienen la particularidad de expresarse al generar moléculas de ARN (ácido ribonucleico), que en secuencia de tripletas de bases -los codones-, codifican para proteínas específicas que el cuerpo necesita. Casi todas las moléculas en el cuerpo son proteínas o el resultado de la actividad de una proteína. Las proteínas están

conformadas por moléculas más pequeñas, los aminoácidos, unidos en cadenas que generalmente tienen varios cientos de unidades de largo. Existen 20 tipos diferentes de aminoácidos para la construcción de las proteínas.

Los genes se alinean a lo largo de los cromosomas, en lugares específicos denominados locus. En el ser humano, los genes son sólo una pequeña fracción del ADN de los cromosomas; el resto, cerca del 98%, son secciones que no codifican para ninguna proteína; por lo cual, algunos lo denominan de manera equivocada, 'ADN basura'. Además de esto, los genes, están divididos en módulos: los exones, que son las regiones realmente codificantes o informativas y los intrones, porciones de ADN no codificante, que se intercalan entre los primeros. El sistema operacional maneja estas brechas y el ADN, como se citó anteriormente, se transcribe a una molécula, el ARN mensajero, que tiene una pequeña diferencia en la secuencia de bases nitrogenadas, la timina (T) es reemplazada por el uracilo (U). Los intrones son cortados y removidos por enzimas específicas, quedando el ARNm (mensajero) que es leído por estructuras celulares, denominadas ribosomas. En los ribosomas se traduce el ARNm a proteínas, adicionando a la cadena creciente de proteína, el aminoácido correspondiente al codón. Cuando se finaliza la lectura del ARN, se para el proceso y la nueva proteína es liberada (3).

Figura 6

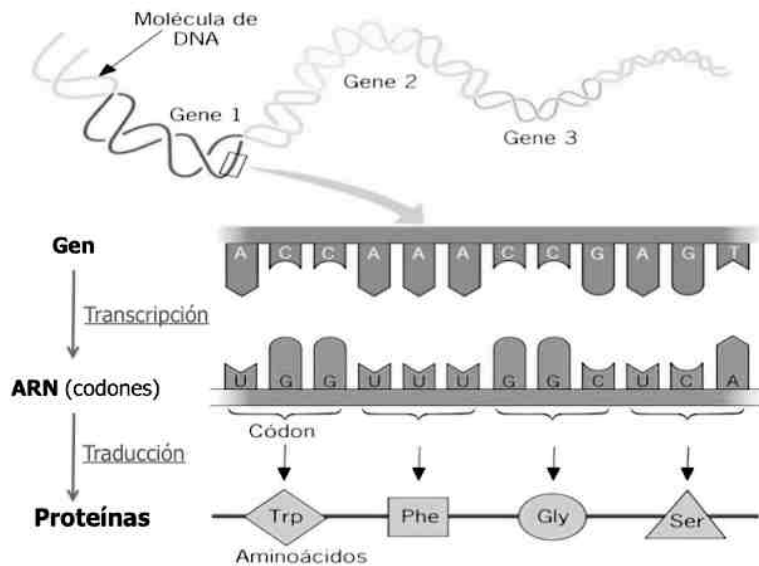


Figura 6. Proceso de transcripción y traducción

Proyecto del Genoma Humano

"El genoma humano es patrimonio común de la humanidad. Es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de la dignidad intrínseca de cada uno de ellos... Ningún adelanto científico podrá prevalecer sobre el respeto de la dignidad y los derechos de la persona humana, en particular en las esferas de la biología y la genética". (Fragmento de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos).

El 14 de abril de 2003, el Consorcio Internacional para la Secuenciación del Genoma Humano anunció haber completado su tarea, esclarecer con una fiabilidad del 99,99%, del orden apropiado en que se encuentran las bases citosina (C), timina (T), adenina (A) y guanina (G) a lo largo del ADN humano. El consorcio que formó parte del Proyecto del Genoma Humano (PGH) incluyó 20 centros pertenecientes a 6 países: EE.UU., Gran Bretaña, China, Francia, Alemania y Japón, y eligió el mes de abril de 2003 para anunciar la culminación de este trabajo como homenaje al 50º aniversario del descubrimiento de la estructura de doble hélice del ADN, publicado por Watson y Crick en abril de 1953. Los objetivos iniciales del PGH se cumplieron dos años antes de lo esperado.

En el año 1985 los científicos del Departamento de Energía de los Estados Unidos (DOE) empiezan a discutir un proyecto gigantesco, secuenciar el genoma humano completo. En 1988 el Instituto Nacional de Salud (NIH), establece el Centro Nacional de Investigación del Genoma Humano (National Center for Human Genome Research, NCHGR), bajo la dirección de James Watson; el objetivo de dicho proyecto se centralizaba en mapear y secuenciar todo el ADN humano, y tenerlo completo para el año 2005. En 1992, Francis Collins (U. de Michigan) reemplaza a Watson como director del proyecto del NCHGR. El motivo de este reemplazo se centra en la discusión y no aceptación por parte de Watson, en la decisión de J. Craig Venter (NIH) de patentar fragmentos de ADN. En 1992, Venter inicia el Instituto para Investigación Genómica (TIGR, en Rockville, Maryland) y en 1998 conforma una nueva compañía (Celera), con la propuesta de realizar el secuenciamiento del genoma en tres años, con una innovación tecnológica importante: ensamblaje del genoma sin usar mapas. Venter no acepta los Principios de Bermudas, acuerdo internacional que formalizó las condiciones de acceso a la información y que incluía la entrega de los datos de las secuencias a bases de datos públicas.

El 26 de junio de 2000 el presidente de los Estados Unidos, Bill Clinton, y el primer ministro de Inglaterra, Tony Francis Collins Blair, junto con los directores del proyecto público, Francis Collins, y de Celera, Craig Venter, anuncian que se ha completado el primer borrador de todo el ADN de una célula humana, el genoma humano. Se inicia una nueva etapa, la genómica, que lleva a un nuevo umbral a la ciencia y posiblemente también a la agricultura y a la industria. El 15 de febrero de 2001 se publica el borrador de la secuencia del genoma en la revista *Nature*, la secuencia pública y en la revista *Science*, la secuencia de Celera Genomics. (5,6)

El Proyecto del Genoma Humano, en una primera fase, se planteó hacer una serie de diagramas descriptivos, mapas de cada cromosoma humano a resoluciones crecientes. El mapeo se hizo en dos etapas: primero dividiendo los cromosomas en fragmentos más pequeños que pudiesen ser caracterizados, para luego ordenarlos, localizarlos y mapearlos, en sus respectivos sitios a lo largo de los cromosomas. Cuando el mapeo se ha terminado, el siguiente paso es determinar la secuencia de nucleótidos de cada fragmento de ADN.

La fase posterior de la investigación del genoma es encontrar todos los genes en la secuencia de ADN y desarrollar herramientas para utilizar esta información en beneficio del estudio de la biología y la medicina humana. Un mapa del genoma describe el orden de los genes o de otros marcadores y la distancia entre ellos en cada cromosoma, siendo una tarea dispendiosa. Para un mayor entendimiento, vale la pena hacer la siguiente comparación: el ADN es como una enciclopedia gigante que define al ser humano y que utiliza cuatro letras (A, C, G, T) para escribir sus "palabras", mientras que una enciclopedia escrita en español utiliza 27 letras, existen cerca de 3.000 millones de letras (pares de bases) en el ADN humano, y el primer paso en el PGH, fue hacer una lista en orden de todas estas letras (secuenciar el ADN); esto fue lo que se logró en junio del año 2000, tener el primer borrador de la lista. Una vez que esto se realizó, el siguiente paso consistía en encontrar dónde están los genes a lo largo de esta secuencia, y es un desafío tan grande, que se asemeja a encontrar las palabras en una enciclopedia sin espacios ni puntuación entre las palabras. Para realizar esto, es indispensable contar con nuevos conocimientos y grandes desarrollos en biología y en bioinformática.

Marcadores en el ADN de interés para la medicina forense

Todos los individuos de la especie humana son idénticos entre sí en un 99,7% de su ADN, por tanto sólo en aproximadamente 600.000 nucleótidos residen las diferencias entre un individuo y otro, a excepción de los casos de los gemelos univitelinos, los cuales se consideran genéticamente idénticos.

A pesar de la gran similitud entre el ADN de un individuo y otro, existen regiones polimórficas o hipervariables que son las que nos permiten usar la información genética con fines de identificación. Es importante resaltar que la variabilidad genética entre individuos se concentra principalmente en el ADN no codificante, que corresponde al 98% del total de ADN nuclear, y que, por tanto, de un análisis de individualización genética con fines forenses no puede extraerse ningún tipo de información sobre características fenotípicas, tales como rasgos físicos, susceptibilidad o resistencia a enfermedades, respuesta individual a fármacos, entre otras

Para fines forenses se han utilizando los denominados polimorfismos genéticos o marcadores moleculares, ubicados en regiones de ADN no codificante, dado que este ADN no está sujeto a presión de selección evolutiva y por tanto permite amplios niveles de variación, convirtiéndose en regiones de interés para la identificación de individuos (7).

El análisis detallado del genoma humano ha permitido identificar diversas categorías del ADN no funcional, muchas de ellas son formas de ADN repetitivo, el cual puede estar altamente, moderadamente o poco repetido. Éstos a su vez se clasifican de acuerdo con su disposición a lo largo del genoma o al tamaño de la unidad de repetición:

ADN Repetido Agrupado (*tandem*)

Regiones del ADN con una secuencia común repetida de manera continua, constituyen el 10% del genoma y según la unidad de repetición se subdivide en tres tipos: a) ADN satélite; b) ADN minisatélite; y c) ADN microsatélite.

ADN Repetitivo Disperso

Constituye del 15 al 20% del genoma, que consiste en unidades sencillas de repetición que se distribuyen de forma intercalada en diversos puntos del genoma y se divide en dos familias: a) SINE (elementos intercalados cortos, formados por menos de 500 pb); y b) LINE (elementos intercalados largos, compuestos por más de 500 pb) y que derivan de unos fragmentos de ADN transponibles que se han multiplicado hasta dar lugar a un cierto número de copias en nuestro genoma.

Los diferentes tipos de ADN Repetitivo Agrupado tienen un patrón de distribución cromosómica diferente: el ADN satélite tiene una localización centromérica, el ADN minisatélite está en los telómeros o sus proximidades y el ADN microsatélite se encuentra disperso en el cromosoma. Las secuencias repetidas de ADN satélite se disponen en bloques de unidades de longitud variable, que van desde 100 kilobases (kb) hasta varios megabases (Mb), no se transcriben y su compleja organización no las hace adecuadas para el análisis forense.

Las secuencias repetidas denominadas ADN minisatélite o VNTR (*Variable Number of Tandem Repeats*), son de menor tamaño, con una unidad repetitiva que varía entre 10 y 75 pares de bases y poseen un alto grado de variabilidad, tanto en el número de repeticiones agrupadas como en la secuencia de la unidad de repetición. En el genoma humano estas secuencias se encuentran en las regiones subterminales de los cromosomas y están implicadas en fenómenos de recombinación de la información genética, base importante de la diversidad genética entre individuos.

Los microsatélite o STR (*STRs, short tandem repeats*), son más pequeños, con una unidad de repetición que varía entre 2 y 6 nucleótidos (8,9).

Determinación de la Paternidad: Su evolución desde la biología.

Grupos Sanguíneos

La determinación de paternidad mediante el análisis de los grupos sanguíneos ABO fue utilizada por primera vez de manera legal en 1924. Tal fue el furor del análisis, que se llegó a procesar más de 5,000 casos legales sólo entre 1924 y 1929. Los tribunales de Italia, Escandinavia y Austria siguieron pronto este ejemplo instaurado por Alemania. La *American Medical Association* (AMA) aprobó el uso de esta técnica

en 1937 en los EE.UU., aunque ya en 1931 se había dado el primer caso de paternidad (Commonwealth vs Zammarelli) ventilado en tribunales de este país.

El primer estudio de la herencia del sistema ABO fue publicado por von Dugher y Hirschfeld en 1910. El informe del Comité definió las leyes de la herencia del sistema ABO, las cuales se aceptan hoy ampliamente por los investigadores y profesionales médicos. Las leyes establecían que:

- 1) Los grupos sanguíneos A y B no pueden aparecer en un niño, a menos que estén presentes en la sangre de uno de los dos progenitores.
- 2) Individuos del grupo AB no puede tener hijos O, y los individuos del grupo O no puede tener hijos AB.

Figura 7

Grupos Sanguíneos		Hijos posibles	Hijos NO posibles
Padre O	Madre O	O	A, B, AB
Padre O	Madre A	O, A	B, AB
Padre O	Madre B	O, B	A, AB
Padre O	Madre AB	A, B	O, AB

Grupos Sanguíneos		Hijos posibles	Hijos NO posibles
Padre B	Madre O	O, B	A, AB
Padre B	Madre A	O, A, B, AB	
Padre B	Madre B	O, B	A, AB
Padre B	Madre AB	A, B, AB	O

Grupos Sanguíneos		Hijos posibles	Hijos NO posibles
Padre A	Madre O	O, A	B, AB
Padre A	Madre A	O, A	B, AB
Padre A	Madre B	O, A, B, AB	
Padre A	Madre AB	A, B, AB	O

Grupos Sanguíneos		Hijos posibles	Hijos NO posibles
Padre AB	Madre O	A, B	O, AB
Padre AB	Madre A	A, B, AB	O
Padre AB	Madre B	A, B, AB	O
Padre AB	Madre AB	A, B, AB	O

Figura 7. Herencia de los grupos sanguíneos.

La utilidad de la determinación de paternidad mediante la comparación de los grupos sanguíneos del presunto padre, la madre y el niño se daba fundamentalmente en los casos de exclusión. En estos casos la probabilidad de paternidad era de exactamente cero por ciento. Sin embargo, en grupos humanos de poca variabilidad étnica, la preponderancia local de ciertos tipos de grupos sanguíneos hacía que en la mayoría de los casos sólo se concluyera "que el hombre probablemente pudiese ser el padre biológico del niño". Sin embargo, mientras más común era el tipo sanguíneo del presunto padre en el grupo étnico de la localidad, menor era su probabilidad de resolver la paternidad.

Entre los años 1940 y 1970 se dieron avances importantes con el descubrimiento del sistema RH por parte Levine y Stetson en 1940 y en años sucesivos nuevos subgrupos sanguíneos empezaron a ser descritos. Para el año 1952, ocho sistemas de grupos sanguíneos se habían identificado, por lo cual el mismo Comité recomendó la incorporación del sistema RH a los sistemas previos ABO. Sin embargo, aún persistía el problema, de que lo único que se podía saber con 100% de certeza era si el presunto padre en efecto NO era el padre biológico; es decir, si aquel era excluido como padre. La metodología disponible hasta entonces no hacía posible designar con ningún grado de certeza importante si un presunto padre SÍ era en efecto el padre biológico (caso de inclusión).

Como ya fue mencionado, la secuencia del genoma humano estableció con claridad, que los genes son universales, pues no hay genes propios de uno u otro grupo humano, de una u otra raza. Lo que varía es la frecuencia de cada gen dentro de cada grupo poblacional ya sea por aislamientos geográficos, o por consideraciones de grupo étnico o religioso, por prohibiciones de cruce de diversa índole, en fin, por cualquier razón que impida que las parejas se crucen libremente y al azar. Las frecuencias de los genes que codifican los grupos sanguíneos, como en general todos los sistemas genéticos, obedecen a estos fenómenos (10).

El sistema sanguíneo **ABO** presenta un predominio del alelo **O** con 62,3%, seguido del alelo **A** con 21% y el **B** con 16,2%. El alelo A se encuentra con alta frecuencia entre europeos y australianos, con una distribución muy irregular; alta también es su frecuencia en algunas tribus de Norteamérica, pero en las poblaciones nativas de Suramérica su frecuencia es muy baja, o inexistente. La presencia del alelo A y del B en grupos amerindios indica mezcla étnica.

El alelo B muestra frecuencias altas en regiones de Asia Central y el norte de la India, bajas frecuencias en Egipto y en la mayor parte de África Occidental. En Europa tiende a bajar la posesión del alelo hacia el Mediterráneo; entre los vascos se halla la menor frecuencia. Entre los indígenas americanos y australianos casi no existe. En poblaciones indígenas colombianas el alelo O se encuentra en el 100% de la población; por lo tanto, el hallazgo del alelo A y del B es indicativo de mezcla étnica.

Los estudios realizados por Emilio Yunis Turbay muestran que el sistema sanguíneo ABO guarda la misma relación en la población colombiana que la encontrada en aquellos en donde el alelo O es predominantemente lo que atestigua el pasado indígena de Colombia, muy evidente en algunas zonas, en especial al sur de la región andina, en el departamento del Cauca con una frecuencia de 80.5%, Nariño 82.35%, Putumayo 86.3%. La frecuencia del alelo B se correlaciona con la frecuencia de las poblaciones de referencia, mayores en las áreas de mayor predominio negro, en la región Pacífica, Chocó con 14.46% y San Andrés islas, con 14.41%. El alelo A denota las mayores frecuencias en los departamentos de Antioquia con 19.75% y en los Santanderes con 17,46%, departamentos en los que el aporte caucasoide es más sobresaliente (10).

Sistema HLA

El sistema HLA (*Human Leukocyte Antigen*: Antígeno Leucocitario Humano) fue descubierto por investigadores que trabajaban en bancos de sangre, al observar que algunos individuos a quienes se les transfundía sangre ABO y Rh compatible, mostraban reacciones similares a los individuos a quienes se les transfundía sangre no compatible. Lo mismo ocurría con mujeres multíparas a las cuales se les transfundía sangre. Al analizar el suero de estas personas se encontró que tenían anticuerpos dirigidos contra los antígenos de los donantes de sangre, y que estos anticuerpos aglutinaban a los leucocitos (glóbulos blancos), de allí su nombre de sistema HLA.

El sistema HLA es un grupo de genes ligados que se encuentran en el brazo corto del cromosoma 6, en la región 6p21.31-6p21.33. Este sistema codifica para una serie de

proteínas involucradas en la regulación de la respuesta inmunológica, en el reconocimiento de lo propio y de lo extraño, características que le permiten intervenir en la regulación de la respuesta a trasplantes y a agentes infecciosos.

Los genes del sistema HLA se han dividido, de manera general, en dos clases: 1) Clase I: HLA-A, B, y C; 2) Clase II: HLA-DR, DQ, DP. Los genes del sistema HLA se transmiten de padres a hijos en bloque (genes ligados), sin que se haya presentado recombinación durante la meiosis, aunque puede ocurrir con una frecuencia muy baja, entre el 1-2%. Estos genes ligados que se transmiten de padres a hijos en forma de bloque, se denomina "Haplotipo", por tanto, todo individuo tiene un haplotipo materno y otro paterno. Por lo anterior un individuo dentro de su grupo de hermanos tendrá la probabilidad de tener un HLA idéntico en un 25%, totalmente diferente un 25%, ser haplo idéntico (mitad idéntico) en el 50%, siempre y cuando no se haya presentado recombinación genética (11).

El sistema HLA tiene la propiedad de ser altamente polimórfico, lo cual hace referencia a la presencia de dos o más alelos para un gen en una población. Se considera que es el sistema genético más polimórfico en la especie humana, razón por la cual, sería muy difícil encontrar a dos individuos no relacionados que fueran idénticos para las variantes de dicho sistema, dado que, mientras mayor sea el número de variantes alélicas en la población de un gen o marcador genético, más disminuye la probabilidad de encontrar a dos individuos con el mismo perfil genético. Con base en estas características se introdujo su utilización para determinar la paternidad y la maternidad. Los primeros en utilizar esta metodología fueron Alemania en 1972, posteriormente Estados Unidos en 1976, luego que la AMA y la American Bar Association (ABA) aprobaran su uso en pruebas de paternidad dado el patrón de herencia mendeliano que tiene este sistema (12).

En un estudio de paternidad, para que esta sea compatible, un individuo debe poseer un haplotipo HLA heredado de la madre y el otro haplotipo heredado del presunto padre y se procederá a la valoración de probabilidades. Por otro lado, si un menor tiene un haplotipo idéntico a alguno de los haplotipos maternos, pero el otro haplotipo es diferente de los que porta el presunto padre, es excluido como el padre biológico del menor.

Inicialmente, las pruebas de paternidad basadas en el sistema HLA fueron analizadas por técnicas serológicas, las cuales identificaban un número limitado de posibles alelos. Posteriormente, durante la década de los ochenta y gracias a los desarrollos de la biología molecular, los genes que codificaban para estas variantes serológicas fueron aislados y secuenciados.

Con la introducción de la técnica de la Reacción en Cadena de la Polimerasa (PCR), por su nombre en inglés, *Polymerase Chain Reaction* (13), se desarrollaron los métodos para el análisis de ADN de los genes del sistema HLA. El primer gen estudiado por esta metodología fue el HLA-DQA1 en 1987. En un comienzo el método permitía identificar 6 variantes alélicas, lo cual hizo que se introdujera en forma rápida en el ámbito forense, al permitir el estudio de un sistema genético

polimórfico con muy poca muestra, lo cual significaba una gran ventaja, tal como ocurre en los delitos sexuales.

Sin embargo, se observó que por causa del bajo polimorfismo del sistema HLA-DQA muchos casos de paternidad y en general de medicina forense no podían ser resueltos por este sistema, razón por la cual el sistema se abandona para fines forenses. Entre 1990 y 1991 se desarrollaron los métodos para el análisis, con base en el ADN, de los loci HLA-DRB y HLA-DQB1, más polimórficos que el sistema HLA-DQA1.

En Colombia, el análisis de casos de paternidad mediante la tipificación por ADN del sistema HLA, fue desarrollado e implementado por Emilio Yunis Turbay a partir de 1994. En un estudio comparativo realizado por su grupo de investigación, analiza 1.658 casos de paternidad entre 1994-1996, por el sistema HLA, casos que previamente habían sido estudiados para grupos y subgrupos sanguíneos. Se logró demostrar la exclusión de la paternidad en 226 de estos casos (13,63%). Un análisis más detallado de los resultados obtenidos mostró que la tipificación HLA-DRB excluía un mayor número de casos que el HLA-DQB1 y éste excluía más casos que el HLA-DQA1 (HLA-DRB: 98.5%, HLA-DQB1: 86.7% y HLA-DQA1: 84.55%). Estos resultados indicaban que si solo se analizaban grupos y subgrupos sanguíneos, y el sistema HLA-DQA1, un 14% de los casos que debían excluirse, en comparación con el HLA-DRB, darían una inclusión de paternidad. Esto llevó a que no se recomendará la inclusión del sistema HLA-DQA1 dentro del esquema de análisis que se empleaba, por el alcance mucho mayor de la tipificación del HLA-DRB (10).

Minisatélites (VNTR, *Variable Number of Tandem Repeats*)

La introducción de los VNTR en la identificación humana se debió al trabajo del Sir Alec Jeffreys, profesor de la Universidad de Leicester en Inglaterra (14). Fue el primero en descubrir que algunas regiones del ADN humano contienen secuencias que se repiten en *tándem*, concluyó que el número de repeticiones que se encuentran en cualquier sitio podía variar entre los individuos, y a partir de estos hallazgos se formularon los análisis del ADN como herramienta en los estudios de filiación. Como consecuencia, Jeffreys puso en práctica una técnica para examinar la variación de la longitud de esas secuencias repetidas del ADN (VNTR) que se localizan entre dos sitios de restricción (corte enzimático). Esta técnica supuso el empleo de enzimas de restricción para separar las regiones del ADN que rodeaban a los VNTR, lo cual generaba fragmentos de longitud variable que eran distintos entre los individuos. Por tanto, esta técnica se denominó polimorfismos de la longitud de fragmentos de restricción o *RFLP* por sus siglas en inglés (Restriction Fragment Length Polymorphism). Los fragmentos del VNTR se separan por medio de electroforesis en gel de agarosa y se detectan por medio de la técnica de hibridación con sondas. Tal procedimiento consiste en transferir el ADN desde un gel hacia una membrana de nylon, para luego identificarlo con sondas radioactivas o luminiscentes. De esta manera, la variación del ADN queda expuesta en los fragmentos de longitud variable, que se corresponden con los alelos del individuo, o en las distintas posibilidades para un locus en particular. Por el patrón de bandas que se obtiene con esta metodología, que semeja a los "códigos de barras", se le dio el nombre del "DNA fingerprinting" o "huella digital del ADN".

Figura 8



Figura 8. Prof Sir Alec Jeffreys. Huella digital de ADN.

Aunque los VNTR fueron valiosos en medicina forense, con un alto poder de discriminación, el método de análisis tiene algunas limitaciones, dado que las secuencias del VNTR son relativamente largas; por tanto, se hace necesario obtener un ADN de buena calidad, no degradado y con cantidades considerables, además es un método difícil de automatizar; por tanto, consume mucho tiempo de trabajo (15).

Microsatélites (STRs, short tandem repeats)

El análisis forense del VNTR evolucionó hacia otro método que utiliza secuencias de repetición más cortas, las cuales se conocen como STR o microsatélites, debido a una serie de ventajas que ofrecen estos marcadores sobre los VNTR, como el análisis simultáneo y automatizado de varios loci STR, procesamiento más rápido, mínima cantidad de DNA, uso DNA degradado, entre otras.

El ADN microsatélite se encuentra disperso a lo largo del genoma humano, el cual está compuesto por tres mil millones de pares de bases, y se considera que el ADN microsatélite aparece en promedio una vez cada 10.000 nucleótidos. Por tanto, en el genoma hay miles de STR; sin embargo, en genética forense se emplean cerca de 40, que son los que mejor cumplen con los criterios de: 1) ser altamente polimórficos en la población; 2) tener un elevado índice de heterocigocidad; y 3) una baja frecuencia de mutaciones.

Las secuencias STR se denominan sistemáticamente según la longitud de las unidades de repetición. Por ejemplo, las unidades de repetición de los dinucleótidos y trinucleótidos constan de dos o tres nucleótidos repetidos en forma recurrente y consecutiva. Actualmente, entre otros tipos de sistemas de STR, las secuencias de repetición de tetranucleótidos y pentanucleótidos son las más utilizadas para fines forenses, debido a su frecuencia y a que son muy polimórficas, mientras que las secuencias de hexanucleótidos son menos comunes en el genoma humano (16).

El empleo de la PCR, ha revolucionado el campo de la biología molecular. Desde que Kary Mullis la describió inicialmente en 1986 (13), los laboratorios forenses y de

análisis de ADN se han beneficiado por su capacidad de crear millones de copias de una secuencia específica de ADN en tan sólo unas pocas horas. Esta tecnología de amplificación del ADN es apta para el análisis forense de muestras de ADN, debido a que es muy sensible y rápida, y además el análisis no está limitado por la calidad del ADN, tal como sucede con los métodos de RFLP.

La metodología de análisis de STR se ha automatizado y es posible analizar de forma simultánea varios STR. El análisis múltiple permite detectar esos fragmentos en forma consecutiva y simultánea a lo largo de una sola línea. Los fragmentos de STR también se pueden analizar fuera de la línea, después de haber realizado los ensayos, ya sean por electroforesis en geles verticales de poliacrilamida por medio de escáneres de fluorescencia, o bien, los que emplean secuenciadores basados en geles o en electroforesis capilar.

Cuando se analizan los sitios de varios cromosomas, los STR arrojan resultados que permiten establecer criterios de discriminación sensibles para distinguir a individuos no emparentados y aun a aquellos con un parentesco muy cercano. Además, los alelos discretos causan que el análisis de resultados sea más fácil de interpretar y comparar respecto a los sistemas de RFLP debido a que se utilizan bases de datos de ADN computarizados, mientras que en el caso de los RFLP se requiere agrupar o clasificar el ADN por tamaños similares.

Para que el análisis de los STR se llegara a aceptar entre un gran número de jurisdicciones, fue necesario caracterizar una serie común de marcadores (estandarizados). El laboratorio del FBI estableció 13 loci de STR centrales para que se incluyeran en la base de datos estadounidense de ADN conocida como CODIS (17). Cuando todos los 13 loci de STR de la CODIS se examinan, la probabilidad de coincidencia promedio aleatoria para dos individuos no emparentados, resulta ser menor que una en un billón. En la actualidad, las compañías estadounidenses PE Applied Biosystems (18) y Promega Corporation (19), cuentan con paquetes comerciales de marcadores de STR que les permiten atender las necesidades de la comunidad de análisis forense, y abarcan una colección común de loci de STR.

Sistemas del cromosoma Y

Los marcadores del cromosoma Y se transmiten exclusivamente por vía paterna de generación en generación, por lo cual resultan útiles para obtener información sobre el parentesco paterno. Los polimorfismos STR en cromosoma Y (Y-STR) se describieron por primera vez a principios de la década de 1990 y su análisis llegó a ser un método popular para la identificación de casos forenses. El cromosoma Y permanece invariable cuando se transmite de padre a hijo, y varía menos entre los hombres en comparación con el STR autosómico. Por tanto, los marcadores múltiples de Y-STR se utilizan para establecer con gran precisión las diferencias entre individuos (20).

Promega Corporation cuenta con paquetes comerciales de marcadores de Y-STR que amplifican 12 loci de Y-STR: (DYS19, DYS385a, DYS385b, DYS389I, DYS389II, DYS390, DYS391, DYS392, DYS393, DYS437, DYS438 y DYS439)

(19). Los Y-STR son indicados particularmente para investigar los casos de violación sexual, dado que aportan perfiles masculinos específicos de ADN, lo cual soluciona aquellos casos de interpretación en los que las muestras se encuentran mezcladas (21). Por esto, el análisis de los Y-STR es una técnica prometedora para los estudios forenses que se ocupan del parentesco paterno, tales como la identificación de víctimas en los desastres masivos. Además, los marcadores Y-STR son muy útiles para las pruebas de paternidad en las que se estudia la descendencia masculina.

De hecho, la capacidad de los marcadores Y-STR para detectar el parentesco paterno se demostró en 1998 cuando se vinculó a los descendientes actuales de Thomas Jefferson y Eston Hemings. La revista científica *Nature* publicó un informe titulado como “*Jefferson es el padre del hijo menor de su esclava*”. Los científicos evaluaron un haplotipo del cromosoma Y presente en los descendientes masculinos del abuelo paterno de Jefferson, en la descendencia masculina del hijo menor de Sally Heming (esclava), llamado Eston Hemings Jefferson (22). El haplotipo estudiado no era un haplotipo común, contenía hasta 19 marcadores polimórficos y no se encontró en otras 1.200 personas examinadas. Este estudio confirmó la existencia de marcadores genéticos que sólo pudo transmitirles el hombre que escribió el comienzo de la Declaración de Independencia: "*Consideramos verdades evidentes que todos los hombres han sido creados iguales y que su Creador, les ha bendecido con determinados derechos inalienables, entre ellos la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad*". Un hombre progresista para su época, que sin embargo, se negó toda su vida a extender a los esclavos traídos de África, esa idea de igualdad y libertad aprobada por el primer Congreso de EE UU; el 4 de julio de 1776

ADN Mitocondrial (ADNmt)

Frederick Sanger en 1981 determinó la secuencia del ADNmt humano. Este tipo de ADN contiene un genoma circular pequeño de 16,569 pb, que al igual que el genoma nuclear, consiste de una región codificante y otra no codificante (23).

Figura 9



Figura 9. ADN Mitocondrial

Solo hasta 1993 el ADNmt se utilizó por primera vez como una herramienta para la identificación forense y desde entonces su análisis se ha aceptado ampliamente en los tribunales de justicia (24,25).

El ADNmt es un marcador útil para las pruebas de identificación humana porque posee una "región de control" no codificada de 1,100 pb, la cual también se conoce como el lazo D (*D-loop* en inglés), y se caracteriza por presentar un grado razonable de variación de secuencias entre los individuos. Se han identificado dos regiones hipervariables dentro del lazo D, y suelen denominarse como la Región Hipervariable I y la Región Hipervariable II, HVI y HV2 respectivamente, por sus iniciales en inglés. Debido a que la mayor parte de los polimorfismos del ADNmt se encuentran dispersos a lo largo de las regiones hipervariables del lazo D, los científicos forenses examinan tanto el HV1 como el HV2 mediante amplificación de PCR y luego mediante el análisis de secuencias (26).

El ADNmt se hereda por vía materna, dado que el espermatozoide no aporta mitocondrias al cigoto durante el proceso de fertilización. Por eso, salvo en casos donde ocurra una mutación, el tipo de ADNmt no es único para cada persona. Los hermanos y familiares de parentesco materno tienen en común una secuencia idéntica de ADNmt. Aunque esto disminuye la posibilidad de identificar individuos en los casos forenses, es muy útil para resolver investigaciones sobre personas desaparecidas y sucesos de destrucción masiva. En la actualidad, las pruebas de ADNmt han desempeñado un papel importante para asociar parentescos familiares y resolver enigmas históricos como la identificación de los soldados desconocidos vietnamitas y el caso de la familia Romanov en los Estados Unidos (27,28).

Polimorfismos nucleótidos simples (SNP por sus siglas en inglés)

La variación entre individuos, dada por el cambio de un nucleótido en la misma secuencia de ADN del genoma, se denomina polimorfismo de nucleótido simple. Existe un millón o más de SNP por cada individuo (6). Dado que el análisis de diversos SNP permite crear un perfil genético único para cada persona, el estudio de los SNP tiene el potencial de convertirse en una herramienta vital para la discriminación e identificación de individuos en medicina forense.

Teniendo en cuenta que la interpretación de resultados es más fácil, los SNP han demostrado la capacidad de diferenciarse más fácilmente respecto a los STR, tanto en las muestras que se encuentran entremezcladas como en aquellas que proceden de una única fuente (29). Por otro lado, como varios SNP se han estudiado como marcadores de riesgo o de protección para diversas patologías, la tecnología está progresando para miniaturizar y automatizar el procedimiento de análisis de los SNP, creando tecnología de microchips que permiten examinar más de mil SNP en forma simultánea (30). Por tanto, el análisis múltiple de los SNP se podría realizar a mayor escala respecto a los STR.

Una desventaja de los SNP, es que contiene sólo dos alelos posibles, y se requieren más marcadores para aumentar el grado de certidumbre en el proceso de discriminación (31). Por lo anterior, siendo los SNP las variaciones más comunes en

el genoma humano, su falta de polimorfismo crea la necesidad de caracterizarlos a gran escala para lograr una probabilidad de coincidencia aleatoria equivalente a los trece loci centrales de STR (31).

En noviembre de 2001, el National Center for Biotechnology Information (NCBI) divulgó una base de datos de referencia para los SNP humanos conocida como dbSNP, la cual se puede consultar en Internet por medio de la página <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/SNP/>>. Además, la base de datos The Human Gene Mutation Database (HGMD), contiene información detallada sobre los diferentes SNP y se encuentra disponible para la comunidad científica en la dirección de internet <<http://archive.uwcm.ac.uk/uwcm/mg/hgmd0.html>>.

Valoración estadística

El análisis de los 15 marcadores genéticos proporciona un resultado muy preciso y fiable. Sólo dos serán los posibles resultados en la prueba de paternidad:

Exclusión: La incompatibilidad de alelos en tres o más de los marcadores entre el hijo (a) y el presunto padre estudiado, permite excluir la paternidad con una certeza del 100%. La relación biológica motivo de la prueba está excluida, por tanto se demuestra la NO paternidad. No se requiere que todos los marcadores sean incompatibles para excluir la paternidad, dado que la diversidad genética entre los individuos no los lleva a ser totalmente diferentes; por el contrario, todos compartimos muchos genes y alelos, lo cual se expresa en su frecuencia en la población; por tanto, la excepción sería encontrar un caso en el que todos los sistemas genéticos empleados fueran incompatibles (10).

No exclusión: La compatibilidad en todos los marcadores significa que la prueba de Paternidad ha probado a un grado razonable que existe una relación biológica entre los participantes de la prueba. Los marcadores utilizados tienen un grado de exclusión del 99.9999%, esto quiere decir que los marcadores analizados deben excluir al 99.9999% de los individuos falsamente acusados de una paternidad.

Cuando el resultado de los análisis es la exclusión de la paternidad, no se requiere hacer ningún cálculo estadístico, no requiere ningún valor porcentual; esto quiere decir que indica la incompatibilidad. Se expresa el resultado como paternidad excluida, incompatible. De modo contrario, cuando no se puede excluir la paternidad se procede a determinar estadísticamente la probabilidad de que el individuo analizado como presunto padre biológico, lo sea realmente frente a cualquier otra persona tomada al azar en la población que tenga el mismo perfil genético. Esta probabilidad es el índice de fiabilidad de la prueba. La inclusión de la paternidad, y los valores de las probabilidades, están en función del número de marcadores empleados en el estudio.

Probabilidad de Paternidad (W): representa la probabilidad de que el individuo que se estudió sea el verdadero padre del niño. El cálculo de la probabilidad viene dado por la fórmula:

$$W = \frac{X}{X + Y} * 100$$

X: es la probabilidad que tiene el presunto padre de transmitir un marcador genético del que es portador y que está presente en el niño.

Y: es la frecuencia con la que dicho marcador está en la población general.

Índice de Paternidad (IP): es la indicación numérica del poder de la evidencia genética en una prueba de paternidad. Expresa cuántas veces es más probable que el supuesto padre sea el padre biológico frente a que lo sea un individuo cualquiera de la misma población.

Índice Combinado de Paternidad (ICP): se genera al multiplicar los IP de cada locus (10,32).

Tipos de Prueba de ADN

Se pueden realizar varios tipos de pruebas de ADN con fines de determinar relaciones de parentesco e identificación.

Perfil Simple: El perfil de identificación genético es el conjunto de lecturas de los alelos correspondientes a diferentes regiones del ADN (loci). Se utilizan los STR estándar de las pruebas de paternidad. Cada región tiene un alelo aportado por la madre y otro por el padre. Este perfil es prácticamente único para cada individuo, ofreciendo un alto poder de discriminación genética.

Ejemplo 1.

Locus	P.Padre	Hijo(a)
FGA	20 / 24	19 / 22
TPOX	11 / 8	8 / 8
D8S1179	10 / 15	12 / 13
VWA	16 / 16	14 / 15
Penta E	13 / 18	13 / 13
D18S51	15 / 16	12 / 20
D21S11	31.2 / 31.2	28 / 29
TH01	6 / 7	9 / 9.3
D3S1358	16 / 17	15 / 16
Penta D	10 / 9	10 / 10
CSF1PO	11 / 12	12 / 13
D16S539	13 / 14	12 / 9
D7S820	10 / 11	12 / 8
D13S317	13 / 14	14 / 9
D5S818	12 / 12	11 / 13

Prueba de Paternidad: Se realiza para determinar la relación biológica de paternidad. Se basa en comparar los perfiles genéticos del presunto padre y del hijo. La muestra de la madre ayuda a incrementar la exactitud de la prueba al obtener un alelo obligado paterno para cada marcador genético analizado.

Ejemplo 2, 3

Locus	P. Padre	Hijo(a)	Madre	X	Y	IP	W
FGA	19 / 25	22 / 25	22 / 25	0.25	0.14525	1.721170	0.632511
TPOX	11 / 8	11 / 8	8 / 8	0.5	0.2947	1.696641	0.629168
D8S1179	11 / 13	11 / 13	12 / 13	0.25	0.0459	5.446623	0.844880
VWA	16 / 16	16 / 16	16 / 17	0.5	0.16425	3.044140	0.752729
Penta E	14 / 15	14 / 16	11 / 16	0.25	0.0435	5.747126	0.851789
D18S51	12 / 12	12 / 17	16 / 17	0.5	0.05805	8.613264	0.895977
D21S11	29 / 29	29 / 30	30 / 30	1	0.1873	5.339028	0.842247
TH01	6 / 6	6 / 7	7 / 7	1	0.3729	2.681684	0.728385
D3S1358	15 / 17	15 / 17	15 / 16	0.25	0.0749	3.337784	0.769468
Penta D	10 / 7	10 / 11	11 / 12	0.25	0.1095	2.283105	0.695410
CSF1PO	10 / 13	10 / 12	12 / 13	0.25	0.1183	2.113271	0.678794
D16S539	11 / 12	11 / 12	12 / 12	0.5	0.2637	1.896094	0.654707
D7S820	11 / 12	11 / 11	11 / 12	0.25	0.1492	1.675603	0.626253
D13S317	11 / 13	11 / 12	11 / 12	0.25	0.24285	1.029442	0.507254
D5S818	11 / 11	11 / 12	11 / 12	0.5	0.33855	1.476887	0.596267

Locus	P. Padre	Hijo(a)	Madre
FGA	24 / 25	21 / 25	22 / 25
TPOX	12 / 8	10 / 8	8 / 8
D8S1179	13 / 13	13 / 14	10 / 13
VWA	14 / 16	16 / 17	17 / 19
Penta E	12 / 9	19 / 7	15 / 19
D18S51	12 / 17	15 / 17	13 / 15
D21S11	30 / 31.2	28 / 31	28 / 33.2
TH01	7 / 9	6 / 6	6 / 9
D3S1358	15 / 18	15 / 17	17 / 18
Penta D	13 / 13	10 / 15	10 / 9
CSF1PO	11 / 11	12 / 12	12 / 12
D16S539	10 / 12	12 / 9	12 / 9
D7S820	10 / 10	10 / 11	11 / 9
D13S317	12 / 9	11 / 11	11 / 12
D5S818	10 / 11	11 / 13	11 / 13

Prueba de Maternidad: Se realiza para determinar la relación biológica de maternidad. Se basa en comparar el perfil genético de la presunta madre y del hijo. La prueba del padre aumenta la exactitud de la prueba.

Prueba de paternidad mediante abuelos: Cuando no se dispone de muestras del presunto padre, es posible hacer la prueba de paternidad utilizando los perfiles

genéticos de los abuelos paternos, además del perfil de la madre. El cálculo estadístico permite obtener un índice que ayuda a asignar o no la paternidad. La exactitud es equiparable a la prueba de paternidad y en la mayoría de los casos es definitiva.

Prueba de parentesco vertical línea masculina: La prueba de paternidad es una relación en primer grado padre-hijo. Cuando se requiere saber la probabilidad de parentesco en más de un grado, es cuando se usa esta prueba utilizando los perfiles genéticos del cromosoma Y de individuos de sexo masculino que se presumen parientes en línea directa.

Prueba de parentesco vertical línea femenina: La prueba de maternidad es una relación en primer grado madre-hija. Cuando se requiere saber la probabilidad de parentesco en más de un grado, es cuando se usa esta prueba utilizando los perfiles genéticos del ADN mitocondrial de individuos que se presumen parientes en línea directa por vía materna.

Los laboratorios pueden ofertar la Prueba de Paternidad con dos modalidades según el uso judicial:

Prueba informativa o privada: El resultado sólo sirve para la persona que solicitó la prueba. No se identifica a todos los participantes, no tiene validez legal.

Prueba Legal: El resultado de la prueba se puede o se requiere usar como evidencia en juicios. Los requisitos básicos para realizar la prueba son:

- El muestreo debe ser realizado por un perito certificado.
- Se debe hacer muestreo del presunto padre, madre e hijo.
- Se debe diligenciar el consentimiento informado el cual debe ser firmado por las personas mayores de edad que se realizan la prueba.
- Se debe llenar la cadena de custodia, y hacer custodia de las muestras por parte del perito, hasta que estas lleguen al laboratorio.
- Se deben anexar fotocopias del documento oficial de identidad de los participantes.
- Se deben anexar foto de los participantes.
- Se debe registrar las huellas pentadactilares de los participantes.

Normativa Legal en Colombia

En Colombia la Ley 721 de 2001, reconoce el recurso científico para resolver las disputas jurídicas de relación biológica con objetivos claros de:

- Reconocer la eficiencia de la investigación genética para resolver las disputas de paternidad.
- Simplificar los procesos judiciales de filiación y parentesco.
- Garantizar los derechos fundamentales del hijo de conocer quiénes son sus padres.

- Garantizar los derechos fundamentales del padre de conocer quiénes son hijos.
- Garantizar el derecho fundamental de la madre de conocer quién es el padre de sus hijos.

LEY 721 DE 2001

(diciembre 24)

por medio de la cual se modifica la Ley 75 de 1968.
El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. El artículo 7° de la Ley 75 de 1968, quedará así:

Artículo 7°. En todos los procesos para establecer paternidad o maternidad, el juez, de oficio, ordenará la práctica de los exámenes que científicamente determinen índice de probabilidad superior al 99.9%.

Parágrafo 1°. Los laboratorios legalmente autorizados para la práctica de estos experticios deberán estar certificados por autoridad competente y de conformidad con los estándares internacionales.

Parágrafo 2°. Mientras los desarrollos científicos no ofrezcan mejores posibilidades, se utilizará la técnica del DNA con el uso de los marcadores genéticos necesarios para alcanzar el porcentaje de certeza de que trata el presente artículo.

Parágrafo 3°. El informe que se presente al juez deberá contener como mínimo, la siguiente información:

- a) Nombre e identificación completa de quienes fueron objeto de la prueba;
- b) Valores individuales y acumulados del índice de paternidad o maternidad y probabilidad;
- c) Breve descripción de la técnica y el procedimiento utilizado para rendir el dictamen;
- d) Frecuencias poblacionales utilizadas;
- e) Descripción del control de calidad del laboratorio.

Artículo 2°. En los casos de presunto padre o presunta madre o hijo fallecidos, ausentes o desaparecidos la persona jurídica o natural autorizada para realizar una prueba con marcadores genéticos de ADN para establecer la paternidad o maternidad utilizará los procedimientos que le permitan alcanzar una probabilidad de parentesco superior al 99.99% o demostrar la exclusión de la paternidad o maternidad.

En aquellos casos en que no se alcancen estos valores, la persona natural o jurídica que realice la prueba deberá notificarle al solicitante que los resultados no son concluyentes.

Parágrafo. En los casos en que se decrete la exhumación de un cadáver, esta será autorizada por el juez del conocimiento, y la exhumación correrá a cargo de los organismos oficiales correspondientes independientemente de la persona jurídica o de la persona natural que vaya a realizar la prueba.

En el proceso de exhumación deberá estar presente el juez de conocimiento o su representante. El laboratorio encargado de realizar la prueba ya sea público o privado designará a un técnico que se encargará de seleccionar y tomar adecuadamente las muestras necesarias para la realización de la prueba, preservando en todo caso la cadena de custodia de los elementos que se le entregan.

Artículo 3°. Sólo en aquellos casos en que es absolutamente imposible disponer de la información de la prueba de ADN, se recurrirá a las pruebas testimoniales, documentales y demás medios probatorios para emitir el fallo correspondiente.

Artículo 4°. Del resultado del examen con marcadores genéticos de ADN se correrá traslado a las partes por tres (3) días, las cuales podrán solicitar dentro de este término la aclaración, modificación u objeción conforme lo establece el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

La persona que solicite nuevamente la práctica de la prueba deberá asumir los costos; en caso de no asumirlo no se decretará la prueba.

Artículo 5°. En caso de adulteración o manipulación del resultado de la prueba, quienes participen se harán acreedores a las sanciones penales correspondientes.

Artículo 6°. En los procesos a que hace referencia la presente ley, el costo total del examen será sufragado por el Estado, solo cuando se trate de personas a quienes se les haya concedido el amparo de pobreza. En los demás casos correrá por cuenta de quien solicite la prueba.

Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional mediante reglamentación determinará la entidad que asumirá los costos.

Parágrafo 2°. La manifestación bajo la gravedad de juramento, será suficiente para que se admita el amparo de pobreza.

Parágrafo 3°. Cuando mediante sentencia se establezca la paternidad o maternidad en los procesos de que trata esta ley, el juez en la misma sentencia que prestará mérito ejecutivo dispondrá la obligación para quien haya sido encontrado padre o madre, de reembolsar los gastos en que hubiere incurrido la entidad determinada por el Gobierno Nacional para asumir los costos de la prueba correspondiente.

Parágrafo 4°. La disposición contenida en el parágrafo anterior se aplicará sin perjuicio de las obligaciones surgidas del reconocimiento judicial de la paternidad o la maternidad a favor de menores de edad.

Artículo 7°. El artículo 11 de la Ley 75 de 1968, quedará así:

En todos los juicios de filiación de paternidad o maternidad conocerá el juez competente del domicilio del menor, mediante un procedimiento especial preferente.

Artículo 8°. El artículo 14 de la Ley 75 de 1968, quedará así: Presentada la demanda por la persona que tenga derecho a hacerlo se le notificará personalmente al demandado o demandada quien dispone de ocho (8) días hábiles para contestarla. Debe advertirse en la notificación sobre los efectos de la renuencia a comparecer a la práctica de esta prueba.

Con el auto admisorio de la demanda, el juez del conocimiento ordenará la práctica de la prueba y con el resultado en firme se procederá a dictar sentencia.

Parágrafo 1°. En caso de renuencia de los interesados a la práctica de la prueba, el juez del conocimiento hará uso de todos los mecanismos contemplados por la ley para asegurar la comparecencia de las personas a las que se les debe realizar la prueba. Agotados todos estos mecanismos, si persiste la renuencia, el juez del conocimiento de oficio y sin más trámites mediante sentencia procederá a declarar la paternidad o maternidad que se le imputa.

Parágrafo 2°. En firme el resultado, si la prueba demuestra la paternidad o maternidad el juez procederá a decretarla, en caso contrario se absolverá al demandado o demandada.

Parágrafo 3°. Cuando además de la filiación el juez tenga que tomar las medidas del caso en el mismo proceso sobre asuntos que sean de su competencia, podrá de oficio decretar las pruebas del caso, para ser evacuadas en el término de diez (10) días, el expediente quedará a disposición de las partes por tres(3) días para que presenten el alegato sobre sus pretensiones y argumentos; el juez pronunciará la sentencia dentro de los cinco (5) días siguientes.

Artículo 9°. Créase la Comisión de Acreditación y Vigilancia del orden nacional integrada por: Un delegado del Ministerio de Salud, un delegado del Ministerio de Justicia y del Derecho, un delegado del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, un delegado de las Sociedades Científicas, un delegado del Ministerio Público, un delegado de los laboratorios privados de genética y un delegado de los laboratorios públicos.

La Comisión de Acreditación y Vigilancia deberá garantizar la eficiencia científica, veracidad y transparencia de las pruebas con marcadores genéticos de ADN y podrá reglamentar la realización de ejercicios de control y calidad en el país, en cuyo caso deberá regirse por los procedimientos establecidos por la Comunidad Científica internacional de Genética Forense.

Parágrafo 1°. El Gobierno Nacional reglamentará el funcionamiento de esta Comisión así como las calidades y forma de escogencia de los delegados.

Parágrafo 2°. El delegado de los laboratorios privados de genética debe ser de aquellos laboratorios que cuenten con el reconocimiento de la Comunidad Genética Forense en el ámbito internacional.

Artículo 10. La realización de los experticios a que se refiere esta ley estará a cargo del Estado, quien los realizará directamente o a través de laboratorios públicos o privados, debidamente acreditados y certificados.

Parágrafo 1°. La acreditación y certificación nacional se hará una vez al año a través del organismo nacional responsable de la acreditación y certificación de laboratorios con sujeción a los estándares internacionales establecidos para pruebas de paternidad.

Parágrafo 2°. Todos los laboratorios de Genética Forense para la investigación de la paternidad o maternidad deberán cumplir con los requisitos de laboratorio clínico y con los de genética forense en lo que se refiere a los controles de calidad, bioseguridad y demás exigencias que se reglamenten en el proceso de acreditación y certificación.

Artículo 11. El Gobierno nacional implementará las medidas necesarias para el fortalecimiento de los laboratorios de genética para la identificación de la paternidad o maternidad del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con calidad altamente calificada, con investigadores que acrediten calidad científica en la materia, que cumplan los requisitos nacional e internacionalmente establecidos, y con la tecnología adecuada.

Artículo 12. El Gobierno nacional a través del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, adelantará una campaña educativa nacional para crear conciencia pública sobre la importancia y los efectos de la paternidad o maternidad, como un mecanismo que contribuya a afianzar el derecho que tiene el niño o niña de tener una filiación.

Artículo 13. Esta ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Los parágrafos 1 y 2 del artículo 10 de la presente Ley, establecen la obligatoriedad en la certificación de los laboratorios que ofrecen pruebas de ADN con fines forenses, en el caso particular, para realizar pruebas de paternidad. En Colombia el organismo nacional responsable de la acreditación es la Superintendencia de Industria y Comercio. Artículo 2, numeral 16 del Decreto 2153 de 1992. La evaluación documental para la acreditación se realiza sobre la base ISO 17025.

A la fecha, los siguientes son los laboratorios certificados para pruebas de ADN por la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

1. Universidad de Antioquia.
2. Servicios Médicos Yunis Turbay y Cia. S. en C.
3. Dirección de Investigación Criminal - Policía Nacional de Colombia DIJIN

4. Fundación Arthur Stanley Gillow
5. Universidad Manuela Beltrán
6. Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses - Regional Bogotá
7. Universidad Nacional de Colombia Sede Bogotá - Instituto de Genética
8. Genes Ltda.
9. Genética Molecular de Colombia Ltda.
10. Universidad Industrial de Santander
11. Universidad Tecnológica de Pereira

Conclusión

Los desarrollos en genética, biología molecular y bioinformática han transformado el abordaje de los casos en Medicina Forense. Este cambio debe ir acompañado de una revisión y ajuste de las leyes, y sin duda, de una nueva formación tanto en los programas de medicina como en los de derecho.

Un reciente editorial de *Nature* (33), llama la atención sobre la falta de vinculación de la academia a la práctica forense, que ha llevado en muchos países a una catástrofe en la aplicación de la medicina legal a la justicia. También llama la atención sobre la pobre inversión en investigación. Si esto es verdad en el ámbito norteamericano y en Europa, donde la inversión es relativamente alta, qué podemos esperar en países como el nuestro, donde la inversión en investigación es tan baja, y, más aún, en medicina forense. Si no hay inversión en investigación, no puede haber progreso y, en este caso concreto, como lo denuncia *Nature*, sus consecuencias son desastrosas para la Justicia.

Glosario

ADN: Molécula con forma de doble hélice que contiene la información genética de un organismo. El ADN está compuesto de azúcares, fosfatos, y cuatro bases nucleótidas: adenina, guanina, citosina y timina (A, G, C, T). Las bases se unen en pares específicos.

Alelo: Cada una de las versiones alternativas de un gen. Los diferentes alelos producen variaciones en los rasgos heredados, por ejemplo el color de los ojos o los grupos sanguíneos. Cada individuo tiene dos alelos de cada gen, un alelo heredado del padre y el otro de la madre.

Antígenos: Toda sustancia capaz de inducir una respuesta inmune y de reaccionar específicamente con los productos desarrollados en dicha respuesta.

Anticuerpo: Los anticuerpos son proteínas producidas por los linfocitos B del sistema inmune. Estos son los agentes que intervienen y ayudan a combatir las infecciones.

ARN (Ácido Ribonucleico): Molécula sintetizada a partir del molde de ADN; contiene el azúcar ribosa en lugar de la desoxirribosa presente en el ADN. Hay tres

tipos fundamentales de ARN: mensajero (ARNm), transferente (ARNt) y ribosómico (ARNr).

Bases nitrogenadas: componentes químicos del ADN de naturaleza básica. Llamadas A, T, C, y G (adenina, citosina, timina, y guanina), estas bases se unen en pares para formar la "escalera" de doble hélice del ADN y siempre se combinan con el mismo patrón: A con T y C con G.

Cigoto: se denomina cigoto (huevo) a la célula resultante de la unión del gameto masculino (espermatozoide) con el femenino (óvulo) en la reproducción sexual de los organismos. Su citoplasma y sus orgánulos son siempre de origen materno al proceder del óvulo.

Codones: La información genética, contenida en el ARNm, se escribe a partir de cuatro letras, que corresponden a las bases nitrogenadas del ARN (A, C, G y U), las cuales van agrupadas de tres en tres. Cada tripleta se llama codón y está encargado de codificar un aminoácido o un símbolo de puntuación en la síntesis de proteínas (inicio, parada).

Cromosoma: Un cromosoma es el resultado del máximo grado de empaquetamiento del ADN alrededor de un grupo de proteínas, organización que se da previa a la división celular para su segregación posterior en las células hijas. Los cromosomas se encuentran en el núcleo de las células, difieren entre especies tanto en número, como en morfología.

Diploide: Dotación cromosómica consistente en la presencia del número total de cromosomas en una célula somática. En los seres humanos la dotación diploide es de 46 cromosomas (22 pares de autosomas y un par de cromosomas sexuales)

Electroforesis: es una técnica para la separación y visualización de macromoléculas (ADN, ARN, Proteínas) según la movilidad de estas en un campo eléctrico. La separación puede realizarse sobre una superficie sólida (papel) o semisólida (gel), y la separación obedece en distinta medida a la carga eléctrica de las moléculas, a su masa o conformación (proteínas).

Exón: La región de un gen que contiene la información para producir la proteína del gen. Cada exón codifica una porción específica de la proteína completa. En eucariotas los exones de un gen se separan por regiones largas de ADN que no codifican.

Fluorescencia: es la propiedad de una sustancia para emitir luz cuando es expuesta a diferentes longitudes de onda. Las radiaciones absorbidas (invisibles al ojo humano), son transformadas en luz visible, de una longitud de onda mayor al incidente.

Gen: Segmentos del ADN que son las unidades funcionales básicas de la herencia. Los genes están determinados por una secuencia ordenada de bases químicas encontradas en una posición única en un cromosoma específico. Este "plano" guía la producción de proteínas, lo que determina cómo funcionan las diferentes células en el cuerpo.

Genoma humano: Todo el ADN contenido en un organismo o célula, que incluye tanto los cromosomas (ADN nuclear) como el ADN localizado en las mitocondrias.

Haploide: La mitad del número diploide de cromosomas en una célula somática. Es el número de cromosomas en un gameto (óvulo o espermatozoide), que son 23 en el ser humano; un cromosoma de cada par.

Haplotipo: Conjunto de alelos contenidos en un locus (o en varios loci) de una cromosoma individual. El haplotipo podemos referirlo a un solo locus o a un genoma completo pero siempre se refiere a uno de los dos alelos de cada gen.

Herencia: es la transmisión a través del material genético contenido en el núcleo celular, de las características anatómicas, etc., de un ser vivo a sus descendientes. El ser vivo resultante tendrá características de uno o de los dos padres.

Hibridación: es un proceso por el cual se unen dos cadenas de ácidos nucleídos con secuencia de bases complementarias, en una única molécula de doble cadena, que toma la estructura de doble hélice, donde las bases nitrogenadas quedan ocultas en el interior.

HLA: son antígenos formados por moléculas que se encuentran en la superficie de casi todas las células de un individuo. HLA es el nombre que recibe el complejo mayor de histocompatibilidad en humanos, que cumple la función de diferenciar lo propio de lo ajeno y aseguran la respuesta inmune, capaz de defender al organismo de algunos agentes extraños que pueden generar enfermedad.

Intrón: Es una secuencia no codificante de ADN que se encuentra intercalado entre dos exones. El intrón inicialmente se transcribe en la molécula de ARN mensajero pero después es eliminado durante el proceso de maduración del ARN, y su secuencia no se ve reflejada en el producto final (proteína).

Leucocitos: llamados también glóbulos blancos, son fundamentales para el funcionamiento del sistema inmunológico encargado de combatir las infecciones y las enfermedades.

Locus: El lugar del cromosoma donde está localizado un gen específico; es la dirección física del gen.

Recombinación genética: proceso que se da durante división celular (meiosis) y es la base de la diversidad genética entre individuos, pues permite el intercambio de información genética, entre cromosomas de origen diverso (paterno y materno).

Meiosis: proceso de división celular, por medio del cual se originan las células germinales, y es el proceso base que garantiza la reproducción sexual de organismos complejos y parte importante de la diversidad genética.

Nucleótido: son moléculas orgánicas formadas por la unión de un azúcar pentoso,

una base nitrogenada (A,C,G,T) y un grupo fosfato. El ADN y el ARN son cadenas de muchos nucleótidos.

PCR (reacción en cadena de la polimerasa): es una técnica de biología molecular, cuyo objetivo es obtener un gran número de copias de un fragmento de ADN particular, partiendo de un mínimo.

Loci: Es el plural de "locus".

Polimorfismo: hace referencia a la existencia de múltiples alelos de un gen en una población determinada, con una frecuencia significativa (1%) y cuya implicación biológica es variable.

Secuenciación: es un conjunto de métodos y técnicas bioquímicas cuya finalidad es la determinación del orden específico de los nucleótidos (A, C, G y T) en un segmento de ADN.

Transcripción: es la creación de una secuencia de ARN a partir de la interpretación contenida en los genes.

Traducción: es la síntesis de una cadena de aminoácidos a partir de la lectura y decodificación de la información contenida en el ARN mensajero.

BIBLIOGRAFÍA

AABB, *Facts about blood and blood banking*. 2003, <http://www.aabb.org/>.

A.J. Jeffreys, V. Wilson and S.L. Thein, *Hypervariable 'minisatellite' regions in human DNA*. *Nature* 314 (1985) 67-73.

AVERY OT, MACLEID CM, MCCARTHY M. *Studies on the chemical of substance inducing transformation of pneumococcal types*. *J Exp Med* 1944; 79: 137.

BECK S. *Complete sequence and gene map of a human major histocompatibility complex*. The MHC sequencing consortium. *Nature* 1999; 401:921-925.

B. Budowle, B. Shea, S. Niezgodna and R. Chakraborty. *CODIS STR loci data from 41 sample populations*. *J. Forensic Sci.* 46 (2001) 453-489.

CARRACEDO, Ángel – BARRIOS, Francisco (eds). *Problemas bioestdísticos en genética forense*. Universidad de Santiago de Compostela. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 1996.

C.M. Ruitberg, D.J. Reeder and J.M. Butler. *STRBase: a short tandem repeat DNA database for the human identity testing community*. *Nucleic Acids Res.* 29 (2001) 320-322.

D.G. Wang, J.B. Fan, C.J. Siao, A. Berno, P. Young, R. Sapolsky, et al., *Largescale identification, mapping, and genotyping of single-nucleotide polymorphisms in the human genome*. Science 280 (1998) 1077-1082.

D. Tautz and M. Renz. *Simple sequences are ubiquitous repetitive components of eukaryotic genomes*. Nucleic Acids Res. 12 (1984) 4127-4138. E.A. Foster, M.A. Jobling, P.G. Taylor, P. Donnelly, P. de Knijff, R. Mieremet, et al., *Jefferson fathered slave's last child*. Nature 396 (1998) 27-28.

E.K. Hanson and J. Ballantyne. *Comprehensive annotated STR physical map of the human Y chromosome: Forensic implications*. Leg. Med.(Tokyo) (2005) 1-11.

GILBERT N. *Science in court: DNA's identity crisis*. Nature. 2010 Mar 18;464(7287):347-8.

J.C. Venter J C, M.D. Adams M D, E.W. Myers E W, P.W. Li, R.J. Mural R J, G.G. Sutton G, et al., *The sequence of the human genome*. Science 291 (2001) 1304-1351.

JENNET M, HASSINGA, BERNHEIM J. *Use of the HLA system in disputed paternity cases*. Vox Sang 1972;23:197-200.

J.G. Taylor, E.H. Choi, C.B. Foster and S.J. Chanock, *Using genetic variation to study human disease*. Trends Mol. Med. 7 (2001) 507-512. N. Hardman, Structure and function of repetitive DNA in eukaryotes. Biochem. J. 234 (1986) 1-11.

J. Li, J.M. Butler, Y. Tan, H. Lin, S. Royer, L. Ohler, et al., *Single nucleotide polymorphism determination using primer extension and time-of-flight mass spectrometry*. Electrophoresis 20 (1999) 1258-1265.

J.M. Butler and B.C. Levin. *Forensic applications of mitochondrial DNA*. Trends Biotechnol. 16 (1998) 158-162.

K.L. Richie, M.D. Goldsborough, M.M. Darfler, E.A. Benzinger, M.L. Lovekamp, D.J. Reeder, et al. *Long PCR for VNTR analysis*. J. Forensic Sci. 44 (1999) 1176-1185.

K. Mullis, F. Faloona, S. Scharf, R. Saiki, G. Horn and H. Erlich. *Specific enzymatic amplification of DNA in vitro: the polymerase chain reaction*. Cold Spring Harb. Symp. Quant. Biol. 51 (1986) 263-273.

LANDER ES, LINTON LM, BIRREN B, NUSBAUM C, ZODY MC, BALDWIN J, DEVON K., et al.. *Initial sequencing and analysis of the human genome*. Nature. 2001 Feb 15;409(6822):860-921. Erratum in: Nature 2001 Aug 2;412(6846):565. Nature 2001 Jun 7;411(6838):720.

M. Kayser, A. Caglià, D. Corach, N. Fretwell, C. Gehrig, G. Graziosi, et al. *Evaluation of Y chromosomal STRs: a multicenter study*. Int. J. Legal Med. 110 (1997) 125-133.

M.M. Holland, D.L. Fisher, L.G. Mitchell, W.C. Rodriguez, J.J. Canik, C.R. Merrill, et al., *Mitochondrial DNA sequence analysis of human skeletal remains: identification of remains from the Vietnam War*. J. Forensic Sci. 38 (1993) 542-553.

M.M. Holland and T.J. Parsons. *Mitochondrial DNA sequence analysis -validation and use for forensic casework*. Forensic Sci. Rev. 11 (1999) 21-50.
O'BLY R. *Quiet debut for the double helix*. Nature 2003; 421:402-405.

P. Gill, P.L. Ivanov, C. Kimpton, R. Piercy, N. Benson, G. Tully, et al., *Identification of the remains of the Romanov family by DNA analysis*. Nat. Genet. 6(1994) 130-135.

R. Chakraborty, D.N. Stivers, B. Su, Y. Zhong and B. Budowle. *The utility of short tandem repeat loci beyond human identification: implications for development of new DNA typing systems*. Electrophoresis 20 (1999) 1682-1696.

R.M. Andrews, I. Kubacka, P.F. Chinnery, R.N. Lightowlers, D.M. Turnbull and N. Howell. *Reanalysis and revision of the Cambridge reference sequence for human mitochondrial DNA*. Nat. Genet. 23 (1999) 147

S. Anderson, A.T. Bankier, B.G. Barrell, M.H. de Bruijn, A.R. Coulson, J. Drouin, et al., *Sequence and organization of the human mitochondrial genome*. Nature 290 (1981) 457-465.

STRACHAN T, READ A. *Human Molecular Genetics*, Third Edition, New York, Hardcover, 2003, 696.

WATSON JD, CRICK FHC. *Molecular structure or nucleic acids*. Nature 1953; 194; 737-738.

YUNIS, Emilio José – YUNIS, Juan José. *El ADN en la identificación humana*. Bogotá. Edit. Temis, 2002.

<http://www.appliedbiosystems.com/products>.

<http://www.promega.com/geneticidentity/>.

Avances en psicología familiar

Patricia Díaz Gordon

AVANCES EN PSICOLOGÍA FAMILIAR

AUTOR: Patricia Díaz Gordon
FECHA DE RECEPCIÓN: Abril 15 de 2010
DIRECCIÓN: pdiazgor@unab.edu.co

RESUMEN: La presente investigación ha sido presentada y expuesta en el programa de MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA, de la FACULTAD DE DERECHO de la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA, el 18 de febrero de 2010.

PALABRAS CLAVE: Psicología familiar, Desarrollo, Crianza, Autoridad, Autonomía, Autorregulación.

ABSTRAC: The present paper is a product of the research presented and exposed on the FAMILY LAW MAGISTER PROGRAM, from UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA LAW SCHOOL, the 18, February, 2010.

KEYWORDS: Family Psychology, Development, Parenting, Authority, Autonomy, Self-Regulation.

Avances en psicología familiar

Patricia Díaz Gordon*

Introducción

Desde el punto de vista psicológico, el tema de la familia es complejo, varios factores intervienen, entre los cuales se mencionan las diferencias individuales (características particulares, de cada persona que lo diferencian de otros), las experiencias de vida de cada miembro, la manera como cada uno enfrenta o maneja las emociones, el estrés, la solución de problemas, los conflictos, la comunicación de sus ideas y afecto. Así mismo, se encuentran factores como el rol que tiene cada miembro, la interacción ente roles, van generando parte de la dinámica familiar. Otra parte, son los factores del medio social (cultura, estatus), donde se encuentra la familia, las cuales interaccionan e inciden directamente en ella.

Atendiendo a los factores mencionados, no es posible abordar en el presente documento la complejidad misma del tema; en ese sentido, como avance, he escogido un asunto central: la crianza y dentro de ella, destacar el papel de la normas y el afecto para el ejercicio de la Autoridad, al igual que los modelos explicativos de crianza.

El tema de la crianza, hace referencia a las acciones cotidianas de los padres que ocurren en cualquier familia, incluso es uno de los factores que construye las bases dentro de la dinámica familiar para cimentar los aprendizajes sobre el tipo de comunicación, las relaciones interpersonales, resolución de los problemas, entre otras, la autoridad; esta última contribuye en los hijos con características de comportamiento del futuro adulto.

Igualmente, la crianza es una fuente de enseñanza de los padres y aprendizaje para los hijos respecto a asumir o no responsabilidad, el desarrollo de sentimientos de comprensión, solidaridad, respeto, consideración, manejo de normas, expresiones de afecto; incluso aporta a la personalidad de los hijos. En fin, se comparten y

* Psicóloga egresada de la Universidad del Norte, Uninorte. Especialista en Pedagogía para el aprendizaje de la Enseñanza de las matemáticas y la lecto-escritura, Convenio Universidad Externado de Colombia-UNAB. Magistra en Educación, Convenio Universidad Pontificia Javeriana-UNAB. Docente del Programa de Psicología de la Universidad Autónoma de Bucaramanga. Miembro activo de las Redes Nacionales de Laboratorios y de Investigadores de Psicología.

transmiten **normas, valores, costumbres, relaciones y creencias que a su vez vienen transmitidas por los abuelos de las respectivas familias.**

REFLEXIONES GENERALES ¹

El tema de la crianza es una preocupación permanente en los padres, independiente de la época, la cultura, las clases sociales. En las diferentes generaciones humanas, varias expresiones se repiten: “estos niños están muy desobedientes” “no hacen caso” “estos muchachos de ahora cada vez están peor” “los pájaros disparando a las escopetas” “no sé para donde va esta generación, desobediente” “no respetan” “yo soy el padre y tú el hijo, haga caso” se creen igual a uno” “igualados” “groseros” “no me conteste así” “no me abra los ojos cuando le hablo” “podrás tener los años que sean, pero a mí me respetas, soy tu madre”

Tales preocupaciones nacen de los resultados que se obtienen a través del tiempo, de las respuestas de los hijos frente a las acciones correctivas de los padres. También, porque a medida que avanzan las generaciones, unas a otras quieren mejorar, así los padres suelen expresar: “no cometeré los mismos errores de mis padres, como sucedió conmigo” “tengo que ser mejor que mis padres” “no seré como los abuelos, ni como mis papás” “a mi hijo lo criaré de modo diferente” “haré todo lo contrario de cómo me criaron”. Como quiera que sea, ser padres no tiene, ni forma parte de un proceso educativo formal conducente a título, tampoco existen fórmulas, medicamentos, procedimientos estandarizados.

Es muy complicado asumir roles en la vida cotidiana y el de padre combina varios factores que entran a jugar cuando se está criando. Por ejemplo, mientras estamos solteros, de manera literal, “luchamos contra nosotros mismos” muchas veces no nos comprendemos, no sabemos qué queremos y si sabemos qué queremos, entonces, no dejamos que nadie se interponga. Expresado de otra manera, no hay responsabilidad con otro, solo con uno mismo, en algunos casos, tampoco consigo mismo. En cambio, en la condición de padre, la situación cambia. Hay que responder por otro (cuando se desea tener hijos) es mejor, que cuando surgen inesperadamente), responder a demandas que los niños hacen, responder a comportamientos nuestros que no conocemos porque no lo habíamos vivido antes. Experimentar sentimientos nuevos, pensamientos, nuevos, acciones nuevas, es descubrirse a sí mismo en otro plano, circunstancias, necesidades, roles, vivencias, experiencias.

El descubrirse a sí mismo lleva a encontrarse con aquellos vacíos internos propios de que no teníamos conciencia, como los miedos sin resolver, las iras sin decir, resentimientos guardados, soledad sin compartir, tristezas acumuladas, inseguridades, el recuerdo de los maltratos, el recuerdo de la falta de abrazos, el padre ausente, la madre pasiva, o dominante, los castigos, entre otras.

¹ Este punto de reflexiones, es un aporte de mi experiencia que resumo como resultado de los 26 años de trabajo en consulta psicológica privada y talleres con padres de familia sobre crianza y autoridad.

Criar hijos es recordar lo vivido en la infancia, es volver a sentir, volver a recordar el pequeño que tenemos en nuestro interior, es sentir al hermano, la hermana, al padre, la madre experimentada y ahora ser ellos. Por eso, cuando estamos en ese rol de padre o madre o los dos, muchas veces no vemos al pequeño que se cría, no estamos viendo; ese vemos a nosotros mismos..... nos **recuerda quiénes somos**, ahí nos vemos en el espejo a través del hijo, por eso lo reproducimos o nos negamos a aceptarnos.

Saber quiénes somos, es una tarea difícil, pues no existen fórmulas, procedimientos o medicamentos para descubrirlo. Se revela ese interior nuestro en muchas facetas de la vida. Precisamente una de estas facetas es la crianza, hace evidentes mis fortalezas, debilidades y potencialidades.

Saber quiénes somos, es una tarea diaria de construcción de nosotros mismos para superar, mejorar, enriquecer complementar lo vivido. Entonces, ejercer la crianza es un camino acompañado de demandas y aportes para el crecimiento en dos sentidos, hijos-padres y padres hijos. Por eso, en la crianza es importante saber qué quiero, para donde voy, qué comparto con mi pareja, con mis hijos, cuándo mis miedos no me dejan ver al otro, cuando soy consciente de lo que pienso y siento para comunicarlo asertivamente o transmitirle todos mis temores o mis impotencias. Así, en la crianza, se comparten y transmiten normas, valores, costumbres, relaciones y creencias que, a su vez, vienen transmitidas por los abuelos de las respectivas familias.

LACRIANZA²

Cuando se habla de crianza se refiere al proceso de la familia para instruir, educar, y orientar a los niños y adolescentes, según lo manifiesta Gómez (2003). Considera el autor, que se trata de socializar y educar, desde la vivencia, por eso afirma que “Toda crianza es empírica” pues se basa en la experiencia.

Izzedin y Pachajoa (2009)³, presentan varias concepciones para explicar el termino crianza. “Deriva de creare que significa nutrir y alimentar al niño, orientar, instruir y dirigir (Real Academia Española, 2001)” Los mismo autores citan otros autores, como Eraso, Bravo&Delgado (2006), quienes se refieren a la crianza como el “entrenamiento y formación de los niños por los padres o por sustitutos de los padres.” Aportan otras definiciones como los “conocimientos, actitudes y creencias que los padres asumen en relación con la salud, la nutrición, la importancia de los ambientes físico y social y las oportunidades de aprendizaje de sus hijos en el hogar (...) La crianza del ser humano constituye la primera historia de amor sobre la que se edifica en gran parte la identidad del niño y se construye el ser social (p.1)”.

2 GÓMEZ RAMÍREZ, Juan Fernando. *La autoridad en el contexto de crianza humanizada*. Pediatra Profesor Facultad de Medicina UPB. Boletín 19 de 2003.

3 IZZEDIN BOUQUET, Romin y PACHAJOA LONDOÑO, Alejandro. *Pautas, prácticas y creencias acerca de crianza... ayer y hoy*. Fundación Universitaria Los Libertadores. Octubre de 2009. Artículo de internet extraído el día, 13 de febrero de 2010. En Red. http://www.revistaliberabit.com/liberabit15_2/revista_liberabit_n15_5.pdf.

En la crianza la relación está caracterizada por el poder que ejercen los padres sobre los hijos y la influencia mutua (Bocanegra, 2007). Según Aguirre (2000) “las prácticas de crianza (...) es un proceso. Esto quiere decir, que son “un conjunto de acciones concatenadas, que cuenta un inicio y que se va desarrollando conforme pasa el tiempo” (p.5). Las prácticas son acciones, comportamientos aprendidos de los padres ya sea a raíz de su propia educación como por imitación y se exponen para guiar las conductas de los niños. Finalmente, las creencias hacen referencia al conocimiento acerca de cómo se debe criar un niño, a las explicaciones que brindan los padres sobre la forma como encausan las acciones de sus hijos.

Aguirre (2000) afirma: “(...) son certezas compartidas por los miembros de un grupo, que brindan fundamento y seguridad al proceso de crianza”. “(...) en las creencias confluyen tanto conocimientos prácticos acumulados a lo largo del tiempo, como valores expresados en escalas que priorizan unos valores frente a otros (p.7).” El autor, concluye que para trabajar con crianza, es necesario el conocimiento de la relación con el desarrollo infantil, las diferentes concepciones de niño, la clase social, las costumbres y normas socio-históricas y culturales.

Gómez (2003) agrega a la crianza cuatro elementos que la constituyen:

- ? *Conocimientos, actitudes y prácticas.*
- ? *Los conocimientos: lo que es.*
- ? *Las actitudes: lo que debe ser.*
- ? *Las prácticas: lo que se hace, se transmiten valores, normas, usos y costumbres.*

Para Gómez (2003) la crianza implica tres procesos psicosociales, las pautas de crianza, las prácticas de crianza y las creencias acerca de la crianza. Expresa que las pautas se relacionan con las reglas (normatividad) que estipulan los padres para regular el comportamiento de los hijos, estas acciones reguladoras se convierten en transmisoras de “significaciones sociales”. Considera que “cada cultura provee las pautas de crianza de sus niños.” Por otro lado, explica que las prácticas de crianza se ubican en el “contexto de las relaciones entre los miembros de la familia en que los padres juegan un papel importante en la educación de sus hijos.”

Entonces, se puede afirmar que la crianza se en-marca en el vínculo afectivo que los padres establecen con sus hijos. Por eso, la significación de la norma adquiere el sentido desde la expresión afectiva cuando se genera la norma.

Gómez (2002) dice que la crianza en el marco afectivo, busca:

- “La construcción y reconstrucción de aprendizajes conscientes e inconscientes de las interacciones a lo largo de la vida (socialización)”.
- “Relación de doble vía, pues al mismo tiempo los adultos acompañantes en la crianza están modificando su propio desarrollo”.

Aclara Gómez (2003) que al estar mediada por el vínculo afectivo y la experiencia, se puede correr el riesgo de “convertirse en deshumanizada, ... pretende que niños y adolescentes hagan, alcancen, esperen, necesiten, sientan, les guste y sean lo que los cuidadores quieren.”

De ahí que el autor Gómez (2003), propone que se orienten las prácticas de crianza más humanizadas, que “no sean empíricas, con orientación, de elementos humanizantes, hay posibilidad que tengan éxito en la formación de niños y adolescentes.” Considera a los niños y adolescentes como “gestores de su propio desarrollo, con los cuidadores adultos como modelos, pues como afirma el político francés Jean Jaurés, *no se enseña lo que se sabe, no se enseña lo que se quiere, se enseña lo que se es*”.

Para que las prácticas de crianza sean o no humanizantes, se indica que están determinadas por varios aspectos que menciona sobre las características de la familia:

- Tamaño: número de integrantes, familias nucleares, familias extensas, compuestas, entre otras.
- Creencias: de todos los miembros según la cultura del medio, la de cada miembro y las particulares de los padres transmitidas por generación,
- Manejo de la norma: asociada con el estilo de autoridad, la disciplina, el auto control.
- Otros: Nivel de instrucción, estrato, valores, patrones de crianza previos de los padres.
- Los lazos interactivos en ellos: dominio, cercanía, distancia.

En las características mencionadas, se destacan las normas, ocupan un papel muy importante no solo en la regulación de la convivencia, también se encuentran presentes en otros espacios humanos de socialización. Por eso, Gómez (2003) plantea que hay tres escenarios de crianza en los que se aceptan o no comportamientos para la convivencia:

- Primer escenario de crianza: La familia, hace la socialización primaria, se encarga de las primeras bases de educación, con la crianza.
- Segundo escenario de crianza: La escuela.
- El tercer escenario de crianza: La sociedad.

Las normas como medio de socialización, al mismo tiempo, facilitan que niños y adolescentes adquieran disciplina. Cuando la norma se interioriza, queda instaurada en la mente de la persona, permite que tengan autocontrol. Se busca que cada escenario humano establezca normas que ponen límites y sirvan para ser obedecidas. Los límites demarcan y establecen las normas y reglas de cada familia. De este modo, en la medida que se usan normas, se crean rutinas y éstos hábitos, a su vez, se genera disciplina, que es una derivación del uso de las normas.

En relación a la disciplina⁴, Robin (2004) expone que “los padres necesitan dividir las cosas que pueden negociarse y las que no. Hay una diferencia importante entre las cosas que pueden manejarse democráticamente y las que no. Cada padre tiene una serie de aspectos referentes a reglas básicas para vivir en una sociedad civilizada, valores, moralidad, legalidad, los cuales no están sujetos a negociación. Esto incluye entre otras cosas la cuestión del uso de drogas, alcohol, aspectos de sexualidad, religión.” Así lo confirma Chouhy (2002):

“La capacidad de controlar impulsos es necesaria para que una persona pueda funcionar dentro de la ley. Es imprescindible tener incorporada la capacidad de postergar en el tiempo la gratificación, de resistir el impulso a actuar para gratificarse en un momento determinado. Es un componente crítico de la conducta responsable del individuo en sociedad, pero no el único, es también necesaria la capacidad de registrar y tener en cuenta los sentimientos de otras personas, es decir tener capacidad de empatía.”⁵

Atendiendo a la necesidad de la norma en la crianza, Gómez (2003), informa:

- “La norma es la regla que se debe seguir o aquello a lo que se deben ajustar las conductas, tareas, actividades, etcétera”.
- “La norma debe ser entendida como algo para el bien de niños, niñas y adolescentes: siempre debe haber un referente normativo como elemento imprescindible para la construcción y reconstrucción de la autoestima, la autonomía, la autocrítica y el autocuidado”.

Entonces, la finalidad de la norma en el comportamiento humano es: Incorporarse en el modo de ser de cada niño y adolescente. Regular la conducta, AUTONOMÍA-AUTORREGULACIÓN.

PROCESO DE ADQUISICIÓN DE NORMAS EN NIÑOS Y ADOLESCENTES

Lograr que se incorporen la normas, implica saber de qué manera sucede. Por tanto es necesario conocer cómo ocurre el proceso de comprender y asumir las normas por parte de los niños. A continuación presento las etapas del desarrollo de los niños.

En Psicología, los autores Piaget y Kolher crearon una teoría que explica el desarrollo de las etapas morales en el niño.

4 ARTHUR L., Robin. *Principios para los padres de adolescentes con TDAH*. Asociación Mexicana para el Déficit de Atención, Hiperactividad y Trastornos asociados. 2004. **En Red:** <http://www.deficitdeatencion.org/adolesc09.htm>.

5 CHOUHY, Ricardo. *Función paterna y familia monoparental: ¿cuál es el costo de prescindir del padre?* *Psicología y Psicopedagogía*. Publicación virtual de la Facultad de Psicología y Psicopedagogía de la USAL Año I N° 2 Junio 2000.

Desarrollo de las etapas morales en el niño según Piaget

Piaget se basó en dos aspectos del razonamiento moral para formular su teoría: El respeto por las reglas y la idea de justicia de los niños. Su objetivo no es estudiar en qué consiste la moralidad; se dedica a observar cómo se desarrolla. Para ese autor, carecen de importancia los juicios morales que tiene y emite el sujeto. Su interés se sitúa en indagar cómo es que éstos se originan. Para su estudio, emplea el método clínico-crítico, apoyado en la observación; desde esa postura, revisa la actitud de los niños, cómo se comportan unos frente a otros, la manera como practican las reglas, la conciencia que tienen de ellas, soportada en la capacidad cognitiva del niño para comprenderlas

Se dio cuenta que existe una gran diferencia entre lo que uno ve hacer al niño en la práctica, y lo que hay en su conciencia. Concluye que para el desarrollo moral lo fundamental es la acción cotidiana con los otros. Este desarrollo moral se va dando gracias a que el niño va experimentando la vida con los demás.

Etapas premorales

Esta etapa abarca los cinco primeros años de la vida del niño, cuando aún no tiene mucha conciencia o consideración por las reglas. Los niños de 0-2 años, la postura de límites, se hace mediante la repetición de las rutinas hogareñas para la formación de hábitos. Significa que el padre y la madre o cuidador establece horarios como normas para satisfacer las necesidades del menor e ir estructurando su comportamiento y crear espacios de seguridad, por eso son importantes las rutinas de sueño, de alimentación, de aseo, de afecto.

De 2-5 años son *egocéntricos*, *no pueden comprender los puntos de vista de otros*, *se rigen por sus deseos*, *pretenden hacer lo que quieren*. *Regido por normas impuestas de los cuidadores adultos, determinadas por la historia familiar y cultural*. *En este periodo, la incorporación de las normas significa el comienzo de cooperación*, y la obediencia es situacional, esto es, se obedece para evitar el castigo (por miedo), para obtener recompensas o por amor a los adultos que ejercen la autoridad sanamente. Se cumple la norma porque hay alguien vigilando su cumplimiento: *no se sacan las galletas sin permiso cuando la mamá está en casa pendiente*. *El mejor método para facilitar esta incorporación, como todo el desarrollo del niño, es el juego*.

Etapas heterónomas o del realismo moral

Esta etapa se da entre los 5 y los 10 años. Los niños en esta edad tienden a considerar que las reglas son impuestas por figuras de autoridad poderosas, como podrían ser sus padres, Dios o la policía. Piensan además que las normas son sagradas e inalterables, abordan cualquier asunto moral desde una perspectiva dicotómica de bien o mal, y creen en una justicia inmanente, es decir, piensan que cualquier mal acto, tarde o temprano será castigado. **Las normas son más acordadas que impuestas, se incorporan con cooperación** y la obediencia es comprometida, con disposición del menor para obedecer conscientemente. La norma rige su vida, hay convicción, es una necesidad, no hay que vigilarlo para que

se cumpla: por ejemplo, *no se prende el televisor en horas no acordadas a pesar de que los padres no estén en la casa. El mejor método para facilitar esta incorporación, como todo el desarrollo en del niño, es el juego.*

Etapa autónoma

A partir de los 10 años los niños ya se percatan de que las reglas son acuerdos arbitrarios que pueden ser impugnados y modificados con el consentimiento de las personas a las que rigen. Creen que las reglas pueden ser violadas para atender las necesidades humanas y tienen en cuenta la intencionalidad del actor más que las consecuencias del acto. Han aprendido que algunos crímenes pasan inadvertidos y no son castigados. En la adolescencia, las normas deben ser siempre en consenso con los adolescentes, tanto hombres como mujeres y entre los cuidadores adultos entre sí. Se incorporan las normas sólo por cooperación y la obediencia llega al punto máximo del compromiso, lo que es la base para que la regla sea un estilo de vida.

Desarrollo de la Moral según Kohlberg

Kohlberg descubrió que el razonamiento moral parece evolucionar y complicarse progresivamente a lo largo de la adolescencia y hasta la edad adulta joven, ya que depende del desarrollo de ciertas capacidades cognitivas que evolucionan según una secuencia invariable de tres niveles, cada uno de ellos compuesto de dos etapas morales distintas. Cada etapa refleja un método de razonamiento frente al planteamiento de dilemas morales. Kohlberg afirmaba que a pesar del vínculo estrecho entre desarrollo moral y desarrollo cognitivo, el crecimiento de este último no era suficiente para garantizar el desarrollo moral, y que la mayoría de los adultos nunca llegarían a pasar de la etapa 5 del desarrollo moral.

Moral preconventional. Se da entre los 4 y los 10 años de edad. A esta edad las personas actúan bajo controles externos. Obedecen las reglas para evitar castigos y obtener recompensas o por egoísmo.

Etapa 1

Esta etapa fue definida por Kohlberg como la de "orientación hacia el castigo y la obediencia". En esta etapa la bondad o maldad de un acto dependen de sus consecuencias.

Etapa 2

Esta etapa fue definida por Kohlberg como la de "hedonismo ingenuo". En esta etapa las personas siguen las reglas con fines egoístas. Se valoran los actos en función de las necesidades que satisfacen. Moral convencional.

Etapa 3

Definida por Kohlberg como la etapa de "orientación del niño bueno". En esta etapa los actos se valoran según complazcan, ayuden o sean aprobados por los demás. Se evalúa la intención del actor y se tienen en cuenta las circunstancias.

Etapa 4

Esta es la etapa de la "preocupación y conciencia sociales". En ella se toma en consideración la voluntad de la sociedad reflejada en la ley: lo correcto es la obediencia a la norma, no por temor al castigo sino por la creencia de que la ley mantiene el orden social, por lo que no debe transgredirse a manos que haya un motivo que lo exija. Moral postconvencional.

Etapa 5

Se trata de la etapa de la "orientación del contrato social". Las personas piensan en términos racionales, valoran la voluntad de la mayoría y el bienestar de la sociedad. Las leyes que comprometen los derechos humanos o la dignidad son consideradas injustas y merecen desafío. Sin embargo, la obediencia a la ley se sigue considerando mejor para la sociedad a largo plazo.

Etapa 6

La sexta etapa del desarrollo moral según Kohlberg es la de "moralidad de principios éticos universales". El individuo define el bien y el mal basado en principios éticos elegidos por él mismo, de su propia conciencia. Se basan en normas abstractas de justicia y respeto por todos los seres humanos que trascienden cualquier ley o contrato social. Se actúa de acuerdo con normas interiorizadas y se actuará mal si se va en contra de estos principios.

Revisión de la teoría

Con el tiempo Kohlberg planteó una séptima etapa o etapa cósmica, propia de personas que alcanzan un razonamiento moral basado en un pensamiento ético y religioso que envuelve una perspectiva y una vivencia cósmica y existencial de la vida y del mundo, reservado para personalidades como Gandhi o Martin Luther King. También rectificó sus afirmaciones de que no todos los adultos alcanzan las máximas etapas de desarrollo moral: plantea Kohlberg que sí llegan, pero la aplican en diferentes planos y en circunstancias específicas de su vida.

CRIANZA Y AUTORIDAD

La familia se encarga de la crianza; cuando lo hace, define los estilos de autoridad que se desarrollan en ellas, lo cual muestra los estilos de socialización y en consecuencia, las conductas de los padres en cada estilo. Cuando los encargados de la crianza no tienen clara la importancia del ejercicio de la autoridad, así como del para qué y por qué ejercerla, pueden llegar a recurrir a otras formas que conducen a acciones violentas entre las cuales se pueden mencionar el abandono, posturas falsas, dificultad para amar a los hijos, suplir las necesidades materiales y no afectivas (no disfrutan, ni comparten)...

“El buen ejercicio de la autoridad en la crianza tiene como función enseñar a obedecer responsablemente dentro de un proceso gradual de socialización, entendida ésta como convivencia en democracia, objetivo primordial de la crianza.

Es muy importante distinguir entre autoridad y autoritarismo. La autoridad es el influjo que se ejerce sobre los demás basado en el mutuo respeto e inspirado en demandas racionales formuladas dentro de un referente dialógico y democrático. Es un ascendiente que, en la crianza, se fortalece en la cotidianidad como producto del acompañamiento comprometido y afectuoso. El autoritarismo, por el contrario, se fundamenta en la imposición, es irreflexivo y se refiere más a la forma de proceder con los niños que a la de relacionarse con ellos.”⁷

Con respecto a la crianza misma, intervienen dos elementos centrales: el afecto y las normas. Estas son las que determinan el estilo de la crianza (revela nuestras fortalezas y debilidades) y en consecuencia, el comportamiento de los hijos. A continuación se presentan cuatro básicas:

Combinando estas cuatro dimensiones⁷, se pueden distinguir cuatro tipos de padres, según las prácticas educativas utilizadas. Estas cuatro posibilidades son los estilos de educación más frecuentemente referidos en la investigación psicológica: democrático, autoritario, permisivo e indiferente. Aunque a veces no se encaje del todo en uno de los patrones, el comportamiento predominante de la mayor parte de los padres se asemeja a uno u otro de estos estilos principales.

Estilo autoritario⁸

Se denomina así el estilo que ponen en práctica los padres autoritarios, que se caracterizan por manifestar alto nivel de control y de exigencias de madurez y bajos niveles de comunicación y afecto explícito. Lo predominante es la existencia de abundantes normas y la exigencia de una obediencia bastante estricta. Dedicar esfuerzo a influir, controlar, evaluar el comportamiento y las actitudes de sus hijos de acuerdo con patrones rígidos preestablecidos. Estos padres dan gran importancia a la obediencia, a la autoridad, al uso del castigo y de medidas disciplinarias, y no facilitan el diálogo. Las normas que definen la buena conducta son exigentes y se castiga con rigor la mala conducta. La comunicación entre cada uno de los progenitores y el niño es pobre.

Las consecuencias de esta práctica de autoridad se distinguen en los hijos porque tienden a presentar autoestima más baja, dependen mucho del control externo

6 GÓMEZ RAMÍREZ, Juan Fernando. *La autoridad en el contexto de crianza humanizada*. Pediatra Profesor Facultad de Medicina UPB. Boletín 19 de 2003.

7 Estudios pedagógicos (Valdivia) versión On-line ISSN 0718-0705 v.31 n.2 Valdivia 2005. doi: 10.4067/S0718-07052005000200011.

En red: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071807052005000200011&script=sci_arttext&tlng=pt
8 Reproducción textual de Peña Ramos Martha Olivia. *Crianza y desarrollo infantil en familias rurales de la región sur del estado de Sonora*. Centro de investigación en alimentación y desarrollo, a.c. tesis aprobada por la Dirección de desarrollo regional como requisito parcial para obtener el grado de Maestría en desarrollo regional. Hermosillo, Sonora, México. 2004.

hasta el punto de tener manifestaciones impulsivas o agresivas cuando ese control no está presente, con lo que su conducta parece más controlada desde afuera de los principios internos. Pueden presentar conductas de oposición, rebeldía o pasividad, sometimiento, miedo. Como adultos llegan a vincularse afectivamente de manera inconsciente con parejas autoritarias o pasivas.

Estilo democrático

Deriva su nombre de la práctica educativa de padres democráticos, que son los que presentan niveles altos en comunicación, afecto, control y exigencias de madurez. En consecuencia, son afectuosos, refuerzan el comportamiento, evitan el castigo y son sensibles a las peticiones de atención del niño; no son indulgentes, sino que dirigen y controlan siendo conscientes de los sentimientos y capacidades; explican razones no rindiéndose a caprichos y plantean exigencias e independencia. También se puede definir el estilo democrático en función de evitar las decisiones arbitrarias, el elevado nivel de interacción verbal, la explicación de razones cuando dan normas y el uso de respuestas satisfactorias. Los padres marcan límites y ofrecen orientaciones a sus hijos, están dispuestos a escuchar sus ideas y a llegar a acuerdos con ellos.

Los hijos de este estilo de autoridad, se destacan por su competencia social, por su elevada autoestima. Capacidad de control, mayor independencia y la capacidad de posponer la satisfacción inmediata de sus necesidades o apetencias. Poseen mayor tolerancia a la frustración y en general presentan mejores procesos de adaptación. En su vida adulta, suelen elegir parejas con relaciones más estables, solidarias y con buen desarrollo de la autonomía entre la pareja.

Estilo permisivo

Es el estilo practicado por padres permisivos, que son los padres caracterizados por un nivel bajo de control y exigencias de madurez, pero con un nivel alto de comunicación y afecto. Se caracterizan precisamente por el afecto y el dejar hacer. Manifiestan una actitud positiva hacia el comportamiento del niño, aceptan sus conductas y usan poco el castigo. Consultan al niño sobre decisiones; no exigen responsabilidades ni orden; permiten al niño autoorganizarse, no existiendo normas que estructuren su vida cotidiana; utilizan el razonamiento, pero rechazan el poder y el control sobre el niño.

Las consecuencias de este tipo de autoridad, en los hijos, es que son alegres, vitales y creativos pero muestran dificultad para el control de sus impulsos, para posponer sus gratificaciones o persistir en la tarea, mostrándose más sensibles a la presión de sus compañeros. Son personas que se distinguen por baja exigencia personal en la mayoría de sus áreas, baja responsabilidad.

En las reformulaciones, MacCoby & Martin (1983) proponen otros dos estilos, ya que el estilo permisivo puede adoptar dos formas distintas: el democrático-indulgente que es un estilo permisivo y cariñoso, y el de rechazo-abandono o indiferente, que se caracteriza por una actitud fría, distante y asociada a maltratos.

Estilo indiferente o de rechazo-abandono

Es el estilo de crianza utilizado por padres que rechazan y son negligentes, que no son receptivos ni exigentes y a quienes sus hijos parecen serles indiferentes. Al niño se le da tan poco como se le exige, pues los padres presentan unos niveles muy bajos en las cuatro dimensiones: afecto, comunicación, control y exigencias de madurez. No hay apenas normas que cumplir, pero tampoco hay afecto que compartir; siendo lo más destacable la escasa intensidad de los apegos y la relativa indiferencia respecto de las conductas del niño. Los padres parecen actuar bajo el principio de no tener problemas o de minimizar los que se presentan, con escasa implicación y esfuerzo.

El comportamiento de los hijos, derivados de ese ejercicio de autoridad, los lleva a presentar un perfil más problemático, valores pobres en identidad y autoestima con dificultades de autocontrol y de relaciones con los iguales, con mayor propensión a los conflictos personales y sociales.

Estilo permisivo-democrático-indulgente

Es sobreprotector y caracterizado por el *laissez-faire*. Los padres rara vez castigan, orientan o controlan a sus hijos, pero son cariñosos y se comunican bien con ellos. Grolnick & Ryan (1989) clasifican las prácticas de crianza en tres dimensiones principales: técnicas de apoyo a la autonomía, que es el grado en que los padres valoran y utilizan técnicas encaminadas a la solución de problemas: elección y participación en decisiones de modo independiente. En contraste con las técnicas de apoyo a la autonomía, están las técnicas dictatoriales, punitivas o controladoras. Técnicas de estructuración que consisten en proporcionar guías claras y consistentes, expectativas y reglas de conducta del niño.

En el extremo opuesto estarían las técnicas no estructuradas o la ausencia total de reglas de conducta del niño. Técnicas de implicación o grado en que los padres están interesados y toman parte en las actividades de la vida del niño. Reflejan la dedicación y la atención positiva de los padres al proceso de crianza del niño y facilitan tanto la identificación como la internalización de valores sociales. En el extremo opuesto, se situarían los padres no involucrados ni interesados en tomar parte en las actividades de la vida del niño.

Igualmente, tanto Block (1981) como Dekovic, Janssens & Guerris (1991), agrupan las prácticas de crianza en torno a tres factores: apoyo (calidez y responsabilidad), afirmación de poder (control autoritario), y exigencia e inducción (control democrático).

En resumen, lo importante es orientar a los hijos en su desarrollo, valiéndonos de nuestras convicciones y valores, también, de nuestra condición de "ser padres". Hay que enseñarles que las normas, hábitos y límites son educativos, haciendo uso de una autoridad positiva, de respeto, de paciencia y con amor.

El ejercicio de la autoridad es para siempre, algunas veces no se obtiene lo deseado, pero hay que insistir.

MODELOS EXPLICATIVOS DE LA CRIANZA

Aspectos generales⁹

Durante los últimos diez años el desarrollo del niño se ha contextualizado a partir de los elementos que integran las relaciones, humanas, familiares, sociales, ambientales, culturales y económicas, que facilitan o dificultan el proceso de desarrollo, que puede verse favorecido a través de la estimulación que se le proporciona al niño; este proceso se gesta en un contexto familiar, donde la madre es la principal cuidadora (Vera, Domínguez 1996).

El apego de la madre con el niño, está relacionada con el desarrollo de las capacidades y habilidades básicas del niño de acuerdo con la edad cronológica, por tanto la madre cumplirá funciones específicas, activas y de ajuste: A) Mantener con vida al bebé y hacerlo crecer; B) Relacionarse afectivamente de forma natural y garantizar el desarrollo psicológico del niño; C) La madre sabrá cómo crear y permitir los sistemas de apoyo (Bowlby, 1995; Stern 1991; y Winnicot 1979, citado en Peña, 2004).

Las redes de apoyo en zonas rurales funcionan como recurso donde acuden la familia o a la madre para satisfacer necesidades de ajuste económico, emocional, cuidado del niño, solución de conflictos, relaciones sociales, además de mantener la creencia y la práctica de los elementos culturales para el desarrollo y crecimiento del infante. Roteinberg (2001) menciona que son necesarias las redes de apoyo para que las madres atiendan de manera adecuada al niño En las teorías planteadas se ha considerado que la crianza debe cubrir necesidades de tipo afectivo, condiciones para la exploración, el aprendizaje y experiencias que estimulen el desarrollo; otros autores plantean que es un proceso complejo de elementos relacionados con el cuidado asistencial del niño, establecimiento de normas disciplinarias, aunado a los conocimientos, actitudes, creencias y comportamientos de los padres, funcionan como medio de socialización entre los padres hacia los hijos; de esta manera, el proceso del cuidado asistencial, establecimiento de normas y disciplinas, relacionados con los conocimientos, las actitudes y comportamiento de los padres favorecen el desarrollo del infante (Villegas, 2000).

Para Webster-Stratton (1999); Vera, Calderón y Torres, (2007), la crianza es un concepto fundamental en el desarrollo del hombre; las percepciones y actitudes paternas influyen fuertemente en la formación del nuevo ser. La crianza es la conformación de elementos histórico-socio-culturales que integran aspectos básicos para la reproducción social, incluyendo las costumbres, lenguas y la educación de los padres, las cuales se relacionan con el proceso de crecimiento y bienestar del niño y varían de acuerdo con las expectativas del núcleo familiar y

⁹ La explicación de los modelos de crianza ha sido reproducido textualmente del documento publicado por Internet de Pérez Gómez Gerardo Jesús y González Domínguez María Concepción, para obtener el título de: Licenciatura en Etnopsicología. Es una Tesis sobre Crianza y Desarrollo infantil en familias Yoreme-Mayo en el norte de Sinaloa. Universidad Autónoma de México. Sinaloa, México, diciembre 2007.

redes de apoyo. Los estudios respecto a crianza han generado modelos que tratan de explicar cada uno de los elementos y sus funciones que integran el complejo social: Macro, micro, meso, exosistema y sus relaciones con el desarrollo del infante. A continuación presentamos los modelos psicológicos de crianza, que exponen el ejercicio de la crianza a partir de las variables psicosociales de la paternidad.

En el esfuerzo por un mejor entendimiento y descripción de la crianza se ha desarrollado un gran número de estudios. En un inicio el ejercicio de la crianza era explicado basándose en la disfunción de los padres que maltrataban a sus hijos. Se elabora un modelo explicativo de crianza que toma los datos de los estudios sobre maltrato, logrando identificar que las características de la madre, características del niño y las fuentes de apoyo, son elementos.

MODELOS¹⁰

Modelo de crianza de Belsky

De la extensión del modelo de maltrato infantil, Belsky (1984) retoma los elementos: personalidad de la madre, características del niño y los componentes contextuales en la interacción padre-hijo, como la relación de pareja y la fuente de estrés y apoyo, y propone su modelo “Determinantes de la crianza”. Parte del supuesto de que una personalidad madura y saludable va a ser permitida por sentimientos de apoyo de los padres en la niñez. Esta personalidad saludable y madura será capaz de brindar oportunidades para garantizar un desarrollo y cuidados de las personas a su cargo. Con apoyo en la perspectiva ecológica, Belsky describe que la paternidad competente surge de la idea que la crianza es un sistema protegido donde el bienestar psicológico de los padres es el elemento mediador en la práctica competente de la crianza.

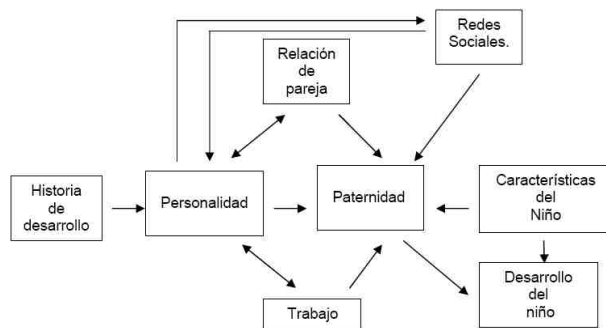


Fig. 6. Elementos propuestos para la explicación de determinantes de la crianza (Belsky, 1984).

10 Reproducción textual de Peña Ramos Martha Olivia. Crianza y Desarrollo infantil en familias rurales de la región sur del estado de Sonora. Centro de investigación en alimentación y desarrollo, a.c. Tesis aprobada por la Dirección de desarrollo regional como requisito parcial para obtener el grado de Maestría en desarrollo regional. Hermosillo, Sonora, México. 2004.

En su estudio Belsky concluye tres aspectos: a) el ejercicio de la crianza es multideterminado por características de la madre y del niño, también por fuentes de estrés y apoyo; b) tanto las características de los padres, del niño y el contexto social no tienen el mismo peso sobre la crianza, y por último, tanto la personalidad de los padres como la historia de su desarrollo influye de manera indirecta, pues primero afectan la relación de pareja, las redes sociales y la experiencia relacionada con el trabajo.

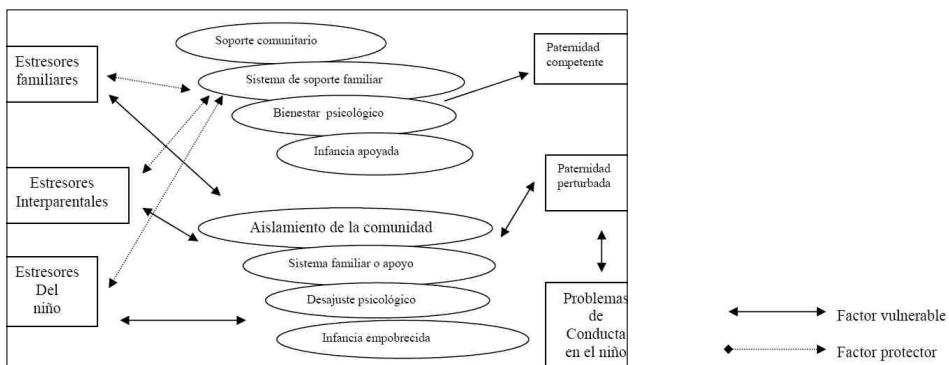
La paternidad competente, que provee de cuidados y de oportunidad de interacción con eventos más complejos está mediada por el bienestar de la madre o del principal cuidador. Para que la paternidad no se vea afectada se deben buscar elementos que aminoren los efectos negativos en el bienestar de la madre. Dentro de las propuestas el autor sugiere que la fuente de apoyo tiene un efecto positivo en el bienestar, y lo importante es el beneficio del apoyo para el funcionamiento adecuado de los padres. Para Belsky, la relación con la pareja es la fuente básica de apoyo, pues es ahí donde existe la mayor inversión emocional y de tiempo.

3.2 Modelo de crianza Webster-Stratton

Con la finalidad de conocer los elementos que determinan la percepción de los padres sobre la conducta de sus hijos y las interacciones familiares, Webster-Stratton (1990) propone un modelo, en el que representa los efectos acumulativos de los eventos extrafamiliares (bajo nivel socioeconómico, desempleo y problemas cotidianos), “estresores” de los padres (divorcio, problemas maritales, padres solteros); “estresores” del niño (problemas de conductas y temperamento difícil) y la intervención de elementos como apoyo comunitario, bienestar psicológico, un sistema familiar apoyador y una niñez satisfactoria como componentes que amortiguan los efectos acumulativos de los eventos estresantes. Este modelo asume que las condiciones estresantes tales como los eventos extrafamiliares, “estresores” entre los padres y “estresores” debido al niño, son acontecimientos en los cuales los padres tendrán que instrumentar estrategias que permitan enfrentar estas situaciones.

Entonces, un buen funcionamiento de los padres y una efectiva interacción con sus hijos dependerá del bienestar psicológico de los padres y de la accesibilidad del apoyo social.

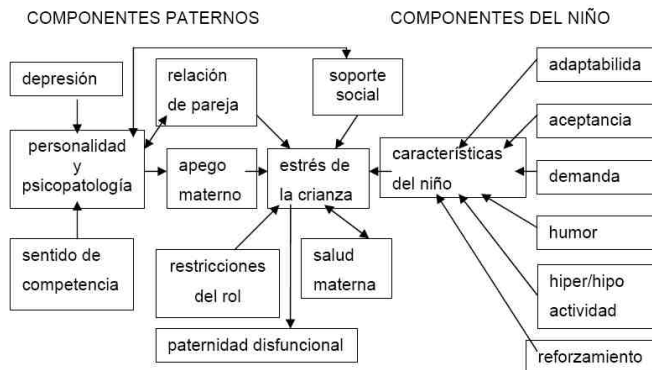
En la figura, se muestran los componentes del Modelo explicativo de los componentes de la paternidad (Webster-Stratton, 1990).



3.3. Modelo de crianza de Richard R. Abidin

Abidin (1990), Abidin y Brunner, J. (1995) suponen que los “estresores” o fuentes de estrés son aditivos y multidimensionales en origen y clase. Las fuentes de estrés van desde eventos de vida estresantes como la muerte de un familiar, hasta los sentimientos subjetivos de las madres por sus responsabilidades de la crianza. Los autores diseñaron una herramienta que provee de información de las características de la madre y el hijo que pueda ser generador de estrés (véase figura 8).

Figura 8. Modelo de Richard R. Abidin



El inventario se inclina a evaluar las percepciones de la madre con relación a las características del hijo y de ella misma. Montiel y Vera (2000) describen las variables que integran este instrumento para población urbana o rural. La dimensión de las características del niño, en puntajes altos, se asocia con los niños que muestran cualidades y conductas que dificultan el rol de la crianza. En ellas se encuentran: La adaptabilidad, aceptación del niño por los padres, demanda del niño, humor del niño, distractividad del niño, reforzamiento hacia sus padres.

La dimensión de la madre en puntajes altos refleja un sentimiento de incompetencia para las tareas de la crianza y muestra áreas de naturaleza disposicional que contribuyen a los problemas de interacción. Esta dimensión se conforma por: Depresión, infelicidad y culpa de los padres, apego parental, restricción impuesta por el papel de madre, sentimiento de competencia de los padres, aislamiento social y, por último, salud de la madre.

El manejo del instrumento ha sido útil para identificar oportunamente factores estresantes, evaluar la efectividad de la intervención terapéutica, investigar los efectos del estrés en la conducta materna y su interacción con otras variables psicológicas (Abidin, 1992) Este inventario se explica con mayor extensión en el apartado de método.

Modelo de crianza de Vera y Velasco

Vera-Velasco (2000) proponen el modelo de correlación donde se exponen algunas

características de personalidad de la madre y la evaluación subjetiva de la participación del padre implicados en el desarrollo del niño. Este modelo se desarrolló bajo los principios de los modelos anteriormente expuestos y retoma las variables autoconcepto, depresión y apoyo percibido (coparticipación percibida de la pareja en tareas de la crianza), como variables intermedias; estimulación en el hogar y estrés paterno como variables próximas al desarrollo cognitivo del niño. En resumen son analizadas estas variables para identificar la relación entre las características maternas, la coparticipación percibida y la estimulación.

De acuerdo con el orden lógico encontrado en estudios anteriores (Belsky, 1984; Domínguez, 1996) las características maternas, percepción de la coparticipación de la pareja en la crianza (apoyo percibido), estimulación y desarrollo cognitivo se relacionan. Aunque estadísticamente muchas de estas correlaciones son débiles, la evidencia muestra que las variables maternas como autoconcepto, depresión, autoritarismo y algunas relacionadas con la pareja y el trabajo inciden en el desarrollo del niño (Webster-Stratton, 1990; Vera, 1996). En la figura 9 se muestran los valores de correlación para las variables que inciden en el desarrollo cognitivo.

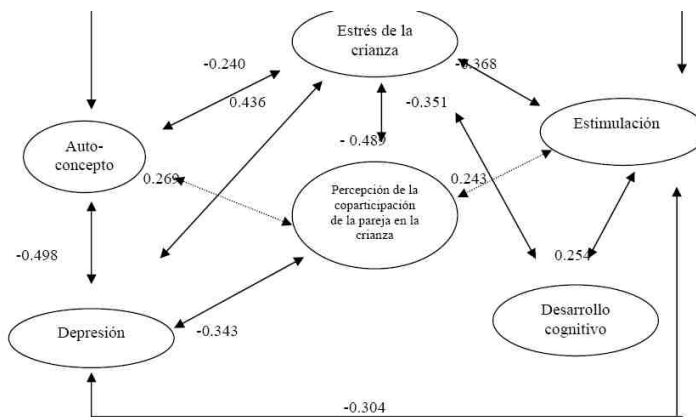


Fig. 9. Modelo de correlación para las variables que inciden en el desarrollo cognitivo de niños urbanos de Hermosillo, Sonora. (Vera-Velasco, 2000).

Modelo o estructura correlacional propuesta

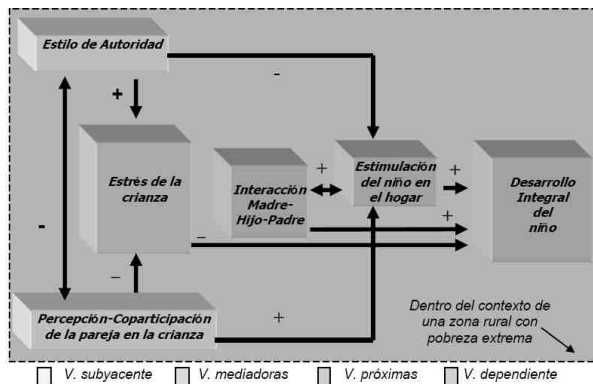
Después de hacer un repaso de las anteriores aproximaciones, en donde se describen las variables que inciden en la crianza y desarrollo del niño, podemos percatarnos de que ninguno corresponde a infantes rurales; estos estudios se enfocaron en niños mayores de 5 años o a niños de zona urbana estadounidense. Por lo cual se pretende presentar a continuación un modelo correlacional que contemple estas variables que tienen que ver con la crianza y desarrollo del niño, integrándolo en un marco de pobreza extrema en población rural, con familias que tienen niños de 0 a 5 años.

En este modelo se retoma que: “para que la madre pueda ejercer con éxito la paternidad” son necesarias condiciones familiares y personales, ya sea que funjan como facilitadoras o disposicionales sobre el desarrollo del niño.

a. Como parte inmediata (próxima) a la promoción del desarrollo integral del niño, en este trabajo se pretende analizar la estimulación otorgada al niño y la interacción madre- hijo y padre.

b. Como elemento disposicional ante los comportamientos de estimulación e interacción se tiene al estrés de la crianza (estrés que percibe la madre durante el ejercicio de la crianza).

c. Como elementos subyacentes al disposicional, (estrés de la crianza) se pretende analizar el estilo de autoridad y la percepción de la coparticipación del padre en la crianza.



SUGERENCIAS GENERALES PARA FAVORECER UNA CRIANZA POSITIVA:¹¹

En el establecimiento de los límites, normas, objetivos o hábitos hay que utilizar un lenguaje coherente. Al generar cualquier acción correctiva, es necesario tener presente:

1. La edad del niño y su personalidad. Entre más pequeños, comprenden más con nuestras propias acciones que con palabras, leen gestos, están muy atentos a ello, entonces exigen ser pacientes y ofrecer opciones o alternativas, ofrecer posibilidades de negociar y explicar lo positivo, lo negativo, así como las consecuencias de sus acciones.
2. Dele órdenes al niño de una forma clara, que el niño las entienda.
3. No le muestre rabia o prevención; háblele suave, con cariño, pero con firmeza. Espere un momento para ver si las cumple. Si no las cumple, guíe al niño y hágalo obedecer (sin mostrarle rabia); si no es posible, ánimoelo con cosas que sean del interés del niño. Cuando las cumpla, felicítelo y si le promete algo, cúmplalo.

¹¹ He recogido varias sugerencias de mi experiencia y de otros tanto escritas como verbales.

4. Mantenga un mismo criterio acerca de las normas que debe cumplir el niño: prohibir hoy unas cosas y mañana permitir las, le ocasionará inseguridad y dificultades.
5. Muestre normas claras, sin crear miedo y rabia en el niño. El miedo le impide organizar su mente y se puede convertir en odio no solo a las normas, también a la autoridad.
6. Asigne pequeñas tareas, revise, haga retroalimentación y permita participar en las actividades y decisiones de la familia.
7. Establezca previamente las "reglas del juego", procure que sean formas aceptadas por todos y exigibles a todos.
8. Pónganse de acuerdo en quién ejerce la autoridad en un momento dado y apóyense, para que su hijo confíe en ambos.
9. No ejerza la autoridad fiscalizadora (usted revela su propios miedos), su hijo necesita un margen de libertad y confianza para su desarrollo.
10. Ofrezca razones claras, válidas y cortas, evitando la "cantaleta", cuando haga uso de su autoridad. Su hijo necesita saber por qué y para qué obedece.
11. Respeten sus procedimientos o estilos personales de mandar siempre y cuando estén en función del beneficio del hijo.
12. Procuren exigirse a sí mismos lo que exigen a sus hijos.
13. Ser firmes en nuestras decisiones. Evitar amenazas vacías y no ceder ante sus más mínimas presiones; evitar decir SÍ en la misma frase en la que ya hemos dicho NO. Si queremos que nos respeten, debemos tener credibilidad.
14. Nunca debemos insultarles. Sería un ataque directo a la autoestima del niño y perderíamos puntos en nuestra propia dignidad. Debemos ser capaces de hacerle ver que estamos enfadados con la situación, no con él, y eso es, fundamentalmente, lo que queremos que comprenda.
15. No debemos sermonear. Representa para los niños un monólogo repetitivo y monótono, por lo que muy pronto dejarán de escuchar, no creen, pierde usted autoridad.
16. No usar ningún modo de violencia -verbal, gestual o física- y sí la Inteligencia Emocional. Lo que de verdad queremos es que nuestros hijos aprendan a dominar sus emociones y que consigan sus metas de una manera razonada. Mediante el diálogo debemos ayudarles a la construcción de sus propias ideas.
17. Evite chantajear o amenazar afectivamente al hijo, eviten la ironía despectiva, la burla o el sarcasmo porque la autoridad se desgasta en ella.
18. Garanticen la armonía familiar con una autoridad razonable y justa.
19. Sepan resistir las dificultades y frustraciones. No se desanimen cuando el hijo falle, acójanlo, por grande que sea la falta.
20. Recuerden que comprender a su hijo no significa dejar de hacerle exigencias.
21. Confíen en el ejercicio de la autoridad que ustedes, como padres, establecen. No la suprima por el hecho de que los demás no lo hacen, o lo hacen de forma diferente.
22. Procuren que la sanción sea proporcional a la falta, piensen antes de hacerlo y sean firmes.
23. Hay acuerdo en cómo educar a los hijos, y en cómo armonizar la autoridad paterna y materna para una mejor educación de cada hijo. La autoridad de los

- padres ha de ser complementaria, no excluyente, no delegada de uno en otro cónyuge.
24. Se apela al razonamiento del diálogo, se potencia la responsabilidad de los hijos por aproximaciones sucesivas. Huir tanto del sobre-proteccionismo como del desentenderse cuando pueden necesitar ayuda.
 25. Se llega a los acuerdos en temas puntuales con los hijos. Se pueden concretar dichos acuerdos mediante contratos de conducta. El llegar a una conducta-meta en los hijos conlleva el descomponerla en los pasos mínimos sucesivos, que hay que reforzar las aproximaciones a la conducta-meta y extinguir la conducta a eliminar.
 26. Somos firmes cuantas veces sea necesario, pero sabiendo cambiar a actitudes de flexibilidad y cariño siempre que sea preciso.
 27. Se presta atención al buen comportamiento, a los aspectos positivos que tiene toda persona, y no se atiende únicamente a las conductas desadaptativas.

BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE DÁVILA, Eduardo. *Prácticas de Crianza y Pobreza*. En Red: <http://www.redbogota.com/univerciudad/bajar-pdf/aguirre.pdf>.

AGUIRRE, E. (2000). *Socialización y prácticas de crianza*. En Aguirre, E. y Durán, E.

AGUIRRE, E. y DURÁN, E. (2000). *Socialización: Prácticas de Crianza y cuidado de la salud*.

Asociación Mexicana para el Déficit de Atención, Hiperactividad y trastornos asociados. Por Arthur. L. Robin, Ph. D. **Traducción de Roxana Alanis Villalón para AMDAHTA Abril 2004.**

En Red: <http://www.deficitdeatencion.org/adolesc09.htm>

BERGER, Kathleen Stassen & THOMPSON, Ross A. (1995). *El desarrollo de la persona desde la Niñez a la Adolescencia*. Editorial Médica, Panamericana, 4ª ed.

BOCANEGRA ACOSTA, Elsa María. *Las prácticas de crianza entre la Colonia y la Independencia de Colombia: los discursos que las enuncian y las hacen visibles*. Revista Latinoamericana *ciencia sociedad y niñez*. Jueves 5(1):2007.

En Red: http://www.umanizales.edu.co/revistacinde/vol5/practicas_de_crianza.pdf.

GILLIGAN, Carol & BELENSKY, M. F. (1980). *A Naturalistic study of abortion decisions*. In R. Sleman & R. Yando (Eds.), *New directions for child development: Clinical development psychology*. San Francisco: Jossey-Bass.

GILLIGAN, Carol. (1982). *In a different voice. Psychological Theory and womens development*. Cambridge, MA: Harward University Press.

IZZEDIN BOUQUET, Romina y PACHAJOA LONDOÑO, Alejandro. *Pautas, prácticas y creencias acerca de crianza... ayer y hoy*. Fundación Universitaria Los Libertadores. Octubre de 2009. Artículo de Internet el día 13 de febrero de 2010.

En Red: http://www.revistaliberabit.com/liberabit15_2/revista_liberabit_n15_5.pdf.

KOHLBERG, Lawrence. (1969). *Stage and sequence. The cognitive developmental approach to socialization*. In D.A. Goslin (Ed.), *Handbook of socialization theory and research*. Chicago: Rand McNally

PARELLADA, Carles. ***Las Constelaciones Familiares: la psicoterapia sistémica de Bert Hellinger***. (ICE UAB). Esparreguera a 12 de octubre de 2004.

En Red: <http://www.xtec.cat/~cparella/Articles/constelacionspsicomotricitatcastella.pdf>.

PAPALIA, DE. (1992) "*Psicología del desarrollo*". Edit Mc Graw-Hill.

PIAGET, J (1932) "*the Moral judgment of the child*". New York: Harcourt Brace.

PEÑA RAMOS, Martha Olivia. *Crianza y Desarrollo infantil en familias rurales de la región sur del estado de Sonora*. Centro de investigación en alimentación y desarrollo, a.c. Tesis aprobada por la Dirección de desarrollo regional como requisito parcial para obtener el grado de Maestría en desarrollo regional. Hermosillo, Sonora, México. 2004.

PÉREZ GÓMEZ, Gerardo Jesús y GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, María Concepción. Tesis sobre "*Crianza y Desarrollo infantil en familias Yoreme-Mayo en el norte de Sinaloa*". Universidad Autónoma de México. Sinaloa, México, diciembre 2007.

RAMÍREZ AVELLA, Mónica. *Competencias parentales (2006)*. Maestría en Psicología. Universidad Nacional de Colombia. Spain, Marisa Moreno.

EnRed: <http://foro.univision.com/univision/board/message?board.id=paternidad&message.id=342082>.

RAYAS TRENAS, Antonio Félix; HERRUZO CABRERA, Javier y PINO OSUNA, María José. *Estilo de Crianza Parental y su relación con la Hiperactividad*. Red de Revistas Científicas de America Latina y el Caribe, España y Portugal. Universidad Autónoma del Estado de México. Psicothema. Año 2008, volumen 20 N° 004. Universidad de Oviedo. Oviedo - España.

Universidad Nacional de Colombia. Socialización: Prácticas de Crianza y cuidado de la salud. Bogotá, D. C., CES –Universidad Nacional de Colombia- Bogotá D. C.

_____, Mejores pautas de crianza curan la hiperactividad en niños. Educación Superior. Universidades. **Domingo, 14 de Febrero de 2010**.

En Red: <http://www.mineduacion.gov.co/.../article->

Psicología jurídica engaño de disfunción cognitiva

Isabel Cristina Puerta

**PSICOLOGÍA JURÍDICA
ENGAÑO DE DISFUNCIÓN COGNITIVA**

AUTOR: Isabel Cristina Puerta
FECHA DE RECEPCIÓN: Julio 19 de 2010
DIRECCIÓN: Isabel.Puerta@usbmed.edu.co

RESUMEN: La presente investigación ha sido presentada y expuesta en el programa de MAESTRÍA EN DERECHO DE FAMILIA, de la FACULTAD DE DERECHO de la UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA, los días 24 y 25 de junio de 2010.

PALABRAS CLAVE: Psicología jurídica, Disfunción cognitiva, Memoria, Simulación, Transtorno.

ABSTRAC: The present paper is a product of the research presented and exposed on the FAMILY LAW MAGISTER PROGRAM, from UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA LAW SCHOOL, the 24 and 25 june, 2010.

KEYWORDS: Forensic psychology, Cognitive dysfunction, Memory, Simulation, Disorder

Psicología jurídica engaño de disfunción cognitiva

Isabel Cristina Puerta *

Psicología jurídica



partados autorizados de la tesis doctoral “Detección de simulación de disfunción neurocognitiva a través del Test de Simulación de Memoria”.

Adicionalmente a la labor del psicólogo en el campo jurídico o forense, es necesario tener en cuenta un aspecto poco estudiado en Colombia, y que posee una alta probabilidad de presentarse, en aquellos casos en que se pudiese obtener una ganancia secundaria, y es la Simulación de Disfunción Neurocognitiva (SDN). Si bien se entiende que la SDN se caracteriza por la exageración voluntaria o la fabricación de síntomas cognitivos con un propósito específico, y es el de obtener ganancias materiales, la cual se aplica y puede aparecer en todos los ámbitos.....

La evaluación y el diagnóstico clínico de los trastornos mentales realizados por los profesionales de la psicología se llevan usualmente de manera apropiada, debido a que los pacientes reportan sus propios síntomas de manera honesta, precisa y completa (Rogers, 1988). Sin embargo, y desafortunadamente, no siempre los pacientes permiten realizar una evaluación de esta manera, especialmente cuando las personas se encuentran en la búsqueda de obtener algún beneficio externo o ganancia secundaria, en vista de que suelen exagerar los síntomas existentes o, incluso, hacer una invención de algunos síntomas tanto psicológicos como cognitivos.

Lo anterior exige que tanto la evaluación como el diagnóstico clínico se establezcan sobre bases científicas, que permitan descartar otras alteraciones cognitivas que el paciente pretenda imitar, lo que requiere una evaluación detallada y minuciosa de los resultados, debido a la naturaleza de efectos sutiles simulados, y es aquí en donde la evaluación (neuro)psicológica se considera como la fuente principal de evidencia

* Psicóloga, Magíster en Neuropsicología, Especialista en Terapia Cognitiva y a en Psicología Jurídica, Doctora en Psicología con Orientación en Neurociencia Cognitiva Aplicada. Actualmente se desempeña como Directora de Investigaciones Universidad de San Buenaventura, seccional Medellín. Investigadora Grupo Internacional de Investigación NeuroConductual (GIINCO).

para apoyar el diagnóstico de simulación en casos de los cuales se pueda obtener algún incentivo externo (Guilmette, Hart, & Guilian, 1993; Hartman, 1995). No obstante, esta evaluación debe ser sumamente detallada y cuidadosa debido a que el rendimiento de un paciente puede afectarse negativamente y requiere llevar a cabo diagnósticos diferenciales de trastornos que pueden superponerse o brindar explicaciones alternas tales como trastornos somatomorfos, depresión y trastorno facticio, entre otros. Igualmente la evaluación (neuro)psicológica requiere, tanto de una selección de tests diseñados específicamente para detectar exageración o simulación de trastornos cognitivos, denominados Tests de Validez de Síntomas (TVS), como del uso de la identificación de perfiles (neuro)psicológicos incongruentes con síndromes conocidos y existentes, y la validación de los puntos de corte en los tests seleccionados, que puedan ser indicadores de esfuerzos por debajo de lo esperado (O'Bryan & Lucas, 2006).

Adicional a lo anterior, Grossman (1996) sugiere que los evaluadores clínicos son sólo un poco más exactos en su tarea de detección, de la exageración de síntomas o de una completa invención, de lo esperado al azar, por lo que los aleja de la capacidad de percepción como procesadores analíticos y sistemáticos de la información, y por otro lado, hasta el momento no se ha logrado determinar un aparato sistemático que permita identificar los déficits patognómicos de fraude clínico (neuro)psicológico, lo que apremia la necesidad de desarrollar experticia clínica (neuro)psicológica, con argumentos científicos relacionados con la toma de decisiones finales con respecto a los resultados obtenidos en los casos que lo requieran.

Esta simulación, que se puede presentar en cualquier ámbito, clínico, forense, laboral, familiar, etc, requiere el entrenamiento en la detección de la misma, y al psicólogo que ejerce no le puede ser ajeno; más aún, cuando por alguna circunstancia prevalece la integridad de un menor e incluso de la denominada célula de la sociedad, la familia.

Antes de profundizar en la Simulación y el engaño, surgen algunos cuestionamientos acerca del papel que ejerce el psicólogo en estas instancias:

- ¿De qué manera puede ser útil el psicólogo en la jurisdicción de familia
- ¿Qué hace un psicólogo jurídico y forense en los juzgados de familia
- ¿Es el Sistema Judicial ineficiente, porque carece de peritos psicólogos idóneos y actualizados en su quehacer profesional

Para iniciar esta presentación, se retoman dos (2) casos tratados por Isabel Cristina Puerta, en su práctica psicológica:

1. Caso IP.

Lola, quien actualmente convive con su madre y un tío materno, manifiesta que la denuncia instaurada hace año y medio atrás acerca del abuso sexual por parte de su padrastro no es cierta. Su padrastro actualmente se encuentra detenido, debido a la demanda realizada por Lola cuando tenía 13 años. En una ocasión, después de

discutir con su familia, le comentó al novio que estaba triste por los abusos sexuales a que era sometida por parte de su padrastro mientras ella dormía. Informó que al despertar el padrastro le comentaba la manera cómo había abusado de ella, mientras dormía. Luego de 7 meses de instaurada la demanda fue detenido el padrastro y dicha situación la llevó a negar el abuso.

2. Caso MZ.

Juana, quien está separada de su esposo, sufrió una cortada en la cabeza al pasar por un alambrado de púas en su finca. Asistió al hospital en donde además de hacerle la sutura respectiva le aplicaron un "antitétano". Posterior a este evento, Juana pierde el lenguaje y su exesposo decide llevarse a vivir con él a su hija de 9 años. Pasados 8 meses, recibe una citación por la demanda expuesta por parte de su exesposo por alimentos para su hija, argumentando que debía colaborar con la manutención de la hija y que la pérdida de lenguaje no era un impedimento para continuar laborando.

Estos otros casos son expuestos por Rodríguez, C (2010) (visitado el 7 de Junio de 2010, <http://psicologiajuridica.org/psj140.html>)

1Caso MF.

María y Julio tuvieron una hija pero, al poco tiempo decidieron terminar su relación. Ella inició una nueva. Él empezó a tener discusiones con ella por las visitas de la menor. El caso de judicializó. María decía que Julio era un hombre agresivo, que tenía problemas depresivos y que temía por su hija. Medicina legal lo evaluó y anotó en la parte histórica del dictamen que Julio había presentado crisis depresivas, buscando ayuda psiquiátrica y que desde entonces no había vuelto a presentar esos síntomas. Sin embargo, la perito psicóloga de INML concluyó que "el evaluado no presentaba en la actualidad manifestaciones de enfermedad psiquiátrica que le impidan relacionarse con su hija". Con esta información, se le reglamentaron visitas a Julio para con su hija de nueve meses de edad. Al poco tiempo María se quejó ante el juzgado de que Julio se llevaba a la menor y la devolvía en condiciones de abandono (ropa sucia, raída) entre otras quejas. Además, junto con su apoderada, María anexó como prueba documental una copia de la historia clínica en la que Julio había sido diagnosticado con *depresión* y medicado con antidepresivos diarios y psicoterapia de apoyo, suspendiendo poco después este tratamiento. El trabajo de la apoderada ante el juzgado fue infructuoso, tanto insistió en modificar ese régimen de visitas que debió acudir a una instancia superior.

2. Caso Quiceno.

Juanita es una niña de siete años que perdió a su madre, debido a una grave enfermedad. La menor siempre vivió con ella y con una tía. Su padre la veía intermitentemente pero, cuando la madre murió, el padre quiso llevársela a vivir consigo y con sus hijos ya mayores de 22 años. Fue ahí donde empezó la batalla judicial por la custodia. La tía argumentaba que debían otorgársela porque la niña había convivido con ella, mientras que el padre alegaba que justamente por esta condición, la niña debía pasar a su cuidado. Una psicóloga de ICBF evaluó a la menor (solamente a ella) y su conclusión fue la siguiente: "Juanita está atravesando

una situación traumática comparable a lo que sucede a las personas después de un suceso trágico. Esto se evidencia en una primera impresión en que la niña presenta una ausencia de recuerdos recientes. Se recomienda que la niña tenga la posibilidad de mantener su vínculo afectivo y físico con AM (la tía), con el fin de recuperar y preservar su integridad mental". Con este informe en su poder, el defensor de familia decidió dejar la custodia en cabeza del padre debido a que Juanita no tenía parentesco legal con AM, por lo que le ordenó entregar a la niña, junto con sus documentos, ropa y objetos personales al padre. AM no se rindió y llevó el caso al juzgado, que actualmente está en curso.

3. Caso AN.

Ana y Luis iniciaron un proceso contencioso de divorcio. Comenzaron por escoger los días en que verían a sus hijos, mientras están en las etapas iniciales del proceso (en la que aún cabe la esperanza de conciliar). Así, los padres en compañía de sus apoderados escogieron fechas al azar: 7 de agosto, 10, 13, 14, 21, 23, etc. y para el otro padre correspondían los días restantes. En el mismo caso, los menores hijos también tuvieron la oportunidad de "escoger" las fechas para el mes siguiente. Al padre le asignaron más días que a la madre, porque sostienen los niños que "no quieren vivir con la mamá, porque es mentirosa y trabaja mucho." Al mes siguiente, los padres ya decidieron que los hijos permanecerían cuatro días con un progenitor y cuatro con otro.

Casos adicionales.

A partir de los anteriores casos surgen las siguientes inquietudes:

¿Quién pudiera orientar al juez acerca de la credibilidad del testimonio de una menor, teniendo en cuenta su historia personal, perfil de personalidad y conductual

¿Quién pudiera explicarle al juez, al abogado y a la familia, que la pérdida cognitiva posee implicaciones en el desenvolvimiento de la vida cotidiana, pero aún puede cuidar de los hijos, quienes además son un apoyo emocional

¿Quién pudiera orientar al juez acerca de la inconveniencia que tiene para un menor el que su progenitor depresivo pueda llevárselo fuera de su casa, si bien la literatura reza que una persona depresiva no puede responder a los requerimientos físicos y emocionales de un menor y, que en el caso de las visitas estas deben ser supervisadas

¿Quién pudiera orientar al juez acerca de que, cuando un menor pierde a un progenitor, lo ideal es no generarle más cambios drásticos, como es el de enviarle a vivir con alguien con quien nunca lo ha hecho ¿Quién hubiese podido dictaminar que lo recomendable era convivir con la persona con la que ya tenía un fuerte vínculo afectivo implantado, y no "con un extraño"

¿Quién pudiera explicarle al juez, al abogado y a los padres el grave error en el que se incurre cuando, al momento de la separación de los padres, los hijos comienzan a

saltar de aquí para allá según el capricho de los mismos, dado que éste sistema no aporta estabilidad al menor y en cambio aumenta su estrés□

¿Quién pudiera orientar al juez de que un progenitor está programando a un menor para que odie al otro padre□

De acuerdo con Ibañez & López (1984), el psicólogo en los juzgados de familia actúa para que se facilite la toma de decisiones de los respectivos jueces, abogados y familia en general en el desarrollo de los procesos de separación, divorcio, o de cualquier índole que ante los juzgados de familia se presentan, con claros objetivos de *“aportar material que facilite la toma de decisiones acerca del modo en que deben establecerse las relaciones entre padres e hijos, atendiendo a los aspectos no estrictamente jurídicos, sino a sus aplicaciones efectivas y conductuales”* y para *“indicar qué sistemas de relación deberían adoptar ambos padres para proporcionar a sus hijos un desarrollo armónico; evitando, en la medida de las posibilidades, que éste se vea afectado por las desavenencias que entre los cónyuges existan; el deterioro de la imagen de cada uno de los padres ante los menores, y los sentimientos de culpabilidad de éstos ante la situación y evitando, también, todo impedimento por parte de cualquiera de los padres del acceso de los hijos al otro”*. (<http://www.papelesdelpsicologo.es/imprimir.asp?id=183>)

Para cumplir los anteriores objetivos el psicólogo debe tener claridad con respecto al papel que debe cumplir:

Evaluación psicológica individual

- De cada uno de los cónyuges.
- De cada uno de los hijos del matrimonio.

Evaluación de los sistemas o patrones de relación existente

- Entre los hijos
- De todos y cada uno de los hijos con cada uno de sus progenitores.

Análisis de la influencia que, en su caso, puedan ejercer otras terceras personas en la dinámica familiar

- Comprender globalmente la problemática familiar por cada uno de los cónyuges, forma en que se relacionan entre sí, y cada uno de ellos con sus hijos, estructuras comportamentales, afectivas y cognitivas de ambos, diferentes alternativas que ofertan y manera en que cada uno las estructura.

- Dictaminar sobre la **idoneidad en la guarda y custodia** de los hijos del matrimonio en litigio, para serle concedida a uno u otro de los mismos.

- Ofrecer una serie de **pautas de comportamiento** para que las posteriores relaciones paternofiliales se desarrollen de la manera más adecuada posible.

Proporcionar información sobre las condiciones sociales y materiales en que se desarrolla la vida del grupo familiar; además de "supervisar" a modo de seguimiento el cumplimiento de las medidas Irgales acordadas, informando sobre cómo se desarrollan los acuerdos, visitas, etc.

En los juzgados de familia se espera que, junto con todo el equipo de trabajo, se lleve a cabo:

- Seguimiento a control, para poder comprobar el resultado del trabajo, y el cumplimiento o incumplimiento de las medidas acordadas por el juez. (El control exhaustivo en el período inmediatamente posterior a las decisiones implementadas, por ser el más complicado y en el que mayores problemas suelen surgir; las cuales posteriormente, se pueden ir distanciando en el tiempo en la medida que se vaya comprobando la consecución del cumplimiento de las medidas acordadas).
- Revisión de la aplicación del intento de consecución de las pautas de comportamiento, ya que es el sistema más beneficioso para los hijos y para los propios cónyuges, en tanto que es el que menos tensiones suele generar, previamente acordadas.
- Consecución de una Justicia flexible y actual acorde con las necesidades, en donde el equipo profesional de los Juzgados de familia de poseer un considerable avance.

Algunos de los mitos que predominan en los juzgados de familia con respecto a los psicólogos peritos, son a criterio de Rodríguez, C (2010) (visitado el 7 de Junio de 2010, http://psicologiajuridica.org/psj_140.html), los siguientes, los cuales se presentan debido a que el gremio profesional de la psicología de alguna manera no se ha hecho necesitar.

Mito 1. Los informes periciales los realizan las trabajadoras sociales.

Mito 2. Si no es suficiente el informe social, se ordena el peritaje a Medicina Legal.

Mito 3. Cuando se emita un informe por psicólogos adscritos a comisarías de familia o del ICBF, no es necesario solicitar peritajes psicológicos.

Mito 4. Los psicólogos solo saben hacer terapia y, el juzgado no es un escenario para ello.

Mito 5. Solamente los profesionales de salud mental de Medicina legal son peritos.

Mito 6. Los peritajes privados no son confiables, puesto que son pagados por la parte interesada.

Además se pudiera adicionar otro mito

Mito 7. Se solicita un informe pericial, cuando la respuesta “no padece trastorno mental alguno que.....” favorece la decisión a tomar.

¿A QUIÉN SE ENGAÑA? ¿POR QUÉ SE ENGAÑA? ¿CREER O NO CREER? ¿SE DETECTA EL ENGAÑO?

CONCEPTUALIZACIÓN DE SIMULACIÓN DE DISFUNCIÓN NEUROCOGNITIVA

La simulación, definida en la edición más reciente del Manual de Diagnóstico y Estadística-IV Texto Revisado (DSM-IV-TR, APA, 2000) es la producción intencional o exageración de síntomas con el propósito de obtener una ganancia externa identificable.

En el contexto de una valoración neuropsicológica o psicológica, la simulación puede tomar dos formas primordialmente: a) la exageración deliberada de síntomas de alteraciones neuropsicológicas que son difíciles de definir y medir con precisión; ó b) la producción de un bajo rendimiento en tests neuropsicológicos o psicológicos. Es por ello que los problemas cognitivos que usualmente se exageran incluyen alteraciones de la memoria, problemas de concentración, o cambios de personalidad, incluso pueden fabricar o inventar ciertas alteraciones observables tales como restricción de la movilidad o incluso una grave amnesia.

Dentro de las posibles razones para que una persona decida simular está el recibir más dinero por daños personales en un caso legal, recibir una compensación laboral o beneficios por incapacidad, obtener medicaciones prescritas, evitar la condena por actividades delictivas (por ejemplo, garantizar la incapacidad para ser juzgado), evitar responsabilidades criminales, es decir, no ser culpabilizado por razones de demencia o evitar prestar el servicio militar. La definición del DSM-IV-TR (APA, 2000) representa a la simulación incluso como una conducta adaptativa, en caso de fingir encontrarse enfermo siendo un rehén de guerra. Pero es importante clarificar que este aspecto no había sido contemplado en la edición anterior (DSM-III-R, 1987), aspecto criticado por Rogers (1990), en la que manifestó que los índices de sospecha de este manual de simulación eran índices de “maldad”, debido a que los clínicos debían sospechar de la simulación teniendo en cuenta tres aspectos fundamentales: ser una “mala persona”, encontrarse en una “mala situación” y ser un “mal justipreciado”. Esto quiere decir que basta con encontrarse en una situación desafortunada para sospechar de la persona como potencial simuladora.

Siendo crítico con esa definición y con los criterios expuestos, Rogers (1990) contraargumenta que los delincuentes sexuales y las personas implicadas en situaciones de custodia usualmente no exageran sus síntomas, que incluso en lesiones cerebrales, debidas a accidentes de tránsito, en los que es habitual un pleito legal, el contexto médico legal puede no ser un único indicador particular de simulación. Con respecto a “ser mal justipreciado” es posible observar que personas con esquizofrenia, con trastornos de la conducta alimentaria, o problemas de abuso de sustancias son a menudo desobedientes con sus citas de evaluación y tratamiento, y no cooperan (Rogers, 1997), o que incluso el incumplimiento podría

resultar también de la negación del problema más que de la simulación (Faust & Ackey, 1998), pues al parecer, contrariamente, los simuladores a menudo parecen altamente cooperativos (Rogers, 1997; Rogers, 1990). También manifestó que en la práctica clínica se debe ser sumamente cuidadoso con los que se consideran resultados objetivos, en vista de que en muchos casos de daño cerebral leve no hay resultados objetivos, debido a las limitaciones en las técnicas de neuroimagen y no necesariamente a una ausencia de daño real.

Dado lo anterior, Roger (1990) propuso el denominado Modelo de Adaptación, que enfatiza en que los potenciales simuladores realizan un análisis de costo-beneficio cuando se enfrentan con una evaluación que perciben en desacuerdo con sus propias necesidades. Por ello se debe determinar la motivación de los pacientes para simular enfermedades, y pueden simular por varias razones, aplazamientos de condenas, evitar ser encarcelados, u obtener valiosas atenciones mientras se encuentren en la cárcel. Por lo anterior se deben incluir evaluaciones de la enfermedad y la capacidad para ser juzgado, aspecto incluido en el último Manual de Diagnóstico y Estadística de la Asociación Psiquiátrica Americana.

El término simulación, como una descripción de un comportamiento o como un diagnóstico, generalmente es considerado controvertido y altamente despectivo. La clasificación de simulación en el DSM-IV se codifica en el eje V, que son condiciones que pueden ser objetos de atención clínica, pero no es un trastorno mental como tal. Por consiguiente, la simulación no posee criterios diagnósticos formales, aunque sí una descripción general de la condición, índice de sospecha clínica y una breve revisión de diagnósticos diferenciales y es por ello que los clínicos pueden ser reacios, incluso, a abordar este comportamiento directamente, aun cuando poseen pruebas evidentes, porque temen a las posibles consecuencias (como error diagnóstico que pudiese ser demandado o incluso amenazado). Por eso se sugiere que el clínico debe ser claro en el informe sobre el nivel de esfuerzo realizado por el paciente y la validez de los resultados de esta prueba.

De acuerdo con Slick et al. (1999) el término Simulación de Disfunción Neurocognitiva (SDN) es una exageración o fabricación de disfunción cognitiva con el fin de obtener importantes ganancias materiales, o evitar o escapar de un deber formal o de responsabilidades. Las ganancias materiales hacen alusión a dinero, bienes o servicios de valor (tales como compensación financiera por daños personales). Los deberes formales son acciones que las personas están legalmente obligadas a cumplir (por ejemplo, la cárcel, servicios militares, pagos u obligaciones financieras o de manutención infantil). Las responsabilidades formales incluyen la rendición de cuentas o de responsabilidad en los procesos legales (determinar su incompetencia para ser sometido a juicio).

Para Slick et al. (1999), la presencia de síntomas de exageración o bajo esfuerzo durante la evaluación, automáticamente no se equipara con simulación. La exageración deliberada de síntomas en la entrevista clínica, o el bajo rendimiento intencional en los tests psicológicos o neuropsicológicos se consideran como respuestas de sesgo negativas. Las respuestas de sesgo negativas describen

únicamente el comportamiento sin incluir la motivación, sin embargo, para el diagnóstico de simulación el clínico debe inferir que este tipo de comportamiento obedece a lograr un incentivo externo identificable. Es por ello que existen ciertos diagnósticos diferenciales y explicaciones alternas que se deben considerar durante el proceso evaluativo, y se describen más adelante.

Nies & Sweet (1994) utilizaron varios aspectos críticos para definir los criterios de simulación. 1) criterios que permitieran una definición específica de SDN en el contexto (neuro)psicológico; 2) que fuesen específicos, precisos y fiables, de tal manera que permitieran cubrir todas las posibles fuentes de prueba (observaciones, datos y ensayos de rendimiento); 3) relación específica e importante entre los criterios diagnósticos; 4) claridad con respecto a la naturaleza y papel del juicio clínico; 5) descripción de los diagnósticos diferenciales y los criterios de exclusión, y 6) detalle de los niveles de certeza del diagnóstico.

Por lo anterior, Slick et al. (1999) acogieron un modelo de formulación de los niveles del diagnóstico de SDN, retomando a McKhann, Drachman, Folstein, Katzman, Price, & Stadlan (1984), con respecto al diagnóstico de Enfermedad de Alzheimer (EA). El Grupo NINCDS-ADRDA (McKhann et al., 1984), se basó en el supuesto de que con cierta frecuencia no es posible determinar con absoluta certeza la EA y para ello, en lugar de describir un único conjunto de criterios diagnósticos para EA, definieron ciertos criterios diferenciales tales como definitivo, probable y posible, teniendo en cuenta una amplia variabilidad de fuentes de información durante el proceso diagnóstico, como la historia y el tipo de signos y síntomas, las valoraciones psicométricas y las pruebas de laboratorio. Es así, que el diagnóstico *definitivo* de EA exige unos exámenes histológicos definitivos que no se llevan a cabo en pacientes vivos, por lo que un diagnóstico de *probable* EA está en consonancia con el curso de la EA en ausencia de esas pruebas definitivas. Para aquellos casos en que la información obtenida es coherente con la EA, pero no se pueden descartar otras etiologías, el diagnóstico se debe describir como una *posible* EA.

Retomando entonces lo anterior, Slick et al. (1999) propusieron los siguientes criterios diagnósticos para la SDN.

CRITERIOS DIAGNÓSTICOS PARA SIMULACIÓN DE DISFUNCIÓN NEUROCOGNITIVA

Criterio A.

Referido a la presencia de un importante incentivo externo, el cual debe estar presente en el momento de la valoración (por lesiones personales, pensión de invalidez, evasión de un posible enjuiciamiento penal, entre otros).

Criterio B.

Resultados en las pruebas neuropsicológicas. Debe existir una exageración o fabricación de disfunción cognitiva en el rendimiento de los tests neuropsicológicos, demostrado al menos por uno de los siguientes aspectos:

1. Definitiva respuesta de sesgo negativo. Un rendimiento por debajo del azar ($p < .05$) en una o más pruebas de escogencia forzada de función cognitiva.
2. Probable respuesta de sesgo. El rendimiento en uno o más tests psicométricos validados que evalúen la exageración o fabricación de los déficits cognitivos son coherentes con simulación.
3. Discrepancia entre los tests y el curso del funcionamiento cerebral descrito en la literatura. Un patrón de rendimiento en los tests neuropsicológicos que es altamente discrepante del modelo aceptado del funcionamiento del Sistema Nervioso Central normal y anormal. Esta discrepancia debe ser compatible con un intento de exagerar o inventar una disfunción neuropsicológica (por ejemplo, un paciente obtiene un bajo rendimiento en pruebas de reconocimiento mnésico, en la que previamente le fueron proporcionados diferentes ensayos de recuerdo libre, o inclusive pierde muchos elementos de fácil evocación, pero evoca ítems de más difícil evocación del mismo test).
4. Discrepancia entre los resultados del tests y el comportamiento observado. Dentro de una misma habilidad cognitiva, la ejecución en dos o más pruebas neuropsicológicas son discrepantes entre ellas de una manera que sugiere la exageración o fabricación de una disfunción (por ejemplo, un paciente con alta escolaridad que no presenta déficits visoperceptuales importantes o problemas en la fluidez verbal, pero que sin embargo durante la evaluación se observa altamente afectada la denominación por errores perceptuales).
5. Discrepancia entre el rendimiento de las pruebas y los informes colaterales obtenidos. Dentro de una misma habilidad cognitiva, la ejecución en dos o más pruebas neuropsicológicas son discrepantes con la funcionalidad de la vida cotidiana con respecto a la función cognitiva evaluada, que fue descrita por al menos un informante confiable, de una manera que sugiere la exageración o fabricación de una disfunción (por ejemplo, un paciente que se ocupa de las finanzas de la familia, pero es incapaz de realizar cálculos matemáticos simples en las pruebas).
6. Discrepancia entre el rendimiento de las pruebas y la historia documentada. Inexplicablemente se presenta un bajo rendimiento, en dos o más tests estandarizados, de funcionamiento cognitivo en un dominio específico (p.e. memoria) que es inconsistente con la historia neurológica o psiquiátrica documentadas (por ejemplo, un paciente sin historia de pérdida de consciencia o amnesia postraumática, examen neurológico sin anomalías, y sin antecedentes de otras alteraciones del SNC o enfermedades, obtiene resultados en pruebas de memoria verbal que son compatibles con un rendimiento en caso de severas alteraciones post TEC).

Criterio C.

Evidencia del Autorreporte. Los siguientes comportamientos son indicadores de una posible SDN, pero su presencia no es suficiente para el diagnóstico. Sin

embargo, la presencia de uno o más de estos criterios apoya evidencia adicional para sustentar el diagnóstico de simulación. Estos criterios incluyen inconsistencias significativas o discrepancias en el reporte de síntomas por el paciente que sugiere un intento deliberado por exagerar o fabricar déficits cognitivos.

1. Discrepancia entre la historia autorreportada y la historia documentada. La historia reportada por el mismo paciente es fuertemente discrepante con la historia médica o psicosocial documentada y sugiere intentos por exagerar severidad en la lesión o negar disfunciones neuropsicológicas premórbidas (por ejemplo, exagera la severidad de daño físico por la duración de pérdida de consciencia o el periodo de amnesia postraumática; exagera los años de escolaridad o la ocupación; niega una historia psiquiátrica u otra lesión cerebral previa).
2. Discrepancia entre los síntomas autorreportados y el curso de funcionamiento cerebral descrito en la literatura. El informe que brinda el paciente es improbable o fuertemente discrepante en lo que respecta al número de síntomas, curso o gravedad de las alteraciones documentadas (por ejemplo, manifiesta una amnesia retrógrada, sin pérdida de la memoria del evento o accidente; o reclama por una pérdida de memoria autobiográfica, posterior a un TEC leve sin inconsciencia).
3. Discrepancia entre los síntomas autorreportados y el comportamiento observado. (por ejemplo, el paciente refiere un déficit de memoria episódica severa, con pequeñas dificultades para recordar los nombres, eventos o citas; un paciente se queja de severos déficits cognitivos, aún cuando presenta leves dificultades para desenvolverse independientemente y logra llegar a una cita en un lugar desconocido; un paciente se queja de severa lentitud en el procesamiento de la información y problemas de concentración, pero logra desarrollar fácilmente una conversación).
4. Discrepancia entre el autorreporte y los informes colaterales obtenidos. Los síntomas reportados, la historia o los comportamientos observados son inconsistentes con la información obtenida de otros informantes que manifiestan un adecuado desenvolvimiento. La discrepancia debe ser consistente con un intento de exagerar la severidad del daño o negar alteraciones neuropsicológicas premórbidas (por ejemplo, el paciente informa que presenta un severo deterioro mnésico o se comporta como con déficits mnésicos, pero su esposa manifiesta que en la casa el déficit es mínimo).
5. Evidencia de disfunción psicológica exagerada o fabricada. Los síntomas autorreportados de alteraciones psicológicas son sustancialmente contradictorios con el comportamiento observado o con la información brindada colateralmente. En escalas validadas acerca de ajuste psicológico (por ejemplo, el Inventario de Personalidad Multifásico de Minnesota (MMPI; Hathaway & McKinley, 1981), se presentan puntuaciones fuertemente sugestivas de exageración o fabricación de alteraciones).

Criterio D.

Los comportamientos necesarios de los criterios B y C no se encuentran completamente mejor explicados por factores psiquiátricos, neurológicos o problemas del desarrollo, que pueden producir una disminución significativa de la capacidad para considerar las normas (tal como la necesidad psicológica para desempeñar el papel de enfermo, o en respuesta a una alucinación). Los comportamientos necesarios de los criterios B y C son productos de un esfuerzo racional y motivado con el objetivo de al menos adquirir u obtener un incentivo externo, tal como lo define el Criterio A.

NIVELES DEL DIAGNÓSTICO PARA SIMULACIÓN DE DISFUNCIÓN NEUROCOGNITIVA

1. Definitiva SDN. Se indica por la clara y convincente evidencia de exageración o fabricación de disfunción cognitiva y la ausencia de otras posibles explicaciones. Los criterios necesarios para este diagnóstico son:
 - a) Presencia de un sustancial estímulo externo (Criterio A).
 - b) Definitiva respuesta de sesgo negativa (Criterio B1)
 - c) Los comportamientos necesarios de los criterios B y C no se encuentran completamente mejor explicados por factores psiquiátricos, neurológicos o problemas del desarrollo. (Criterio D).

2. Probable SDN. Se indica por la clara y convincente evidencia de exageración o fabricación de disfunción cognitiva y la ausencia de otras posibles explicaciones. Los criterios necesarios para este diagnóstico son:
 - a) Presencia de un sustancial estímulo externo (Criterio A).
 - b) Dos o más tipos de evidencia obtenida en la valoración neuropsicológica, excluyendo la definitiva respuesta de sesgo negativa (dos o más criterios entre B2 a B6) ó
Un tipo de evidencia obtenida en la valoración neuropsicológica, excluyendo la definitiva respuesta de sesgo negativa y uno o más tipos de evidencia del autorreporte. (Un criterio entre B2 y B6, y uno o más criterios entre C1 y C5).
 - c) Los comportamientos necesarios de los criterios B y C no se encuentran completamente mejor explicados por factores psiquiátricos, neurológicos o problemas del desarrollo. (Criterio D).

3. Posible SDN. Se indica por la clara y convincente evidencia de exageración o fabricación de disfunción cognitiva y la ausencia de otras posibles explicaciones. Paralelamente es indicador de la presencia de criterios necesarios para el diagnóstico de Definitivo SDN o Probable SDN, excepto que otras etiologías primarias no puedan ser descartadas. Los criterios necesarios para este diagnóstico son
 - a) Presencia de un sustancial estímulo externo (Criterio A).

- b) Evidencia del autorreporte (Uno o más criterios entre C1 y C5).
- c) Los comportamientos necesarios de los criterios C no se encuentran completamente mejor explicados por factores psiquiátricos, neurológicos o problemas del desarrollo. (Criterio D). ó
Los criterios para el diagnóstico de Definitivo o Probable SDN se cumplen a excepción del Criterio D. (p.e. una etiología psiquiátrica, neurológica o del desarrollo no puede ser descartada). En este caso, la etiología alterna no puede descartarse.

Sin embargo, es necesario llevar a cabo una evaluación detallada de otros criterios diagnósticos que son diferenciales con el diagnóstico de simulación, tales como trastorno somatomorfo, trastorno del estado de ánimo y trastorno facticio.

DIAGNÓSTICOS DIFERENCIALES DE SIMULACIÓN

1. Trastorno somatomorfo

Cuando se hace alusión a este tipo de trastornos, se incluyen aquellas condiciones que tienen síntomas físicos, sin la evidencia de enfermedad física. Entre ellos, existe el término *somatización*, el cual históricamente se refiere a los procesos en el cual los problemas psicológicos se manifiestan en molestias o síntomas físicos. Estos síntomas físicos pueden no relacionarse con una condición médica identificable.

a) TRASTORNO DE SOMATIZACIÓN

Se manifiesta a través de múltiples síntomas físicos, pero no se explica por un problema físico y usualmente aparece antes de los 30 años de edad. De acuerdo con el DSM-IV, el punto esencial es un "patrón recurrente, múltiple y clínicamente significativo de quejas somáticas. A su vez, durante el curso, el paciente experimenta dolor, síntomas gastrointestinales, sexuales y pseudoneurológicos. Los pacientes muestran una excesiva utilización de los servicios médicos.

b) HIPOCONDRIASIS

Tienen una persistente y pervasiva creencia de que ellos tienen una seria condición médica. Tienden a tener un foco somático y frecuentemente malinterpretan las sensaciones corporales. Estas preocupaciones tienen a persistir, aún cuando en las evaluaciones médicas resultan con una buena salud. Estas personas pueden alarmarse por experiencias inusuales de sensación corporal, conocidas de alguien que tiene una enfermedad, o porque lean de alguna enfermedad.

c) TRASTORNO CONVERSIVO

Se caracteriza por síntomas pseudoneurológicos. Los pacientes parecen tener problemas con el sistema motor o sensorial. Estos problemas son causados por factores psicológicos, no por un daño cerebral, en la espina o por alteraciones periféricas del SN. Dentro de los criterios se especifica que no existe una

construcción primaria de ganancia, pero sí se requiere una conexión causal entre la queja y factores psicológicos y somáticos. La prevalencia de trastorno por conversión es mayor en mujeres que en hombres, y es más susceptible en mujeres jóvenes y adultas. Muchos estresores y problemas familiares se pueden considerar como precipitantes de este trastorno. Un ejemplo común son las crisis no epilépticas. Investigaciones longitudinales indican que un número reducido de mujeres que recibieron este diagnóstico y posteriormente se les encontraron problemas neurológicos que explicaron los síntomas (Couprie, Wijdicks, Rooijmans & van Gijn, 1995; Kent, Tomasson, & Coryell, 1995).

2. Depresión

El trastorno de depresión mayor es un diagnóstico diferencial obvio cuando se considera la posibilidad de simulación. Las características esenciales de depresión mayor son la tristeza o la pérdida de interés o placer en casi todas las actividades. Asociado a estas características se puede incluir la baja motivación, la apatía, poca colaboración y pensamientos catastróficos o irracionales. Pueden experimentar problemas cognitivos como lentitud en el pensamiento, dificultades para concentrarse, distracción, indecisión y olvido. Adicionalmente, con frecuencia está asociado con irritabilidad, excesiva preocupación sobre su salud y cefalea. Es común encontrar problemas psicosociales que incluyen relaciones sociales tensas, estrés familiar y de pareja, problemas laborales, dificultades académicas y abuso de sustancias. Todos estos factores hacen que la depresión se convierta en un diagnóstico diferencial de simulación, entre otros.

3. Trastorno facticio

El trastorno facticio, al igual que la simulación, implica la producción intencionada de síntomas. Sin embargo, la motivación subyacente es la necesidad psicológica de sentirse enfermo (es decir, asumir el papel de enfermo o discapacitado), pero no constituye un incentivo externo.

El DSM-IV describe subtipos del trastorno facticio si la fabricación de síntomas se refiere a síntomas físicos, psicológicos o ambos. Es un trastorno de mucha atención, pues algunas personas incluso pueden someterse a múltiples evaluaciones médicas y psiquiátricas y frecuentemente intentan ser admitidas en el hospital. Incluso, consienten que se les hagan cirugías exploratorias en sus síntomas fabricados. Los casos graves son diagnosticados como Síndrome de Munchausen. Es importante no olvidar, que si existe la presencia de un evidente incentivo externo, el diagnóstico Trastorno Facticio no se llevaría a cabo.

Después de definir el término simulación, sus criterios diagnósticos y la necesidad de tener en cuenta otras entidades clínicas importantes antes de concluir que una persona presenta SDN, para determinar si se cumple o no con el criterio diagnóstico D, descrito previamente, se requiere profundizar en un aspecto fundamental que corresponde al resultado que la persona puede obtener en un test neuropsicológico, que en caso de simulación, y cumpliendo con el criterio B de Slick et al. (1999) es fundamental.

MEDIDAS DE VALOR DIAGNÓSTICO DE LOS TESTS

Validez de un test diagnóstico

En función de clasificar a cada persona evaluada dentro de una prueba dicotómica, como puede ser caso-control, o sano-enfermo, se hace en función de que el resultado de la prueba sea positivo o negativo. Usualmente el resultado positivo se asocia con la presencia de enfermedad y un resultado de la misma con la ausencia de la misma. Se hace este análisis con respecto al estado real del sujeto, o de ser posible, con el resultado de la prueba de referencia o "Gold Standard" que haya utilizado.

La estimación de la exactitud de predicción de un test consiste en varios pasos. El primer paso de este proceso es el cálculo de la sensibilidad y la especificidad del test, que se consideran como medidas tradicionales del valor diagnóstico de un test. Éstas miden la discriminación diagnóstica de un test, comparada con la del criterio de referencia.

El análisis de su validez se obtiene calculando los valores de sensibilidad y especificidad.

La prueba de sensibilidad mide la proporción de individuos con una alteración, identificados correctamente con el test, expresado en porcentaje. Mide la capacidad del test para detectar la alteración o los casos definidos como positivos, y se denominan Verdaderos Positivos (VP) (Elwood, 1993). La sensibilidad es, por tanto, la capacidad del test para detectar la enfermedad.

La especificidad mide la proporción de los individuos sanos a los que el test identifica correctamente como tales, y se les denomina Verdaderos Negativos (VN) (Elwood, 1993). La especificidad es, por tanto, la capacidad del test para detectar los sanos.

Finalmente, estos conceptos de sensibilidad y especificidad, permiten valorar la validez de una prueba diagnóstica, pero no poseen utilidad en la práctica clínica, esto es, proporcionan información acerca de la probabilidad de obtener un resultado concreto (positivo o negativo) con respecto a la verdadera condición del sujeto con respecto a la enfermedad; sin embargo, cuando se lleva a cabo la aplicación de la prueba diagnóstica durante la actividad clínica, es necesario no carecer de información a priori acerca de su verdadero diagnóstico y se plantean preguntas como: ¿Cuál es la probabilidad de que el paciente esté realmente sano (enfermo)□y para ello se requiere realizar análisis de los valores predictivos.

LA SEGURIDAD DE UN TEST DIAGNÓSTICO. VALORES PREDICTIVOS

El segundo paso del proceso consiste en calcular los valores predictivos. La capacidad de que el test dé un resultado positivo para los que realmente están enfermos, excluyendo los falsos positivos, se llama Valor Predictivo Positivo (VPP) (Glaros & Kline, 1988; McCaffrey, Palav, O'Bryant, & Labarge, 2003). La capacidad

del test para clasificar como sanos a los que realmente no presentan la enfermedad, evitando así la exclusión de falsos negativos, se denomina Valor Predictivo Negativo (VPN) (Glaros & Kline, 1988; McCaffrey et al., 2003).

Los falsos positivos son aquellas personas sanas que obtienen una puntuación en el test semejante a la obtenida por los enfermos, que corresponde a lo denominado Error Tipo I. Los falsos negativos son aquellas personas enfermas que puntúan en el test como si estuvieran sanos, que corresponde al error Tipo II.

Si bien, entonces, la prevalencia o tasa de base es un factor determinante en los valores predictivos de un test, éstos no pueden ser utilizados como índices a la hora de comparar dos métodos diagnósticos diferentes, ni para extrapolar los resultados de otros estudios a los datos propios. Por ello, se hace necesario determinar otros índices de valoración que a su vez sean clínicamente útiles y no dependan exclusivamente de la prevalencia de la enfermedad en la población a estudiar.

INSTRUMENTO

Test de Simulación de Memoria (TOMM; Tombaugh, 1996)

El TOMM es un test de administración individual que consiste en dos ensayos de aprendizaje y un ensayo opcional de retención (selección forzada). Durante el primer intento, al participante se le muestran 50 dibujos de líneas de objetos comunes, tales como una hoja, llave inglesa, zanahoria, etc. Después de que el participante ha visto los 50 reactivos, se hace un reconocimiento de selección de los 50 dibujos. En cada hoja se presentan los 50 dibujos mostrados previamente, además de un reactivo distractor que no fue enseñado previamente. Al paciente se le informa que debe seleccionar solo un dibujo por cada reactivo y se les presentan los 50 pares de dibujos. El evaluador brinda inmediatamente retroalimentación con respecto a la selección del paciente, el cual le permite otra oportunidad para aprender el material.

Se procede igual en el segundo ensayo. Se le muestran las mismas 50 figuras, pero en diferente orden. Inmediatamente se hace la tarea de reconocimiento mediante selección de uno de los dos dibujos mostrados, del cual el sujeto solo debe seleccionar uno solo. Los reactivos distractores usados en el segundo ensayo son diferentes al primero. Inmediatamente se le retroalimenta para corregir las respuestas. Tombaugh (1996, 1997) asegura que brindar retroalimentación a los participantes, en cuanto a su rendimiento, ofrece una excelente oportunidad para motivar a los individuos a aprender el material y, por tanto, incrementar su rendimiento. Sin embargo, para las personas SDN, la retroalimentación les permite hacer un seguimiento y posiblemente, ajustar su rendimiento con más precisión a sus objetivos. El ensayo opcional de evocación diferida, puede hacerse en un intervalo de 15 minutos que no incluya ningún test visual.

Una puntuación por debajo de 45 respuestas correctas en el segundo ensayo en el TOMM se considerará como indicativo de rendimiento que invalida el test y en todos se sugiere aplicar los tres ensayos.

UTILIDAD DE TEST DE SIMULACIÓN DE LA MEMORIA (TOMM)

Se han generado muchos hallazgos significativos, como que el TOMM es capaz de diferenciar entre los grupos, es decir, entre aquellas personas probables SDN y de quienes no lo son, porque además de presentar un sustancial estímulo externo, en este caso la indemnización laboral debida al accidente presentado, no engañan o fingen presentar una alteración cognitiva importante.

El TOMM es un test de Validez de Síntomas, diseñado específicamente para detectar la exageración o la simulación de trastornos cognitivos, que con base científica permite identificar a la persona que pretende engañar al neuropsicólogo clínico con la presencia de un déficit cognitivo inexistente o menor a lo expresado o al rendimiento llevado a cabo durante una evaluación neuropsicológica, que de acuerdo con Guilmette et al. (1993); Hartman (1995) y Puerta (2010) es considerada la principal fuente de evidencia para apoyar este diagnóstico clínico.

Comenzar a poseer esta herramienta evaluativa, en nuestro contexto, facilitará a los profesionales argumentar muy bien acerca del término simulación, la cual hasta hoy, ha sido asumida con una actitud reacia frente a la controversia de la descripción de este comportamiento, pues estos resultados disminuyen notablemente los errores diagnósticos basados en la intuición clínica, al apropiarse de la evidencia científica.

En segundo lugar, los participantes sospechosos de simulación se comportan en forma notablemente diferente a otras personas, pues disminuye considerablemente su rendimiento, con respecto a los demás, incluyendo a otros pacientes con daño cerebral, en condiciones igualmente de obtener ganancias secundarias y de las personas adultas mayores, ya que con el envejecimiento se observa cierta pérdida cognitiva que no debe interpretarse como un proceso demencial (Friedland, 1993).

Por último es posible la identificación de las variables que se requiere tener en cuenta para el diagnóstico correcto. En lo que respecta al TOMM, el que una persona con probabilidades de simulación considere difícil una prueba que realmente es sencilla, facilita el aumento del comportamiento errático característico del Simulador, incrementando la sensibilidad (Bianchini et al., 2001), que de acuerdo con Puerta (2010), el punto de corte 45 en el ensayo 2, corresponde a una sensibilidad del 100% y una especificidad del 95%, lo que permite que este punto de corte se deje de convertir en una prueba de rastreo para pasar a ser un diagnóstico con evidencia clínica.

Sin embargo, la especificidad del 95%, indica que se debe ser cauteloso, porque se tiene un 5% de falsos positivos, que pueden corresponder a otros diagnósticos, tales como Deterioro Cognitivo, o Problemas Amnésicos, los cuales el test los clasificaría como Simuladores de Disfunción Neurocognitiva (Elwood, 1993; Puerta, 2010). Adicionalmente, las diferencias estadísticamente observadas entre los diferentes grupos se presentan entre todos los grupos conformados en el Ensayo de Retención, con un tamaño del efecto entre mediano y grande, lo que sugiere que estas diferencias no son difíciles de detectar entre los pacientes de manera

individual, porque las puntuaciones obtenidas en los grupos no se superponen (tamaño del efecto >0.68).

Lo anterior, apoyado en un amplio cuerpo de literatura hasta la fecha, cuando una persona puntúa por debajo en el TOMM, se puede estar seguro de que este resultado representa un pobre esfuerzo por parte del paciente. Estos resultados apoyan las conclusiones de los estudios con participantes en búsqueda de compensación laboral (Aronoff et al., 2007; O'Bryant & Lucas, 2006; Puerta, 2010; Slick, Hopp, Strauss, & Spellacy, 1996).

En lo que respecta al Ensayo 2 del TOMM al igual que al ensayo de Retención, Puerta (2010) demostró y apoyó la información que aparece en la literatura. Sin embargo, para nuestro contexto, los resultados sugieren que el uso del TOMM, se puede tener en cuenta que para considerar un probable simulador, además de cumplir el Criterio A, referido a la presencia de un importante incentivo externo, aporta sustancialmente en la descripción del criterio B, en lo que respecta a la respuesta de sesgo negativa con validez científica, y que el uso del TOMM es muy útil para ser considerado una prueba de rastreo inicial, que facilite y guíe la evaluación del paciente. Corresponde al neuropsicólogo el análisis del cumplimiento del criterio C, que permita descartar la presencia de otro factor psiquiátrico o neurológico que explique el comportamiento del paciente.

Por consiguiente, y de acuerdo con los resultados obtenidos por Puerta (2010), se sugiere fomentar la utilización del TOMM con un punto de corte que posea alta especificidad a costa de la sensibilidad, con el fin de reducir los falsos positivos. (Aronoff et al., 2007). Consecuentes con este enfoque de identificar preferiblemente a alguien que no sea simulador, en vez de no lograr identificar a una persona que esté simulando, el punto de corte de 35 en el ensayo 2 y el ensayo de retención, permite considerar que la probabilidad de clasificar a una persona como simulador sin realmente serlo es del 2%, probabilidad altamente útil en el rastreo de simulación.

Los hallazgos de Puerta (2010) en Colombia, apoyan los obtenidos por Tombaugh et al. (1996, 1997) y por Rees et al., (1998) en que se muestra una fuerte validez del TOMM al facilitar detectar la diferencia entre individuos simuladores y no simuladores con una sensibilidad que varía entre el 84% y el 100%, por lo que se puede considerar de mucha utilidad en la clínica.

En este sentido, sería muy interesante para futuros estudios seguir utilizando diversos diseños metodológicos, tal como el diseño de simulación, en la que se realizan manipulaciones experimentales para controlar las diferentes variables que pueden influir en este rendimiento.

Por último, se pudiera inferir que la incidencia de posibles casos de simulación corresponde aproximadamente al 15% de las personas que han sufrido un Traumatismo Cráneo-Encefálico y que durante la evaluación neuropsicológica se encuentran en espera que se defina su indemnización laboral, dato coherente con

los resultados de Franzen et al. (1990) y Williams (1997). Por tanto, el uso de la herramienta diagnóstica ofrecida por Puerta (2010) permitirá llegar a conclusiones más acertadas en las que el Sistema de Riesgos Profesionales consecuente con el diagnóstico (errado) comienza a brindar prestaciones asistenciales y económicas a problemas inexistentes o exagerados y de esa manera directamente disminuir los altos costos generados por un diagnóstico errado.

Lo anterior, teniendo en cuenta la información gubernamental, que de aproximadamente 467.814 trabajadores que presentan accidentes de trabajo, y la prevalencia de TEC (que corresponde a contusiones, dentro de la clasificación Estadística Internacional de Enfermedades, Traumatismos y Causas de Defunción, CIE-10), corresponde al 7.6% (Londoño, Restrepo, Poveda, Mahecha, Rocha, & Cortés, 1997), entonces la posible incidencia de TEC por accidente laboral corresponde a 35.553 personas, de las cuales es posible que 5.332 personas simulen la presencia de Disfunciones Neurocognitivas, cifra supremamente alta para facilitar asistencia médica y económica en casos que no se requieran.

BIBLIOGRAFÍA

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA). (2000). *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (4th Ed.) Text Revision*. Washington, DC: American Psychiatric Press.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA). (1987). *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (3rd Ed.) Revised*. Washington, DC: American Psychiatric Press.

ARONOFF, G., MANDEL, S., GENOVESE, E., MAITZ, E., DORTO, A., KLIMEK, E., STAATS, T. (2007). Evaluating malingering in contested injury or illness. *Pain Practice*, 7, 178-204.

ASHENDORF, L., O'BRYANT, S. E., & MCCAFFREY, R. J. (2003). Examining the specificity of malingering profiles in the CVLT and WCST in an older sample. *The Clinical neuropsychologist*, 17, 255–262.

BIANCHINI, K.J., MATHIAS, C.W., & Greve, K.W. (2001). Symptom validity testing: A critical review. *The Clinical Neuropsychologist*, 15 (1), 19-45.

DONDERS, J. (1999). Specificity of malingering formula for the Wisconsin Card Sorting Test. *Journal of Forensic Neuropsychology*, 1, 35–42.

DUJARDIN B, VAN DEN ENDE J, VAN GOMPELA, UNGER JP, VAN DER STUYFT P. (1994).

Likelihood ratios: a real improvement for clinical decision making. *European Journal Epidemiology*, 10, 29-36.

ELWOOD, R. W. (1993). Psychological tests and clinical discriminations: Beginning to address the base rate problem. *Clinical Psychology Review*, 13, 409–419.

FAUST, D., & ACKLEY, M.A. (1998). Did you think it was going to be easy? Some methodological suggestions for the investigation and development of malingering detection techniques. En C.R. Reynolds (Ed.). *Detection of malingering during head injury litigation*. New York, NY: Plenum Press, 1–54.

FLETCHER, R.H., FLETCHER, S.W., & WAGNER, E.H. (1998). *Epidemiología clínica (2da Ed.)* Madrid, España: Masson, Williams & Wilkins.

FRANZEN, M. D., IVERSON, G. L., MCCRACKEN, L. M. (1990). The detection of malingering in neuropsychological assessment. *Neuropsychology Review*, 1, 247–279.

FRIEDLAND, R. P. (1993). Epidemiology education and the ecology of Alzheimer disease. *Neurology*, 43, 246–9.

GLAROS, A. G., & KLINE, R. B. (1988). Understanding the accuracy of tests with cutting scores: The sensitivity, specificity, and predictive value model. *Journal of Clinical Psychology*, 44, 1013–1023.

GREEN, P., ALLEN, L. M., & ASTNER, K. (1996). *The Word Memory Test: A user's guide to the oral and computer-administered forms, US version 1.1*. Durham, NC: CogniSyst.

GROSSMAN, L. (1996). *Head injuries, malingering and neuropsychological testing*. URL: <http://www.fhipa.com//ipa-head.html>. Fecha última consulta: 31.08.2007.

GUILMETTTE, T. J., HART, K. J., & GUILIAN, A. J. (1993). Malingering detection: the use of forced-choice method in identifying organic versus simulated memory impairment. *The Clinical Neuropsychologist*, 7, 59–69;

HARTMAN, D. E. (1995). *Neuropsychological toxicology: Identification and assessment of human neurotoxic syndromes (2nd Ed.)* New York: Plenum Press; 1995

HATHAWAY & MCKINLEY (1981). *Inventario Multifásico de la Personalidad de Minnesota: Manual*. Madrid: TEA Ediciones.

HEINZE, M. C. & GRISSO, T. (1996). Review of instruments assessing parenting competencies used in child custody evaluations. *Behavioral Sciences and the Law*, 14, 293–313

IVERSON, G. L., FRANZEN, M. D., & MCCRACKEN, L. M. (1994). Application of a forced choice memory procedure designed to detect experimental malingering. *Archives of Clinical Neuropsychology*, 9, 437–450.

KENT, D.A, TOMASSON, K., & CORYELL, W. (1995). Course and outcome of conversion and somatization disorders. A four-year follow-up. *Psychosomatics*, 36, 138–144.

LONDOÑO, J. L., RESTREPO, H., POVEDA, J. MAHECHA, C. G., ROCHA, L. F. & CORTÉS, J. M. (1997). Costo de las prestaciones causadas por accidentes laborales en trabajadores de la industria de la construcción afiliados a la ARP-ISS, seccionales de Caldas, Risaralda y Santander. *Revista de la Facultad Nacional de Salud Pública*, 15, 121-147.

MANT J. (1999). Is the test effective □ En M. Dawes, P. Davies, A. Gray et al. (Eds). *Evidence-based practice*. Toronto: Churchill Livingstone, 133-137.

MCCAFFREY, R. J., PALAV, A., O'BRYANT, S. E., & LABARGE, A. S. (2003). *Practitioner's guide to symptom base rates in clinical neuropsychology*. New York: Plenum.

MCKHANN, G., DRACHMAN, D., FOLSTEIN, M., KATZMAN, R., PRICE, D., & STADLAN, E.M. (1984). Clinical diagnosis of Alzheimer's disease: Report from the NINCDS-ADRDA Work Group under the auspices of the Department of Health and Human Services Task Force on Alzheimer's Disease. *Neurology*, 34, 939-944.

MEEHL, P.E. & ROSEN, A. (1955). Antecedent probability and the efficiency of psychometric signs, patterns, or cutting scores. *Psychological Bulletin*, 52, 194-216.

MILLIS, S. R. (1992). The Recognition Memory Test in the detection of malingered and exaggerated memory deficits. *The Clinical Neuropsychologist*, 6, 406–414.

MILLIS, S. R. (1994). Assessment of motivation and memory with the Recognition Memory Test after financially compensable mild head injury. *Journal of Clinical Psychology*, 50, 601–605.

MITTENBERG, W., THEROUX-FICHERA, S., ZIELINSKI, R. R., & HEILBRONNER, R. L. (1995). Identification of malingering head injury on the Wechsler Adult Intelligence Scale—Revised. *Professional Psychology. Research and Practice*, 26, 491–498.

MITTENBERG, W., PATTON C, CANYOCK EM, CONDIT DC. (2002). Base rates of malingering and symptom exaggeration. *Journal of Clinical and Experimental Neuropsychology*, 24, 1094–1102.

- NIES, K.J., & SWEET, J.L. (1994). Neuropsychological assessment and malingering: A critical review of past and present strategies. *Archives of Clinical Neuropsychology*, 9(6), 501-552.
- O'BRYANT, S. E., DUFF, K., FISHER, J. M., & MCCAFFREY, R. J. (2004). Performance profiles and cut-off scores on the Memory Assessment Scale in a sample of TBI litigants. *Archives of Clinical Neuropsychology*, 19, 489-496.
- O'BRYANT, S. E. & LUCAS, J. A. (2006). Estimating the predictive value of the Test of Memory Malingering: an illustrative example for clinicians. *The Clinical Neuropsychologist*, 20, 533-540.
- REES, L. M., TOMBAUGH, T. N., GANSLER, D. A., & MOCZYNSKI, N. P. (1998). Five validation experiments of the Test of Memory Malingering (TOMM). *Psychological Assessment*, 10, 10-20.
- ROGERS, R. (1988). *Clinical Assessment of malingering and deception*. New York: Guilford Press
- ROGERS, R. (1990). Development of a new classificatory model of malingering. *Bulletin of the American Academy of Psychiatry and Law*, 18, 323-333.
- ROGERS, R. (1997). Current status of clinical methods. En R. Rogers (Ed.) *Clinical assessment of malingering and deception (2nd Ed.)* New York: The Guilford Press, 373-397.
- SLICK, D.J., SHERMAN, E.M.S., & IVERSON, G.L. (1999). Diagnostic criteria for malingered neurocognitive dysfunction: Proposed standards for clinical practice and research. *The Clinical Neuropsychologist*, 13, 545-561.
- TENHULA, W. N. & SWEET, J. J. (1996). Double cross-validation of the Booklet Category Test in detecting malingered traumatic brain injury. *The Clinical Neuropsychologist*, 10, 104-116.).
- TOMBAUGH, T. N. (1996). *Test of Memory Malingering: TOMM*. North Tonawanda, NY: Multi-Health Systems, Inc.
- TOMBAUGH, T. N. (1997). Test of Memory Malingering (TOMM): Normative data from cognitively intact and cognitively impaired individuals. *Psychological Assessment*, 9, 260-268
- TRUEBLOOD, W., & SCHMIDT, M. (1993). Malingering and other validity considerations in the neuropsychological evaluation of mild head injury. *Journal of Clinical Experimental and Neuropsychology*, 5, 197-219.

VILAR-LÓPEZ, R., SANTIAGO-RAMAJO, S., GÓMEZ-RÍO, M., VERDEJO-GARCÍA, A., LLAMAS, J.M. & PÉREZ-GARCÍA, M. (2007). Detection of malingering in a Spanish population using three specific malingering tests. *Archives of Clinical Neuropsychology*, 22, 379-388.

Williams, A. D. (1997). Special issues in the evaluation of mild traumatic brain injury. In R.J. McCaffrey, A.D. Williams, J.M. Fisher, & L.C. Laing (Eds.) *The practice of forensic neuropsychology. Meeting challenges in the courtroom*. New York: Plenum Press, 71-89.

**El gusano en la manzana
un caso de filiación visto a la
luz de los critical legal studies**

Jefferson Contreras Serrano

**EL GUSANO EN LA MANZANA
UN CASO DE FILIACIÓN VISTO A LA LUZ DE LOS *CRITICAL LEGAL
STUDIES***

AUTORES: Jefferson Contreras Serrano
Carlos Arturo Duarte Martínez
FECHA DE RECEPCIÓN: Febrero 7 de 2011
DIRECCIÓN: Hermes@unab.edu.co.

RESUMEN: Este ensayo es producto del proyecto “*Análisis normativo y jurisprudencial del derecho de familia en Colombia de 1886 a 1991*” adelantado por el Semillero de investigación en hermenéutica jurídica, Hermes, del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB, y pretende develar la ideología oculta tras el debate jurisprudencial de la década de los 40 sobre la procedencia de la declaración judicial de la paternidad natural, muerto el presunto padre.

PALABRAS CLAVES: Derecho de Familia, Filiación, Estudios Críticos del Derecho, Hermenéutica, Derecho y Religión.

ABSTRACT: This essay is product of the research called “*Statutory and case law analysis of Family Law in Colombia from 1886 to 1991*”, developed by *Hermes*, which tries to reveal the hidden ideology behind the legal debate of the 40's regarding to the possibility of judicial declaration of non-marital paternity, when the presumed father is already dead.

KEY WORDS: Family Law, Paternity, Critical Legal Studies, Hermeneutics, Law and Religion.

El gusano en la manzana un caso de filiación visto a la luz de los critical legal studies*

Jefferson Contreras Serrano
Carlos Arturo Duarte Martínez**

Introducción

Una de las ventajas de haber tenido un profesor de Introducción al Derecho de corte positivista-kelseniano es la facilidad con que, de comienzo, uno tiende a enamorarse de la carrera. Y cómo no habría de suceder esto cuando el Derecho, así visto, es tan hermoso, tan elevado, tan lejano de la mano humana que todo lo corrompe¹, libre de prejuicios morales, de mañas políticas, de *impurezas*. Ciertamente ello obedece a una estrategia, por un lado, metodológica, por cuanto quienes no hemos sido bendecidos con el don de la genialidad podemos de esta manera iniciarnos fácilmente en la comprensión de lo que algunos consideran una ciencia –entre los que se encuentra, por supuesto, nuestro profesor de Introducción al Derecho-, y por otro lado a una estrategia comercial, en la medida en que, producto de lo anterior, se logra disminuir la deserción en la facultad.

Sin embargo, pensar, por ejemplo, que la teoría del derecho es o debe ser algo “libre enteramente de toda política”², o que la decisión judicial tomada en un *caso difícil* es una *elección*³, un acto de discrecionalidad, revestido de virtudes como la

* MENCIÓN ESPECIAL en el Concurso de Investigación Formativa “OCTAVIO ARIZMENDI POSADA” (Ensayo Jurídico) 9a Versión 2010-2011, organizado por la Universidad de La Sabana.

** Estudiantes de noveno semestre de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB, pertenecientes al Semillero de investigación en hermenéutica jurídica, Hermes, del Grupo de Hermenéutica Jurídica del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la UNAB.

1 Cfr. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Emilio o De la Educación*, trad. de L. Aguirre, 22ª ed., Madrid: EDAF, 2008, Libro Primero, p. 35: “*Todo es perfecto al salir de las manos del Hacedor de todas las cosas; todo degenera entre las manos del hombre*”.

2 Prólogo a la 1ª edición de la *Teoría Pura del Derecho* (1934), en: KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho* (1960), trad. de R. Vernengo, 13ª ed., México: Porrúa, 2003, p. 9.

3 Cfr. HART, H. L. A. *El concepto de derecho* (1961), trad. G. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p. 159.

imparcialidad y la *neutralidad*⁴, a pesar de corresponder a un noble ideal –si no a un acto de pretenciosa ingenuidad-, es, ciertamente, una postura insensata e incoherente con la realidad. Desde un punto de vista filosóficamente hermenéutico –y he ahí nuestro primer presupuesto teórico- no es posible, por ejemplo, escindir completamente la obra de arte del artista⁵, puesto que éste se encuentra en estrecha relación con aquélla, al punto que, como en el cuadro de Velázquez, el pintor está inmerso dentro del cuadro, representando parte de la escena que él mismo ha representado⁶; la comprensión de la obra de arte implica, pues, la del artista creador, y ello involucra a su vez la del contexto en el cual está inserto.

En efecto, una pregunta que surge es: ¿por qué Velázquez ha querido incluirse en el cuadro? A ello se ha sugerido que su propósito era reivindicar el papel del artista, el cual para el siglo XVII era considerado en España como un artesano más, cuya subestimada labor se encontraba sujeta a impuestos⁷. Tampoco es una casualidad que el tema central de la obra sea, al menos en un primer momento, la infanta Margarita de Austria, quien de inmediato conquista la mirada del espectador, en la medida en que ella representaba la sucesión del trono español, puesto que su hermana mayor María Teresa estaba comprometida con el rey de Francia, y quien fuera su hermano y posteriormente verdadero heredero de la corona, Carlos II, aún no había nacido para la fecha en que fue pintado.

La referencia alegórica de *Las Meninas* no es caprichosa, sino que obedece al punto de partida del presente ensayo: la comprensión del derecho entraña igualmente la comprensión del artista encargado de darle vida –en este caso el juez, quien es el principal encargado de dinamizarlo- y del conjunto de circunstancias que lo determinan. Siendo la decisión judicial la obra de arte y el funcionario judicial el artista, hemos de examinar un caso concreto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, para lo cual nos basaremos en los *Estudios de Crítica Jurídica* o *Critical Legal Studies* –en adelante CLS por sus siglas en inglés-, con miras a determinar la influencia de la ideología en la decisión judicial.

Nuestro objetivo es analizar a la luz de los CLS, particularmente del trabajo de Duncan Kennedy, las decisiones de la mayoría de los magistrados de la Corte⁸

4 Cfr., *ibíd.*, p. 253.

5 Cfr. GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica* (1975), I, trad. A. Agud Aparicio y R. de Agapito, 11ª ed., Salamanca: Sígueme, 2005. Precisamente Schleiermacher (1768-1834), precursor de la hermenéutica moderna, propone la comprensión de la individualidad del hablante-autor como uno de los objetivos de la interpretación; la dimensión psicológica del arte interpretativo se manifiesta en la recreación misma del acto creador, lo cual implica ponerse en el lugar del autor desde un punto de vista tanto individual –sus intenciones, miedos, ideología, religión- como social –contexto histórico-. Al respecto: cfr., *ibíd.*, pp. 238 y ss.

6 Nos referimos a “*Las Meninas*”, *magnum opus* del maestro del barroco español Diego Velázquez (1599-1660). La alusión al cuadro de Velázquez está en: FOUCAULT, Michel. *Las palabras y las cosas* (1966), trad. E. Frost, 2ª ed., Buenos Aires: Siglo XXI, 2003, cap. 1.

7 El arte español se encontraba demeritado principalmente por su falta de independencia, a causa de la disciplina férrea de la Contrarreforma. “En un país en que la Inquisición era omnipotente, la pintura tenía que ser forzosamente una especie de monopolio de la Iglesia” (BAZIN, Germain. *Historia del arte, De la prehistoria a nuestros días*, 6ª ed., Barcelona: Omega, 1981, p. 304).

8 En este punto cabe hacer una precisión: una cosa es hablar de las “decisiones de la Corte”, y otra muy

respecto al tema de la procedencia de la declaración judicial de la paternidad muerta del presunto padre, en el periodo comprendido entre 1940 y 1955, cuando se presentó un debate interesante al interior de la corporación a raíz de los vacíos existentes en la legislación de la época, principalmente la Ley 45 de 1936, que trajo consigo un importante auge en la creatividad judicial, que desembocó en una verdadera empresa de *legislación judicial*.⁹

La tesis que pretendemos demostrar es que tras esas decisiones aparentemente jurídicas se ocultó realmente un discurso de tipo ideológico, en el que la religión católica y la teoría jurídica jugaron un papel determinante en el resultado final de la decisión. Así, veremos cómo el argumento religioso, unas veces de corte tradicional y otras veces de tipo progresista, sirvió de fundamento para decisiones jurídicas opuestas, y del mismo modo demostraremos cómo el debate teórico-jurídico que dividió la Corte Suprema de Justicia a finales de la década de 1930 e inicios de los 40 fue decisivo en la discusión sobre la procedencia de la declaratoria de filiación natural muerta del presunto padre.

El presente trabajo de investigación no tiene una conveniencia práctica, en la medida en que no va a tener un impacto social o va a resolver un problema jurídico actual –máxime cuando la discusión que nos ocupa ya está resuelta–, sino que su utilidad estriba en su valor teórico y en la suministración de un modelo metodológico para el estudio de otros casos de filiación, así como de los demás institutos jurídicos del derecho de familia¹⁰, desde una óptica quizá inexplorada y poco conocida en nuestro medio como son los CLS.

Para su desarrollo, hemos dividido el trabajo en dos partes: una primera, en que se describe a grandes rasgos el movimiento/escuela de los CLS, cómo surge y cuáles son sus postulados principales, concentrándonos en los trabajos de Duncan Kennedy, quien es uno de sus principales exponentes, y en la incidencia de la ideología en la teoría de la adjudicación, para pasar a una segunda parte donde se realiza un estudio crítico del debate ya referido, ilustrado a través de la respectiva línea jurisprudencial.

distinta es hablar de las “decisiones de la mayoría de los magistrados de la Corte”; entender que las sentencias tienen un ponente y que en ocasiones se presentan disidencias frente al resultado final es entender que aquéllas no siempre son decisiones de la totalidad de la corporación sino tan sólo de su mayoría. Esta distinción es fundamental para comprender que la toma de una decisión en una corporación judicial no siempre es pacífica, sino que a veces se convierte en una batalla de argumentos que, ineludiblemente, tienen un contenido ideológico.

⁹ El término *legislación judicial* (*judicial law making*) deviene del *common law* y se refiere al proceso de creación de derecho por los jueces, el cual no necesariamente tiene lugar en los llamados *casos difíciles* (*hard cases*).

¹⁰ Ello por cuanto este trabajo es producto del proyecto “*Análisis normativo y jurisprudencial del derecho de familia en Colombia de 1886 a 1991*” adelantado por el semillero de investigación en hermenéutica jurídica, *Hermes*, del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, UNAB.

I. DUNCAN KENNEDY Y LOS *CRITICAL LEGAL STUDIES*

Los *Estudios de Crítica Jurídica*, o *Critical Legal Studies* por sus siglas en inglés –en adelante CLS–, es un movimiento que empieza a desarrollarse en los EU en las facultades de derecho de Yale y Harvard a mediados de la década de los setenta, el cual se extingue a principios de los noventa, sobreviviendo actualmente únicamente como escuela. Se presenta como una crítica de izquierda contra la postura tradicional del derecho –identificada a grandes rasgos con el positivismo jurídico– y el análisis económico del derecho (*Law and Economics*)¹¹, cuya aspiración es “poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que construyen el Derecho mientras se ven a sí mismos como un instrumento del mismo”¹².

Desde una perspectiva de teoría del derecho, el movimiento de los CLS puede clasificarse como un desarrollo del realismo jurídico norteamericano, el cual se adscribe a lo que se ha llamado “positivismo con apertura a los hechos”¹³. Entre sus integrantes se cuentan: Duncan Kennedy (1942), Morton Horowitz (1938), Mark Tunshnet (1945), Catharine MacKinnon (1946), Peter Gabel (1947), Roberto Unger (1947), Gary Peller (1955), entre otros.

1. El movimiento y la escuela

Influenciados por los movimientos radicales de los 60 y 70 tales como el movimiento de los derechos civiles, el movimiento de los derechos de las mujeres y el movimiento anti-guerra, promovidos por las minorías afroamericanas, el movimiento feminista, el movimiento hippie, y posteriormente apoyados en parte por los grupos de los homosexuales y las lesbianas, el movimiento de los CLS surge a finales de la década de 1970 como un ataque combinado en dos frentes íntimamente relacionados; en primer lugar, un ataque contra el ala tradicional del análisis económico del derecho¹⁴, y por el otro frente, contra la postura jurídica dominante en Estados Unidos, particularmente lo relativo a la interpretación y adjudicación del derecho. Aquí es pertinente hacer una breve mención de las obras de Hart y Dworkin, dada la influencia que han tenido en los países de tradición anglosajona (o, mejor, anglonorteamericana) o del *Common Law*.

11 Cfr. ROEMER, Andrés. *La perspectiva de los estudios de la crítica jurídica*, en: *Introducción al análisis económico del derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 74.

12 KENNEDY, Duncan. *Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos*, en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 11, Alicante, 1992, p. 284. En: <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Nota%20sobre%20la%20Historia%20de%20Cls%20en%20los%20Estados%20Unidos.pdf>.

13 Esta denominación se encuentra en: FARALLI, Carla. *La filosofía del derecho contemporánea*, trad. de Santiago Perea, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, cap. 2.

14 La crítica de los CLS contra el análisis económico del derecho (*Law and Economics*) tiene muchos matices, pero quizá esto se ilustre mejor con los lemas de cada uno de los movimientos: mientras para el primero “el derecho es política”, para el segundo “el derecho es eficiencia” (Cfr. ROEMER, Andrés, op. Cit., p. 78).

El Concepto de Derecho (The Concept of Law) de Herbert Lionel Adolphus Hart (1907-2002), iusfilósofo inglés, catedrático de la Universidad de Oxford, perteneciente a la corriente de *analytical jurisprudence*, publicado en 1961, es un punto de referencia obligado en la tradición jurídica del siglo XX, no sólo en los países del *Common law*, sino también en los de derecho continental o del *Civil Law*. En él, Hart expone su teoría del derecho según la cual el sistema jurídico es básicamente “una unión compleja de reglas primarias y secundarias”¹⁵, las cuales tienden a tener un carácter general dada la naturaleza misma del lenguaje, cuya *textura abierta*¹⁶ deja ciertos espacios vacíos o *zonas de penumbra* que las reglas no alcanzan a irradiar con su luz. La vaguedad del lenguaje jurídico imposibilita la aplicación de las reglas a los *casos difíciles*¹⁷, en los cuales el lenguaje deja un ámbito discrecional al intérprete, quien, al resolver el caso, debe realizar una elección. Dicha elección no es más que un acto de creación; así, cuando el caso es *fácil*¹⁸, el juez no hace más que aplicar el derecho y, cuando es *difícil*, el juez inventa derecho¹⁹. Sin embargo, la actividad creadora del juez, según Hart, no es –o al menos no debe ser– arbitraria ni mecánica, sino que en ella:

*Se suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares en la decisión jurídica (...). Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión.*²⁰

Por su parte, Ronald Dworkin (1931), estadounidense, sucesor de Hart en la cátedra de Filosofía del Derecho en Oxford y uno de sus mayores contradictores, se opone a la idea hartiana del derecho como sistema compuesto únicamente por reglas, las cuales, según su “pedigree”, pueden ser identificadas y distinguidas de otras normas como las morales²¹; para ello fundamenta su crítica en que el derecho no está compuesto solamente por reglas sino también por principios, los cuales tienen necesariamente un contenido moral; la existencia de elementos de naturaleza moral en el derecho implica, por un lado *i)* la imposibilidad de establecer una línea divisoria definida entre el

15 HART, H. L. *El concepto de derecho* (1961), trad. G. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, p.142. No interesa acá ahondar en la subclasificación de las reglas secundarias –en reglas de adjudicación, cambio y reconocimiento– ni en la definición de cada una.

16 Cfr., *ibid.*, p. 159.

17 Un caso es *difícil* o *complicado* cuando: *i)* no existe una norma aplicable al caso, o, por el contrario, *ii)* hay conflicto entre diversas normas que lo regulan; también se da en los casos en que existe una norma con, *iii)* diversas interpretaciones, o con, *iv)* supuestos de hecho, o *v)* consecuencias de derecho múltiples. Al respecto véase: Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), 2ª ed., trad. M. Atienza e I. Espejo, CEPC, Madrid, 2007, pp. 23 y 216.

18 Un caso es *fácil* cuando hay una “situación de isonomía” entre la norma y el hecho, lo que permite subsumirlo perfectamente en la hipótesis fáctica prevista en la proposición normativa (Cfr. LÓPEZ MEDINA, D. *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2007, p. 22).

18 Cfr. HART, H. L., op. cit., p. 252.

Ibid., p. 253, subrayas fuera del original.

21 Cfr. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio* (1977), trad. M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, p. 65 y s.

derecho y la moral, y por otro, *ii*) la necesidad de desechar la regla de reconocimiento hartiana como criterio para determinar qué es derecho y qué no lo es²².

Los principios juegan un papel fundamental en la adjudicación en la medida en que sirven de fundamento para la decisión judicial, especialmente en los casos difíciles; al respecto, Dworkin se opone a la actividad creadora del juez, por considerar que fallar discrecionalmente un caso significa crear derechos retroactivos, lo cual es inadmisibles en un Estado de Derecho en la medida en que atenta directamente contra el principio democrático²³. Frente a la facultad discrecional del intérprete, Dworkin propone la figura del juez *Hércules*, el cual es una especie de super-héroe, que debe tomar la decisión correcta a cada caso concreto, para lo cual debe hacer una “reconstrucción” del caso a partir nada más y nada menos que de una teoría constitucional y de una teoría política que él mismo debe elaborar²⁴, que justifique, mejor que cualquiera otra teoría, la ley aplicable al caso. Y, no siendo esto suficiente, en relación con la fuerza gravitacional del precedente, “*Hércules debe construir un esquema de principios abstractos y concretos que ofrezca una justificación coherente para todos los precedentes de derecho consuetudinario*”²⁵. Así, frente a la existencia de múltiples respuestas posibles a causa de la textura abierta de las normas, Dworkin defiende la tesis de la única respuesta correcta²⁵.

Vistas algunas ideas de los autores referidos, debemos regresar nuevamente a los CLS para afirmar que éste se opone tanto a la tesis dworkiniana de la única respuesta correcta, como a la creencia hartiana de que la decisión judicial es un acto revestido de neutralidad e imparcialidad y, por ende, libre de ideología. Dichas concepciones, según Duncan Kennedy, son incorrectas por cuanto niegan o desconocen el grado de elección existente en la decisión judicial (en el caso de Dworkin), así como la carga política implícita en la elección (respecto a Hart)²⁷. Más adelante profundizaremos sobre algunas de las ideas de los CLS.

Históricamente, pese a no existir un “manifiesto” de los CLS, un acta de fundación del movimiento como tal, algunos autores²⁸ señalan que su nacimiento coincide con la publicación de *Knowledge and Politics* de Roberto Unger, en 1975. Según Kennedy, se pueden distinguir 3 etapas o fases de intervención del movimiento²⁹: una primera

22 Cfr., *ibid.*, cap. 3. El que el derecho no esté compuesto únicamente por reglas sino, además, por principios, no significa, en el sentir de Dworkin, que el derecho deba reducirse, pues, solamente a estos dos elementos. En efecto: “Al rechazar la idea de que el derecho es un sistema de normas, no era mi intención reemplazar esa idea por la teoría de que el derecho es un sistema de normas y principios. No hay nada a lo que se pueda llamar <<el derecho>> en cuanto colección de proposiciones discretas, cada una de ellas con su propia forma canónica” (*ibid.*, p. 470).

23 Cfr., *ibid.*, p. 150.

24 Cfr., *ibid.*, pp. 175-180.

25 *Ibid.*, p. 190.

26 Cfr., *ibid.*, p. 397.

27 Cfr. KENNEDY, Duncan. *Entrevista, La controversia política es parte del razonamiento jurídico*, en: THEMIS-Revista de Derecho 50, 2004, p. 324.

28 FARALLI, Carla, op. Cit., p. 53.

29 Cfr., KENNEDY, Duncan. *Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos*, op. Cit., pp. 285-287.

fase de nacimiento y auge entre 1977 y 1983, en la que el movimiento tiene un periodo de rápido crecimiento gracias a la adhesión de un número significativo de profesores, sumado al reclutamiento de varios estudiantes, principalmente de la facultad de derecho de Harvard. En esta primera etapa ya se distinguen dos facciones en el movimiento: “racionalistas” e “irracionalistas”, los primeros, influidos por el marxismo, la sociología de Weber y Durkheim y la historiografía pragmatista americana, y los segundos, por los movimientos de vanguardia cultural, tales como los bohemios, beatniks, hippies, y también por el marxismo de oposición, el anarcosindicalismo, el existencialismo y el feminismo radical.

La segunda fase inicia hacia 1983 con el debate sobre los derechos de la persona, el cual se desarrolla desde tres grupos del movimiento: los activistas teóricos de izquierda, las profesoras feministas y los miembros de minorías raciales; y, por último, se aprecia una tercera etapa del movimiento caracterizada por la introducción de nuevos integrantes, que a su vez traen los debates europeos sobre el post-modernismo y el post-estructuralismo.

Esta tercera fase culmina en los inicios de la década de 1990, cuando finalmente el movimiento se desmorona por diversas causas: por un lado, el rechazo de algunos de los antiguos miembros respecto de las nuevas ideas introducidas en la última etapa, lo cual genera división y dispersión del movimiento; por otro lado, el reparto del poder en el movimiento hizo que se desviara de sus objetivos primigenios para centrar su atención en asuntos específicos como la cuestión de las lesbianas y homosexuales, y el racismo. En palabras del mismo Kennedy, el movimiento “*fue bueno mientras duró, pero fue imposible que durara para siempre dadas sus divisiones políticas internas y los maltratos de la corriente política dominante*”³⁰. En la actualidad, los CLS permanecen únicamente como escuela.

2. Metodología e ideas principales

Metodológicamente, aunque comparten ciertos rasgos, no puede hablarse de univocidad de criterios en los CLS, en la medida en que en él convergen las teorías marxistas, neomarxistas, modernistas, post-modernistas, estructuralistas, post-estructuralistas y deconstructivistas; lo que sí es cierto es que todos los exponentes de CLS comparten una postura crítica —de ahí su nombre— frente a diversos temas como la redistribución del ingreso, su preocupación por el cambio social y el tinte esencialmente político del derecho. La institución de la crítica como estandarte de los CLS deriva de la influencia que sobre sus exponentes tuvo lo que se ha denominado “Escuela de Frankfurt”.

Fieles depositarios de la tradición jurídica norteamericana, los CLS comprenden el derecho no como algo aislado, sino como algo que está íntimamente relacionado con el proceso histórico. Aquí entra también su influencia marxista, al entender que “*El derecho es un instrumento de dominio social, económico y político, tanto en el*

30 KENNEDY, Duncan. *Entrevista*, op. Cit., p. 326.

sentido de apoyar los intereses concretos de los dominadores, así como en el de legitimar el orden social existente³¹. El derecho, entendido como una superestructura del orden económico imperante, viene a ser un reflejo de dicha infraestructura, lo cual inevitablemente hace que esté impregnado de ideología, es decir, del “conjunto de ideas fundamentales que caracteriza el pensamiento de una persona, colectividad o época, de un movimiento cultural, religioso o político, etc.”³², instituyéndose así como un agente al servicio del mantenimiento del *statu quo*, fuente legitimadora del orden social existente, por ende, estructuralmente hostil a la transformación social.

Sin embargo, en palabras de Kennedy, los CLS no deben reducirse sólo como marxismo o realismo; el movimiento “*En realidad, ha sido producto de un intento por lograr una nueva síntesis entre ideas pos-marxistas y pos-realistas con ideas estructuralistas y pos-estructuralistas*”³³. El estructuralismo se desarrolla a partir de los estudios de lingüística de Ferdinand de Saussure (1857-1913), para quien el lenguaje es condición de existencia de las ideas, lo que significa que sin aquél éstas no son posibles. “*Antes del lenguaje no hay nada excepto el caos de lo indistinto*”³⁴, de manera que el lenguaje y la realidad están en una relación de dependencia: “*el mundo deviene sólo a través del lenguaje y éste no existe fuera del lenguaje*”³⁵. Esto es lo que se ha llamado el enfoque constitutivo del lenguaje: “*Una vez creada la palabra tampoco puede hablarse de ella como representativa de objetos, sino como constitutiva de ellos*”³⁶. De lo anterior se sigue que el derecho, concebido como parte integrante de la realidad, está “*constituido en el lenguaje y por el lenguaje*”³⁷, y por tanto, toda actividad interpretativa, en la medida en que sea una actividad lingüística, es a su vez una actividad creadora o constitutiva de la realidad. Asumir una postura estructuralista implica necesariamente aceptar, por un lado, que el juez crea derecho, y por otro, que no es posible encontrar una respuesta única para cada caso concreto³⁸.

Con fundamento en lo anterior se deduce una de las ideas centrales de los CLS: el derecho está lleno de brechas, conflictos, ambigüedades, contradicciones,

31 ROEMER, Andrés, op. Cit., p. 75.

32 DRAE, 22ª ed.

33 KENNEDY, Duncan. *Entrevista*, op. Cit., p. 324.

34 TRÍAS MONGE, José. *Duncan Kennedy y los estudios jurídicos críticos*, en: *Teoría de la Adjudicación*, San Juan: Universidad de Puerto Rico, 2000, p. 331.

35 KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del Derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 224, citado por: AGUIRRE ROMÁN, Javier Orlando, SILVA ROJAS, Alonso y PÉREZ ROSALES, Vanessa. *Lenguaje y Derecho: Habermas y el debate iusfilosófico*, Bucaramanga (Colombia): Publicaciones UIS, 2007, p. 24.

36 TRÍAS MONGE, José, op. Cit., ídem.

37 AGUIRRE ROMÁN, Javier Orlando..., op. Cit., ídem (cursivas del original).

38 Esta postura influiría también en la obra del segundo Wittgenstein, para quien “*el hablar y el actuar están estrechamente unidos*” (ALEXY, Robert, op. Cit., p. 66), la cual a su vez repercutió en la corriente analítica, cuyo mayor exponente en el campo jurídico es Hart. La indeterminación del lenguaje jurídico provocada por la concepción del derecho como lenguaje generó una actitud de pesimismo hermenéutico en los juristas influenciados por la corriente analítica (Cfr. LÓPEZ MEDINA, op. Cit., p. 8).

indeterminaciones, de áreas donde las normas jurídicas no tienen ningún significado hasta que los actores jurídicos las interpretan y trabajan en ellas³⁹. En materia de adjudicación, los CLS se oponen al determinismo judicial, partiendo de la base de que las respuestas correctas en el derecho no existen por dos razones: primero, porque la restricción judicial, es decir, la sumisión del juez al sentido objetivo del derecho, es una ilusión ya que la objetividad inicial de las normas es apenas una apariencia⁴⁰; y segundo, porque el funcionario judicial no es realmente el ícono de constreñimiento que se cree que debe ser⁴¹; el juez no está determinado sino que goza de una amplia libertad, lo cual hace imposible la predictibilidad de la actividad judicial; esta indeterminación genera lo que se conoce como *decisionismo judicial*⁴², en el que la adjudicación siempre va a tener un mayor o menor grado de arbitrariedad, principalmente en los casos difíciles.

Arbitrariedad que está dada por la ideología. Según Kennedy, a pesar de que existe una necesidad legal de que la decisión judicial tomada sea ajena a la ideología del juez, lo cierto es que muchas veces ésta subyace oculta o escondida tras aquélla. Según el positivismo jurídico el juez debe ser reflejo de neutralidad, de ahí a que sea un anatema encontrar a un juez hablando abiertamente de su ideología y de cómo ésta determina la solución del caso. Ello se debe a que el juez debe ser un *ícono del constreñimiento*: en principio, se supone que el juez es una figura caracterizada por su fidelidad en la interpretación del derecho y en el sometimiento al mismo, razón por la cual debe ponerse él mismo a un lado aparte, para que sus intereses propios, su inclinación política, su afinidad de género, entre otros factores, no inclinen la balanza para ningún lado de la decisión. De modo que el juez debe erigirse como una especie de combatiente, librando una lucha interna consigo mismo, resistiéndose a permitir que la decisión se vea corrompida sustancialmente por lo que personalmente él cree que debe ser⁴³.

Esta es, por ejemplo, una de las razones por las cuales podemos creer en los jueces, una de las fuentes de legitimación de la actividad judicial, creencia que deviene de la Revolución Francesa, uno de cuyos pilares fue la división férrea de poderes. Frente a esta postura, la tesis de Kennedy viene a ser como un *gusano en la manzana*, en la medida en que: “[S]ome part of judicial law making in adjudication is best described as *ideological choice carried on in a discourse with a strong convención denying choice, and carried on by actors many of whom are in bad faith*”⁴⁴. La ideología ejerce una gran influencia en la interpretación y en la adjudicación, y no existe razón para negar u ocultar dicha realidad, sino, por el contrario, ello es contraproducente:

39 KENNEDY, Duncan. *Conversatorio de Duncan Kennedy con estudiantes de la Facultad de Derecho*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2010., en: <http://www.youtube.com/watch?v=rX3lvTqeYGQ&feature=related>, 7:45".

40 Cfr. KENNEDY, Duncan, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial, El Debate con la Teoría Crítica del Derecho (CLS)*, trad. por Diego López Medina, Bogotá: Siglo del Hombre, 1999, p. 102.

41 Cfr. KENNEDY, Duncan, *A critique of adjudication: [fin de siècle]*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997, p. 3 (en adelante solo “*A Critique*”).

42 ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2ª ed., Madrid: CEPC, 2008, p. 15.

43 KENNEDY, Duncan. *A Critique*, op. cit., ídem.

44 *Ibid.*, p. 4, subrayas fuera del original.

*I argue that ideology influences adjudication, by structuring legal discourse and through strategic choice in interpretation. I argue that the denial of the presence of ideology in adjudication leads to political results different from those that would occur in a situation of transparency*⁴⁵.

Kennedy aboga por la transparencia en la adjudicación: jugar con las cartas sobre la mesa, ser claros respecto a las reglas de juego. Al mismo tiempo, defiende, por un lado la eliminación de la distinción férrea entre los casos que tienen respuestas determinadas en la ley y los casos que no la tienen y que son resueltos “discrecionalmente”, o mejor, ideológicamente; por otro lado, propone la superación de la ilusión o la falsa conciencia del positivismo jurídico de la neutralidad de los jueces en la resolución de los casos y, por el contrario, el establecimiento del principio de la mala fe respecto a la actividad judicial (debemos presumir la mala fe de los jueces toda vez que mienten respecto a la influencia de su ideología en las decisiones)⁴⁶.

II. ESCILA Ó CARIBDIS

En esta segunda parte del trabajo demostraremos que el debate respecto a un problema jurídico encubrió realmente un discurso de tipo religioso en el que la religión católica, unas veces tomada en su visión ortodoxa, sirvió para justificar la negativa a la declaratoria de filiación natural muerto el presunto padre, y otras veces, a partir de una visión progresista de la misma, justificó la tesis contraria. Al mismo tiempo, demostraremos cómo paralelamente al discurso religioso oculto en el discurso jurídico, se desarrolló una batalla de tipo ideológico-teórico respecto a la concepción misma del derecho entre los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en la que se vieron dos bandos claramente diferenciados: los partidarios de la Exégesis y los de la Escuela Científica del derecho.

Para entender el desarrollo del debate primero haremos una breve reseña de la evolución histórica y legislativa sobre filiación natural desde la instauración de la República hasta la expedición de la Ley 45 de 1936. Posteriormente describiremos el debate a partir de los argumentos esgrimidos en cada uno de los dos extremos, para finalmente revelar la ideología oculta en las decisiones de los magistrados.

1. De la Regeneración a la Revolución en marcha

Luego de la derrota de los radicales y la consolidación del ala independiente del Partido Liberal en el poder con la reelección de Rafael Núñez en 1884, gracias al apoyo de los conservadores, y el aplacamiento definitivo de la guerra civil del 85 en la Humareda, emprende Núñez el propósito constituyente, anunciado ya desde los balcones del Palacio de San Carlos cuando en un acto de “magnanimidad” pronunciara tan célebres palabras: “¡La Constitución de 1863 no existe!”⁴⁷. Dicho

⁴⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁶ Cfr., *ibid.*, p. 20.

⁴⁷ Cfr. Enciclopedia de Colombia a su alcance, t. I, 2ª ed., Madrid: Espasa, 2003, p. 217.

propósito se materializa en la Constitución de 1886 que aniquiló los Estados Unidos de Colombia y fundó la República de Colombia, vigente hasta nuestros días.

La Regeneración⁴⁸ trajo consigo una profunda transformación estructural e institucional del Estado colombiano, lo cual hizo necesaria la reestructuración del ordenamiento jurídico infraconstitucional para adaptarlo al nuevo Estado unitario y confesional. Para tan encomiable empresa se conformó el Consejo Nacional Legislativo entre 1886 y 1888, encargado de fabricar un paquete de leyes que desarrollaran la nueva Constitución y reorganizaran la estructura y las instituciones nacionales, entre las que se encuentran las Leyes 57 y 153 de 1887.

La Ley 57 de 1887, “*Sobre la adopción de códigos y unificación de la legislación nacional*”, adoptó el Código Civil de la Unión de 1873, aún vigente, y clasificó a los hijos en legítimos (entre los que se incluyen los legitimados), naturales (que gozaban de reconocimiento formal de sus padres) y los ilegítimos (que eran los no-reconocidos, bien porque no podían –hijos de dañado y punible ayuntamiento, sacrilegos, adulterinos, incestuosos, espurios- o simplemente porque no lo habían sido). En materia la filiación natural, el C.C. original previó la posibilidad de investigar la paternidad natural de los hijos ilegítimos, con el objetivo de proveer al hijo para su crianza y educación hasta la obtención de una profesión y oficio.

Sin embargo, la Ley 153 de 1887, “*Que adiciona y reforma, los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887*”, abolió la investigación de la paternidad de los hijos nacidos de uniones ilegales y “*plagó de hostilidad el acto de reconocimiento voluntario de la paternidad natural*”⁴⁹, estableciendo una serie de políticas restrictivas tendentes a desincentivarlo, como la necesidad de notificación, aceptación, posibilidad de impugnación y limitación de las obligaciones del padre que reconoce únicamente a brindar alimentos.

Estas leyes de corte abiertamente conservador, imbuidas de un férreo catolicismo abrazado por la Constitución y reafirmado en la Ley 35 de 1888, mediante la cual se aprobó el Concordato con la Santa Sede, consolidándose el contubernio entre el Estado colombiano y el clero, regularon el tema de la filiación natural hasta la expedición de la Ley 45 de 1936.

48 “*La Regeneración fue un movimiento político que unió a los liberales independientes que respaldaron al doctor Rafael Núñez con los conservadores, para buscar la centralización política y la descentralización administrativa. Lucharon por una nueva Constitución, que fue la de 1886, que creó la República de Colombia. Se consolidó la república unitaria, el poder ejecutivo fuerte y el Congreso bicameral. Surgieron los departamentos, que reemplazaron a los Estados soberanos; se oficializó la religión católica como propia de la nación colombiana; asimismo la educación pública, en común acuerdo con la Iglesia. Su filosofía principal: “centralización política y descentralización administrativa”, plasmándose en los planteamientos políticos del presidente Rafael Núñez, positivista spenceriano, con el tradicionalista conservador Miguel Antonio Caro*” (ibid., pp. 211-212).

49 GÓMEZ SERRANO, Laureano y CORTÉS FALLA, Mónica. “*La irradiación constitucional en la jurisprudencia del derecho de familia en Colombia*”, en: Revista Temas Socio-Jurídicos, Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, Vol. 28, N° 59, 2010, p. 26.

Hacia 1930, el Partido Conservador había adquirido una tranquilidad pasmosa a la hora de enfrentar las elecciones presidenciales, que les daba los 44 años que llevaban en el ejercicio del poder; sin embargo, también sufría un letargo que le impedía advertir y afrontar los problemas que a final de la segunda década del siglo XX vivía el país: una corrupción asfixiante, el escándalo de la masacre de las bananeras -que fue altamente avivado desde el Senado por Jorge Eliécer Gaitán-, la crisis económica generalizada representada en el plano internacional por el “Crack del 29”, y en lo nacional por la resaca tras la “Danza de los millones” y –llamada por López Pumarejo- la “prosperidad al debe” que caracterizó a la economía por aquella época.

El Partido Liberal, que desde las elecciones de 1922 con Benjamín Herrera no presentaba candidato presidencial propio, veía la oportunidad perfecta para llegar a la Presidencia de la República, y para tal fin escogió a Enrique Olaya Herrera, quien en una campaña que no duró más de 15 días, bajo la consigna de la “*Concentración Nacional*”, no promovió una candidatura partidista sino otra abierta a diversos sectores políticos, por lo que logró agrupar a lo que quedaba del republicanismo representado en el ex-presidente Carlos E. Restrepo.

Pese a la crisis generalizada, los conservadores, como siempre, fueron más que los liberales en las urnas, pero la profunda división que los aquejaba⁵⁰ y que los llevó a que presentaran dos candidatos presidenciales, permitió que el Presidente de la República fuera liberal⁵¹. Bien advirtió el ex presidente Restrepo “...*si el partido conservador se cae, no se diga que alguien lo ha derrumbado, sino que ha caído al peso de su propia podredumbre.*”⁵²

Sería sólo hasta la elección de Alfonso López Pumarejo como Presidente de la República⁵³, que todo el ideario liberal que permaneció en silencio por casi medio siglo empezó a materializarse bajo la consigna de la Revolución en Marcha. En efecto el gobierno de López Pumarejo, al contrario del de su antecesor, se entendió a sí mismo como liberal y lo decía fuerte y claro⁵⁴.

50 Giovanni Restrepo señala como causas de esta división la muerte de monseñor Bernardo Herrera (enero, 1928), quien, como arzobispo de Bogotá, desde 1914 establecía los turnos de los candidatos presidenciales del Partido Conservador, pero su reemplazo, monseñor Ismael Perdomo fue incapaz de definir el apoyo de la Iglesia a un solo candidato, dejando a cada cura la decisión de orientar a los feligreses por cuál de los candidatos conservadores. Al respecto véase: RESTREPO, Giovanni. *El fin de la hegemonía*. En: *50 días que cambiaron la historia de Colombia*, Bogotá: Planeta y Semana, 2004, p. 191.

51 Los resultados de la elección llevada a cabo el 7 de febrero de 1930 fueron: E. Olaya: 369.934 votos, G. Valencia: 240.360, y el Gr. Vásquez Cobo, 213.583.

52 RODRIGUEZ, Gustavo. Olaya Herrera, Político, Estadista y Caudillo, 2ª Ed., Bogotá: Banco de la República, 1981.

53 López obtuvo más de 900 mil votos en unas elecciones en donde no participó el Partido Conservador.

54 En discurso pronunciado en el marco de la Semana Liberal, a finales de noviembre de 1930, López señaló que “*El Gobierno liberal no es apolítico... Está constituido como consecuencia de una tenaz campaña política; su formación obedece a un proceso político; representa la voluntad de un partido político, y ejerce sus funciones a nombre de ese partido político. Es más: es un partido político en el poder*” (López Pumarejo, *Obras Selectas*, t. I, Bogotá: Cámara de Representantes, 1979, p.368).

Desde el principio López replanteó la relación del Gobierno Nacional con los demás poderes públicos y con la iglesia, debido a que sentía gran reticencia con el modo de ejercer el poder público de los conservadores, el cual había petrificado la poca institucionalidad del Estado colombiano ya que no daba espacio para nada que no fuese dictado por la maquinaria de la hegemonía conservadora y que fuera acorde con la doctrina católica.

En relación con el Congreso de la República, se planteó no una relación de respeto como lo hizo Olaya Herrera sino de franca colegislación⁵⁵. Lo anterior era posible porque los conservadores tampoco participaron en las elecciones legislativas de 1935, por lo que el Congreso de la República era completamente liberal. De esta forma el liberalismo pudo hacer importantes reformas constitucionales, como la constitucionalización de la función social de la propiedad privada, y legales, como la expedición de la Ley 45 de 1936, la cual estableció la investigación de la paternidad natural en cinco causales.⁵⁶

Frente al poder judicial se propuso y exigió una relación de independencia; en su discurso del 17 de agosto de 1934 ante la Corte Suprema de Justicia, López Pumarejo señaló la existencia de una:

[!]naplazable necesidad de hacer justicia en los actos de gobierno, en las leyes y en la manera como los Magistrados las aplican e interpretan. El pueblo colombiano la espera ahora (...) una interpretación más equitativa de las que se vienen aplicando con arbitrariedad, y una actividad constante para mejorar las condiciones en que se mueve la administración de justicia, a fin de que pueda gozar de su principal elemento de desarrollo normal: la independencia del poder judicial, a que pesar de haber sido canon fundamental y clásico de nuestra Constitución, por el modo como aquél se forma y por el abandono en que se mantiene a los Jueces, dejó de existir permitiendo que ellos se convirtieran en épocas anteriores (...) en un instrumento de predominio político, en órganos activos de dominación de un grupo sobre los demás⁵⁷.

Más adelante López señala el derrotero político por el que trascurrió la interpretación de la Corte Suprema durante la hegemonía, sobre los textos jurídicos y que la llevó al más puro legocentrismo:

55 “Yo recibí la Presidencia de la República con el compromiso de renovar las instituciones que fueron moldes insuficientes para una nación más desarrollada y compleja, (...) de examinar sin prevención alguna todos los problemas nacionales que hubieran sido motivo de diferencias entre las corrientes antagónicas (...) El Gobierno quiere ser, más que nunca, colegislador”. Mensaje al congreso en la instalación de sus sesiones ordinarias de 1935. López Pumarejo Obras Selectas T.II, Bogotá, Cámara de Representantes, 1980, p.12.

56 Inspirada en la Ley francesa de 1912, las cinco causales de investigación de la paternidad natural de la Ley 45 de 1936 son prácticamente una transcripción de aquélla. Para el presente trabajo no nos interesa enunciarlas, salvo mencionar que, a pesar de las semejanzas entre una y otra ley, existieron algunas diferencias, las cuales darían origen al problema jurisprudencial que analizaremos más adelante.

57 CÁMARA DE REPRESENTANTES. López Pumarejo, Obras Selectas, t. I, Bogotá, 1979, p.121. Aquí López, en relación con las ideas mencionadas de los CLS influidos por el marxismo, pone en evidencia el papel político de los jueces en el mantenimiento del orden social preestablecido, al servicio anteriormente del régimen opresivo de los conservadores.

Nuestros jueces quisieron defenderse de la influencia política del Ejecutivo y buscaron asilo en una aplicación deshumanizada y fría de la ley. Las interpretaciones vivas, elásticas, comprensivas de los preceptos constitucionales y legales no pueden prosperar en un ambiente de presión ejecutiva... Para que haya una justicia inteligente, que busque siempre adaptarse a los hechos sociales, es necesaria una atmósfera de libertad judicial que no ha existido entre nosotros⁵⁸.

Este propósito de independencia y de una administración de justicia capaz de seguir los cambios sociales, se vería potencializado, cuando López tuvo la oportunidad de reemplazar a los magistrados⁵⁹, nombrando desde el dos de abril de 1935⁶⁰ a Antonio Rocha⁶¹, Eduardo Zuleta Ángel⁶², Ricardo Hinestrosa Daza⁶³, Miguel Moreno Jaramillo⁶⁴, Liborio Escallón, Arturo Tapias Pilonieta⁶⁵, Juan Francisco Mujica. Algunos de estos magistrados estarían implicados en el problema jurídico que compete a nuestra investigación.

2. El problema y la ideología

La procedencia de la declaratoria de paternidad natural muerto el presunto padre es el título de la línea jurisprudencial tras la cual se esconde un fuerte debate ideológico de tipo religioso y teórico-jurídico. La pregunta central que se hace la Corte en estos

58 *Ibid.* p. 124. La invitación de López a los nuevos magistrados que conformarán la llamada “Corte de Oro” a revitalizar el Código Civil, el cual se encuentra en un anquilosamiento amañado, se asemeja mucho a la crítica desarrollada a finales del siglo XIX e inicios del XX por la Escuela Científica del Derecho, encabezada por Francois Géný, contra la Exégesis francesa. La crítica de Géný se centra en la denuncia de la “fossilización” del derecho, de la incapacidad del *Code*, tal y como se encuentra desarrollado e interpretado por la Exégesis, para responder a las necesidades de una realidad social de finales de siglo XIX e inicios del XX sustancialmente distinta a la de 1804. (Al respecto véase: Cfr. BERNUZ BENEITEZ, María José. *Fran?ois Géný y el derecho, La lucha contra el método exegetico*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 99 y s.).

59 Según el artículo 119 de la Constitución de 1886 el Presidente de la República nombraba a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y en virtud del artículo 147 del Acto Legislativo 03 de 1910, el periodo de los magistrados era de cinco años.

60 Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho*, Bogotá: Legis, 2004, p. 311, nota 150; DUEÑAS RUIZ, Óscar José. *Hermenéutica jurídica de segundo nivel en Colombia*, en: RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto (Ed.). *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2007, pp. 582.

61 Fue el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, durante cuatro años. Fue Ministro en las dos administraciones de López Pumarejo

62 Hizo parte de la denominada “Escuela del Tolima” que hace referencia a un grupo de políticos liberales tolimeses, cuyos máximos dirigentes fueron López Pumarejo y Darío Echandía, que a partir de la Convención Liberal de Ibagué de 1922, dieron el relevo generacional dentro del Partido Liberal y que modernizarían su pensamiento y programa político. Su secretario en la Corte fue el por entonces *Delfín* López Michelsen.

63 De raigambre liberal. Combatió en la guerra civil de 1895 como Coronel del Ejército Revolucionario Liberal. Fue Magistrado de la Corte Suprema de Justicia en diversos momentos comprendidos hasta 1950.

64 Antes de ser Magistrado había sido Representante a la Cámara.

65 Santandereano, abogado del Rosario

casos es: ¿Es posible iniciar la investigación de la paternidad natural cuando el presunto padre ya ha fallecido? Alrededor de esta pregunta se organizaron dos bandos al interior de la Corte, a los que llamaremos la “tesis del No” y la “tesis del Sí”. El bando del “No” impuso su ideología desde el 26 de abril de 1940 hasta 1° de octubre de 1945, cuando la tesis del “Sí” logró sobreponérsele⁶⁶.

El problema es tratado por primera vez en la Corte, desde la expedición de la Ley 45 de 1936, en la célebre sentencia del 26 de abril de 1940, con ponencia de Fulgencio Lequerica Vélez, en la que la mayoría de la corporación resuelve no acceder al estudio de la paternidad natural muerto el presunto padre por cuanto considera extinta la acción⁶⁷. El debate surge a partir de la interpretación del artículo 7° de la Ley 45, en relación con los artículos 401, 403 y 404 del Código Civil⁶⁸; se trata ciertamente de un caso difícil⁶⁹ en la medida en que las normas que regulaban el caso admiten diversas interpretaciones, con resultados distintos.

En este punto lo común sería entrar a estudiar los argumentos *jurídicos* esgrimidos por una y otra parte, cuyos resultados se ubican en extremos opuestos, como *Escila y Caribdis* en el estrecho de Mesina. Sin embargo, nuestro objetivo, como ya lo

66 Para la ilustración del debate véase la Figura 1°, donde se grafica la respectiva línea jurisprudencial, tomando como referencia en términos generales la metodología planteada en: LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2006, pp. 167-184.

67 La forma como fue tomada la decisión es narrada detalladamente por Ricardo Hinestrosa en la sentencia del 28 de junio de 1946: “A esta conclusión [se refiere a la tesis del “No”] llegó la Sala no por unanimidad, sino siempre con votos disidentes. En el primero de esos fallos [es decir, el del 26 de abril de 1940] los dos Magistrados que la sostenían se vieron acompañados por el Conjuez que reemplazó a un Magistrado impedido [que era el mismo Hinestrosa], por la cual, sosteniendo la tesis contraria los tres restantes, ocurrió un empate para dirimir el cual intervino otro Conjuez que, adhiriendo a aquella opinión, creó una mayoría de dos Magistrados y dos Conjueces. Los otros tres Magistrados aludidos salvaron su voto” (Gaceta Judicial, t. 60, p. 716). Los magistrados que salvaron el voto fueron Arturo Tapias Pilonieta, Francisco Mujica y Hernán Salamanca. El primero desaparece de la Corte para reaparecer en la sentencia que inaugura la tesis del “Sí”, de la cual sería ponente; el segundo al parecer termina ese año su periodo, y el tercero seguiría en la corporación, salvando siempre su voto en las decisiones sobre este tema.

68 Ley 45 de 1936, “Sobre reformas civiles (filiación natural)”, marzo 5 de 1936, D. O. Año LXXII, N° 23147, art. 7°: “Las reglas de los artículos 395, 398, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil, se aplican también al caso de filiación natural”.

Artículo 401: “El fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo, no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino respecto de todos, relativamente a los efectos que dicha legitimidad acarrea.

La misma regla deberá aplicarse al fallo que declara ser verdadera o falsa una maternidad que se impugna”.

Artículo 403: “Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad, el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo.

Siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad”.

Artículo 404: “Los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia; y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que, citados, no comparecieron”.

69 Al respecto véase *supra*, la nota 17.

dijimos, es develar tras el disfraz del discurso jurídico los argumentos *teórico-jurídicos* y *religiosos* subyacentes en la decisión.

FIGURA 1°

¿Puede intentarse la declaración judicial de la paternidad natural muerto el presunto padre?		
NO		SI
• 26 Abr. 1940, F. Lequerica	• Salvamentos de voto (3) A. Tapias, F. Mujica y H. Salamanca – 26 Abr. 1940	
	• Salvamento de voto H. Salamanca – 30 Jun. 1941	
• 30 Jun. 1941, F. Lequerica	• Salvamentos (2) de voto H. Salamanca y R. Hinestrosa – 22 Sep. 1942	
• 22 Sep. 1942, I. Cepeda	• Salvamento de voto de H. Salamanca y R. Hinestrosa – 30 Sep. 1942	
	• Salvamento de voto de H. Salamanca y R. Hinestrosa – 20 Feb. 1943	
• 30 Sep. 1942, F. Lequerica	• 1 Oct. 1945, A. Tapias	
	• 28 Jun. 1946, R. Hinestrosa	
• 20 Feb. 1943, L. Escallón	• 29 Jul. 1946, J. Montalvo	
	• 23 Sep. 1946, A. Tapias	
• 14 Jul. 1943, L. Escallón	• 7 Abr. 1953, A. Bonilla	
• 9 Nov. 1943, J. Arango	• 23 Oct. 1953, P. Castillo	
• 30 Nov. 1943, J. Arango	• 15 Jul. 1954, A. Zuleta	
• Salvamento de voto E. Rodríguez – 15 Jul. 1954	• 23 Sep. 1954, L. Latorre	
	• 25 Nov. 1955, A. Zuleta	

a) El argumento teórico-jurídico

La generación de magistrados que integraron la Corte Suprema de Justicia en el periodo 1936-1940 y algunos años posteriores se conoce como la “Corte de Oro”⁷⁰. Su pensamiento estuvo influido por la corriente antiformalista francesa, protagonizada por la Escuela Científica de Francois Géný y sus colegas, organizada en abierto ataque contra la Exégesis del siglo XIX, y la jurisprudencia de conceptos de Puchta. “*Eran jurisconsultos que conocían bien los escritos de Josserand, los hermanos Mazeaud, Planiol y Ripert, Claro Solar, Fernando Vélez, León Duguit, entre otros. En su mayoría, juristas jóvenes, que expresaban una ideología progresista burguesa*”⁷¹.

Sin embargo, la recepción del antiformalismo francés no fue un proceso sencillo, ni tampoco pacífico⁷², y, como generalmente sucede, terminó por ser una mixtura entre

70 Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, op. Cit., pp. 296-308.

71 DUEÑAS RUIZ, Óscar José. *Hereméutica jurídica de segundo nivel en Colombia*, op. Cit., p. 582.

72 Cfr. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho*, op. Cit., pp. 290 y ss.

las teorías entrantes y las ideas jurídicas locales previamente arraigadas. Del mismo modo sucedió en el debate sobre la *procedencia de la declaratoria de filiación natural muerto el presunto padre*, en donde, tras la tesis del “No”, se encuentran las ideas de la Exégesis⁷³, y ocultas en la tesis del “Si” están las de la Escuela Científica⁷⁴.

En efecto, la tesis del “No” llegó a su conclusión utilizando tres argumentos propios –aunque no exclusivos- de la Exégesis, a saber: el argumento semántico, el comparativo y el genético⁷⁵. Mediante el argumento semántico la tesis del “No”, aludiendo a la claridad del texto, realiza una interpretación literal y aislada del inciso segundo del artículo 403 del Código Civil, aplicable a los casos de filiación natural por remisión del artículo 7° de la Ley 45 de 1936, y concluye que no es posible adelantar un juicio de investigación de la paternidad natural muerto el presunto padre pues estaría viciado de nulidad.

En refuerzo de lo anterior, sostiene que en el artículo 401 del Código se establece la teoría de la cosa juzgada absoluta (efectos *erga omnes*) de los fallos de filiación como una excepción a la regla general de los efectos relativos de las sentencias⁷⁶; según esta teoría, las sentencias de filiación natural no tienen efectos relativos, pues, de lo contrario se llegaría al absurdo de afirmar que, respecto a unas personas, x es hijo de y, pero respecto de otras, x no es hijo de y, atentando contra uno de los principios fundamentales de la lógica formal: el principio de no contradicción. Y, para que los fallos de filiación natural tengan efectos absolutos se requiere que intervenga el legítimo contradictor, es decir, el padre; pero si éste ya ha muerto, sería absurdo adelantar un juicio de filiación que va a producir efectos relativos.

73 Cuando hablamos de la Exégesis, nos referimos a la escuela jurídica francesa fundada, entre otros, por Claude-Étienne Delvincourt (1762-1831), Jean-Baptiste-Victor Proudhon (1758-1838), Charles Toullier (1752-1835), Jacques de Maleville (1741-1824), Georges-Antoine Chabot de l'Allier (1758-1819), y posteriormente desarrollada en su periodo de apogeo, a mediados del XIX, por los grandes comentaristas del *Code*: Alexandre Duranton (1783-1866), Charles Aubry (1803-1883), Charles Rau (1803-1877), Charles Demolombe (1804-1887), Raymond Troplong (1795-1869), Frédéric Taulier (1806-1861) y Victor-Napoléon Marcadé (1810-1854).

74 Por Escuela Científica del Derecho entendemos el movimiento gestado por Francois Géný (1861-1969) y Raymond Saleilles (1855-1912), a cuyas filas se unieron Marcel Planiol (1853-1931), Henri Capitant (1865-1937), Louis Josserand (1868-1941), René Demogue (1872-1938), Julien Bonnetcase (1878-1950) y Georges Ripert (1880-1958).

75 Estos tres argumentos pueden también llamarse, tal como son conocidos en nuestra cultura jurídica tradicional, técnicas semántica, histórica y gramatical del método exegético; sin embargo, teniendo en cuenta que para la Exégesis no había algo que se llamara “método exegético”, pues el sólo hecho de admitir la existencia de métodos de interpretación es contrario a la naturaleza del derecho mismo, el cual se presume una obra perfecta del legislador infalible, y por ende no requiere interpretación. Por ello hemos preferido utilizar la terminología de Alexy, para quien los diversos cánones de interpretación son formas de argumentos (Cfr. Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica*, op. Cit., pp. 225-240).

76 “*Res judicata inter alios aliis nequer nocere neque prodesse potest*”. En principio las sentencias solamente producen efectos inter partes; dicha regla general está prevista en el artículo 17 del Código Civil.

En segundo lugar, realizando un análisis comparativo de las legislaciones francesa de 1912 y colombiana de 1936, de la cual aquélla es fuente directa de ésta, concluye que si bien existen más semejanzas que diferencias, lo cierto es que dichas diferencias son esenciales en la resolución del caso estudiado.

La Ley francesa de 1912 había establecido un término de prescripción de 2 años para intentar la acción de filiación natural por la madre o por el tutor, contados a partir de la fecha del parto (si no ha habido “concubinato notorio”), o el mismo término contado a partir de la cesación de las relaciones (cuando sí ha habido concubinato notorio); y si la acción no se había intentado en la menor edad, el hijo tenía 1 año contado a partir del cumplimiento de la mayoría de edad. De la misma manera, comparando con otros países, en Suiza e Inglaterra había un término de 1 año, y en Bélgica, Holanda y Alemania, era de 3 años. De modo que, a pesar de corto el término, sí era posible, en dichas legislaciones, impetrar la acción una vez muerto el padre.

Por el contrario, la Ley 45 de 1936 no había señalado ningún término para intentar la acción, por tanto, y aquí entra el argumento genético, interpretando la supuesta voluntad del legislador, se concluye que implícitamente el legislador quiso que la acción se extinguiera muerto el padre. Tan es así que en los mismos antecedentes histórico-legislativos se aprecia cómo en el proyecto original de la Ley 45 establecía la presunción de la paternidad natural⁷⁷.

Frente a los argumentos del “No”, la tesis del “Sí” basa su ataque también en un argumento histórico, sumado a argumentos de tipo sistemático y teleológico, en donde se apoya incluso en la libre investigación científica, elementos característicos de la Escuela Científica del derecho. Realizando un análisis sistemático de los artículos en mención (401, 403 y 404 del CC y 7° de la Ley 45) junto con el artículo 402 y 216 y siguientes del Código Civil, la tesis del “Sí” llega a la conclusión de que no es cierto, tal como lo afirma la tesis del “No”, que el artículo 401 consagre el principio de efectos absolutos de las sentencias sobre filiación. Para llegar a dicha conclusión se ayuda a su vez en doctrina⁷⁸ francesa, chilena y colombiana.

Para la tesis del “Sí”, así como es posible adelantar un juicio de impugnación de la paternidad o maternidad por parte terceros interesados, también es posible

77 “Fue tan manifiesto el propósito del legislador colombiano de no expedir un estatuto tan amplio y generoso como lo anhelan algunos intérpretes que al presentarse el proyecto su artículo 4° estaba redactado así: “la paternidad natural **se presupone**” (...), el legislador consideró, con razón, de suma gravedad la consagración de semejante presunción...” (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia del 30 de junio de 1941, M. P. Fulgencio Lequerica Vélez, Gaceta Judicial, t. 50, p. 630, negrillas son del original). Dicha presunción, a pesar de no establecerse en el texto de la Ley 45 de 1936, sí fue establecida en la Ley 75 de 1968.

78 Recurrir a la doctrina como fuente formal es también una característica de la Escuela Científica. En efecto, el sistema de fuentes formales propuesto por Géný se estructura de la siguiente manera: *i)* ley; *ii)* costumbre y *iii)* libre investigación científica. La costumbre a su vez se divide en dos: *a)* la perfecta, que es la costumbre propiamente dicha, y *b)* la imperfecta, cual es aquélla que aún no ha pasado por la práctica, y que viene a ser la **doctrina** y la jurisprudencia. Al respecto véase: BERNUZ BENEITEZ, María José, op. Cit., pp. 116-117.

investigar la paternidad natural contra los herederos del presunto padre. Ello se debe a que los fallos de filiación pueden producir efectos absolutos o relativos, dependiendo si se dirigen o no contra legítimo contradictor⁷⁹. Sin embargo, esto no significa que se caiga en el absurdo señalado por la tesis del “No”; al contrario, se debe distinguir entre los efectos del fallo relacionados con el estado civil y las consecuencias patrimoniales del mismo, de modo que no se viola el principio de indivisibilidad del estado civil. Así, es posible que el fallo sea oponible patrimonialmente sólo respecto de quienes fueron vencidos en juicio, pero ello no significa que el hijo declarado tal lo sea sólo respecto de esas personas.

En segundo lugar, acudiendo también a la voluntad del legislador, la tesis del “Sí” utiliza el argumento histórico con el que llega a la conclusión contraria: el hecho de que la Ley 45 no hubiere establecido un término de prescripción de la acción significa que ésta no prescribe; el silencio del legislador, que en la tesis del “No” era una causal tácita o implícita de extinción de la acción, es en la tesis del “Sí” una omisión simple del legislador.

Por último, partiendo de una perspectiva teleológica, se tiene que la finalidad de la Ley 45 fue proteger a la prole ilegítima dejada al desamparo al negarle la posibilidad de investigar la paternidad natural. Aquí la tesis del “Sí” introduce elementos sociológicos y finalísticos en la interpretación respecto a una hipótesis concreta, la del *nasciturus*:

“Con la tesis de que muerto el padre muere la acción del hijo natural para reclamar su estado, piénsese en la categoría de hijos que radicalmente estarían desposeídos de la acción al nacer: los póstumos. Se hace imposible concebir que estén excluidos. No pueden estarlo, si el principio en que se inspiran los artículos 91 y 93 del Código Civil, de que la ley protege la vida y el patrimonio del que está por nacer, traduce imperativos de justicia que impiden quebrantar sin motivos legítimos la igualdad de posibilidades de los hombres ante la ley”⁸⁰

b) El argumento religioso

Como ya mencionamos en el aparte anterior, la recepción del antiformalismo francés fue un proceso complejo en el cual incidieron factores ideológicos de tipo teórico, sino también religioso. El argumento religioso adquirió diversas texturas, desde la postura tradicional-ortodoxa hasta un catolicismo de tipo progresista, que sirvió para legitimar las tesis del “No” y del “Sí” respectivamente.

⁷⁹ Esta postura había sido sostenida por el mismo Eduardo Rodríguez Piñeres en su obra *Curso elemental de derecho civil colombiano*, t. II, número 420, quien fuera conjuer en la decisión del 30 de junio de 1941 y que defendió la tesis del “No” (Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, sentencia del 1° de octubre de 1945, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, Gaceta Judicial, t. 59, p. 689). Aquí se ve claramente la mala fe del magistrado Rodríguez, según lo habíamos visto ya en Duncan Kennedy (véase *supra*, la nota 46).

⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, sentencia del 1° de octubre de 1945, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, Gaceta Judicial, t. 59, pp. 695-696. Si bien aquí también se esboza un argumento de tipo moral, lo que queremos poner de relieve es la alusión al fin previsto en la norma.

Partiendo de una postura tradicional del catolicismo, la tesis del “No” rechaza la posibilidad de investigar la paternidad natural muerto el presunto padre pues considera que ello atenta contra la tranquilidad y la seguridad familiar. Sin embargo, cuando la tesis del “No” se refiere a “la familia” en realidad se está refiriendo es a la familia legítima o a la familia inserta en el matrimonio; el matrimonio es pues el único territorio posible de la familia, pues solamente ésta puede prosperar al amparo del sacramento. El argumento religioso-tradicional, expuesto bajo la cubierta de un argumento jurídico-teleológico, reza más o menos de la siguiente manera:

*“El alto fin social de la Ley 45 es proteger a la progenie extramatrimonial y desamparada, tutelándola contra el abandono paterno o el olvido de elementales deberes impuestos por la naturaleza; pero tal protección no debe extravasar los límites de la necesidad, ni convertirse en constante amenaza de la familia, otorgándole a los aspirantes temerarios de herencias un instrumento eficaz para perturbar el ritmo de los hogares, cuando una vez fallecido el presunto padre se hace más difícil y expuesta a errores la investigación de la paternidad”.*⁸¹

Por “*motivos de seguridad*” no es posible, por tanto, “*mantener al respecto un estado de cosas de carácter indefinido*” y “*sería muy grave y funesto para las relaciones de familia sostener lo contrario*”.⁸²

Curiosamente el mismo argumento religioso, pero utilizado de un modo distinto, sirve para llegar a la conclusión contraria, tal como lo expone la tesis del “Sí”, según la cual la investigación de la paternidad natural muerto el presunto padre funciona como mecanismo para desincentivar la procreación extramatrimonial en la medida en que se evita la irresponsabilidad del padre al establecer frenos económicos a la infidelidad –lo cual ciertamente es una ingenuidad-, al tiempo que está acorde con la moral cristiana puesto que, aun cuando sea fruto del pecado, el hijo natural es también un hijo de Dios que debe gozar por tanto del mismo amor y trato legal.

Este argumento que llamaremos religioso-progresista⁸³ expresa además una necesidad legal de regular la materia, y se esboza al siguiente tenor:

“La solución jurisprudencial en este fallo adoptada lejos de desarmonizar encuadra perfectamente dentro de las normas de la moral cristiana. La unidad y estabilidad de la familia legítima cimentada por esta moral es base de austeridad en las costumbres, espíritu de orden, benevolencia y generosidad entre los hombres, virtudes que generalizadas en la sociedad hacen germinar espontáneamente el sentimiento colectivo de la justicia tan

81 Corte Suprema de Justicia, Sala de casación civil, sentencia del 30 de junio de 1941, M. P. Fulgencio Lequerica Vélez, Gaceta Judicial, t. 50, p. 624, subrayas fuera del original.

82 Ibid., pp. 626-627, subrayas fuera del original.

83 Aquí entra nuevamente la figura de Francois Géný, exponente de la Escuela Científica que sirve de fundamento para la tesis del “Sí” como ya lo vimos. De hecho, la obra de Géný se adscribe al movimiento del “modernismo” religioso, rechazado y combatido firmemente por Pío X, quien fuera papa entre 1903 y 1914. Al respecto véase: Cfr. BERNUZ BENEITEZ, María José, op. Cit., p. 28.

necesario y esencial en la convivencia de las naciones, de los individuos y grupos sociales de cada pueblo. Y no hay mayor disolvente de la familia legítima⁸⁴ que la tendencia a la procreación extramatrimonial. De ahí que si los diques de la moral religiosa con sus llamamientos a las conciencias individuales son insuficientes a contenerla, está bien que la ley positiva intervenga, permitiendo y reglamentando la investigación de la paternidad ilegítima, aun cuando no sea sino con el objeto de abrir el camino de las reparaciones patrimoniales, a modo de freno económico, mediante las cargas que se establezcan a favor de la progenie extramatrimonial, con fines de protección, pues el que ella sea fruto del pecado no autoriza la plena irresponsabilidad del padre, en el sentido de dejarla abandonada al desamparo. (...) El temor a que se perturbe el ritmo de la tranquilidad de los hogares es preocupación infundada [puesto que] (...) viviendo el padre es cuando la acción de declaración de filiación natural puede traer realmente motivos de intranquilidad y disgusto en el hogar entre el padre y la esposa o entre el padre y los hijos legítimos. Pero muerto el padre tales peligros son imaginarios, y sólo habrá de defender a los herederos contra el intento de acciones sorpresivas prevalidas en su desconocimiento de las actividades de aquél..."⁸⁵

La Corte finaliza haciendo una recomendación al legislador con el fin de aclarar el asunto de una vez por todas, y sugiriendo a la vez el establecimiento de un término de prescripción para el ejercicio de la acción, sugerencia que no sería tomada sino hasta la expedición de la Ley 75 de 1968, que en el inciso segundo de su artículo 10° señala: "*Muerto el padre la acción de investigación de la paternidad podrá adelantarse contra sus herederos y su cónyuge*", y limita la oponibilidad de los efectos patrimoniales del fallo que declara la filiación natural a quienes fueron parte en el juicio, siempre que hayan sido notificados dentro de los dos años siguientes a la defunción. El artículo décimo de la Ley 75 de 1968 representa pues el telón de fondo del presente trabajo, con el que concluye finalmente la función.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL TORRADO, Helí. *Código de Familia, Legislación, jurisprudencia, doctrina y normas complementarias*, Bogotá: Librería del profesional, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (1978), 2ª ed., trad. M. Atienza e I. Espejo, Madrid: CEPC, 2007.

BERNUZ BENEITEZ, María José. *François Gény y el derecho, La lucha contra el método exegetico*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

84 Nótese que aquí ya se distingue entre la familia legítima (entendida por la tesis del "No" como la única forma de familia posible) y, aunque propiamente no se refiera a ella, por lo menos deja el espacio abierto para la familia extramatrimonial.

85 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación civil, sentencia del 1° de octubre de 1945, M. P. Arturo Tapias Pilonieta, Gaceta Judicial, t. 59, p. 696, subrayas fuera del original.

DUEÑAS RUIZ, Óscar José. *Hermenéutica jurídica de segundo nivel en Colombia*, en: RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto (Ed.). *El derecho administrativo en los albores del siglo XXI*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2007, pp. 582-597.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio* (1977), trad. M. Guastavino, Barcelona: Ariel, 1984.

Enciclopedia de Colombia a su alcance, t. I, Madrid: Espasa, 2003.

FARALLI, Carla. *La filosofía del derecho contemporánea*, trad. S. Perea, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

GADAMER, H. G. *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica* (1960), I, trad. A. Agud Aparicio y R. de Agapito, 6ª ed., Salamanca: Sígueme, 1996.

GÓMEZ SERRANO, Laureano y CORTÉS FALLA, Mónica. “*La irradiación constitucional en la jurisprudencia del derecho de familia en Colombia*”, en: Revista Temas Socio-Jurídicos, Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga, Vol. 28, N° 59, 2010

HART, H. L. A. *El concepto de derecho* (1961), trad. G. Carrió, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.

KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho* (1960), trad. R. Vernengo, 13ª ed., Porrúa, México, 2003.

KENNEDY, Duncan. *A critique of adjudication: [fin de siècle]*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1997.

_____, Entrevista, *La controversia política es parte del razonamiento jurídico*, en: THEMIS-Revista de Derecho 50, 2004, p. 323. En la web: http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Entrevista%20a%20Duncan%20Kennedy_Themis.pdf.

_____, *Libertad y Restricción en la Decisión Judicial, El Debate con la Teoría Crítica del Derecho (CLS)*, trad. por Diego López Medina, Bogotá: Siglo del Hombre, 1999.

_____, *Nota sobre la historia de CLS en los Estados Unidos*, en: *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 11, Alicante, 1992, pp. 283-293. En la web: <http://duncankennedy.net/documents/Photo%20articles/Nota%20sobre%20la%20Historia%20de%20CLS%20en%20los%20Estados%20Unidos.pdf>.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*, 2ª ed., Bogotá: Legis, 2006.

_____, *La letra y el espíritu de la ley*, Bogotá: Universidad de los Andes, 2007.

_____, *Teoría impura del derecho*, Bogotá: Legis, 2004.

López Pumarejo, *Obras Selectas t. I*, Bogotá: Cámara de Representantes, 1979.

López Pumarejo, *Obras Selectas t. II*, Bogotá: Cámara de Representantes, 1980.

RODRÍGUEZ, Gustavo. *Olaya Herrera, Político, Estadista y Caudillo*, Bogotá: Banco de la República, 1981.

ROEMER, Andrés. *La perspectiva de los estudios de la crítica jurídica*, en: *Introducción al análisis económico del derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 73-83.

TRÍAS MONGE, José. *Duncan Kennedy y los estudios jurídicos críticos*, en: *Teoría de la Adjudicación*, San Juan: Universidad de Puerto Rico, 2000, pp. 317-337.

Sentencias⁸⁶

CSJ Civil, 26 Abr. 1940, F. Lequerica Vélez. GJ: XLIX, pp. 249-286.

CSJ Civil, 30 Jun. 1941, F. Lequerica Vélez. GJ: LI, pp. 616-640.

CSJ Civil, 22 Sep. 1942, I. Cepeda. GJ: LIV, pp. 88-101.

CSJ Civil, 20 Feb. 1943, L. Escallón. GJ: LV, pp. 32-36.

CSJ Civil, 30 Sep. 1942, F. Lequerica Vélez. GJ: LIV bis., pp. 126-133.

CSJ Civil, 14 Jul. 1943, L. Escallón. GJ: LV, pp. 587-588.

CSJ Civil, 9 Nov. 1943, J. M. Arango. GJ: LVI, pp. 268-274.

CSJ Civil, 30 Nov. 1943, J. M. Arango. GJ: LVI, p. 313.

CSJ Civil, 1 Oct. 1945, A. Tapias. GJ: LIX, pp. 682-703.

CSJ Civil, 28 Jun. 1946, R. Hineirosa. GJ: LX, pp. 714-720.

CSJ Civil, 29 Jul. 1946, J. Montalvo. GJ: LX, pp. 775-784.

CSJ Civil, 23 Sep. 1946, A. Tapias. GJ: LXI, pp. 67-77.

86 En Colombia no existe un criterio único para la citación de sentencias; por ello se ha tomado como referencia aproximada la propuesta de Diego López Medina en: *Las fuentes del argumento*, Bogotá: Legis, 2009.

CSJ Civil, 7 Abr. 1953, A. Bonilla Gutiérrez. GJ: LXXIV, pp. 578-618.

CSJ Civil, 23 Oct. 1953, P. Castillo Pineda, GJ: LXXVI, p. 637-642.

CSJ Civil, 15 Jul. 1954, A. Zuleta Ángel, GJ: LXXVIII, p. 81-83.

CSJ Civil, 23 Sep. 1954, L. Latorre, GJ: LXXVIII, p. 645-655.

CSJ Civil, 25 Nov. 1955, A. Zuleta Ángel, GJ: LXXXI, p. 638-648.

El arbitraje de la Revista Temas Socio-jurídicos fue realizado por

RTSJ002, RTSJ006, RTSJ007, RTSJ009, RTSJ0018

El listado de personas que colaboran como árbitros se encuentra en el Centro de Investigaciones Socio-jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Nivel Académico de los Autores:

Nombre	Título
Edgardo Villamil Portilla	Abogado. Especialista en Derecho Penal, Derecho Laboral y Seguridad Social, Universidad Nacional. Magister en Derecho y Economía de la Universidad Nacional
Antonio Bohórquez Ordúz	Abogado. Especialista en Derecho Comercial, Universidades Externado de Colombia y UNAB. Candidato a Doctor, Universidad Externado.
José Mauricio Marín Mora	Abogado. Especialista en Derecho de Familia, Universidades Externado de Colombia y UNAB. Magíster en Derecho de Familia, UNAB.
Norma C. Serrano Díaz	MD., MSc Genética Humana.
Isabel Cristina Puerta	Psicóloga. Especialista en Terapia Cognitiva y en Psicología Jurídica; Magíster en Neuropsicología, Universidad De San Buenaventura Doctora en Psicología con Orientación en Neurociencia Cognitiva Aplicada, Universidad Maimónides.
Patricia Díaz Gordon	Psicóloga. Especialista en Pedagogía para el aprendizaje de la Enseñanza de las matemáticas y la lecto-escritura, Convenio Universidad Externado de Colombia-UNAB. Magistra en Educación, Convenio Universidad Pontificia Javeriana-UNAB.
Javier Ochoa Silva	Abogado. Especialista en Derecho de las Telecomunicaciones y en Derecho Urbano