

EL DERECHO DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
30 AÑOS DESPUÉS DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991:
AVANCES Y PERSPECTIVAS

*THE RIGHT OF CHILDREN AND ADOLESCENTS 30 YEARS
AFTER THE 1991 CONSTITUTION: PROGRESS AND PERSPECTIVES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16 bis, junio 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 608-635

Rosa Elizabeth
GUÍO
CAMARGO

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de septiembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 22 de febrero de 2022

RESUMEN: El artículo revisa desde el enfoque neoconstitucionalista el concepto, características y conceptos de constitucionalización del derecho. Aplica uno de estos conceptos, el de la interpretación conforme con la Constitución, a la regulación jurídica para los niños, niñas y adolescentes colombianos. Señala que esta constitucionalización ocurre en dos etapas: en la primera, que abarca desde 1992 y hasta 2006, la Corte Constitucional construye doctrinas para materializar la titularidad activa de derechos de la niñez y la adolescencia; mientras que, en la segunda, desde 2007 hasta la actualidad, se consolidan las fuentes de derecho que reconocen y materializan a los niños como sujetos jurídicos plenos, con algunos matices. Se concluye que, si bien hay un avance respecto de la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, aún hay escollos que superar frente al cambio de nombre y/o del componente sexo en el registro civil de nacimiento de niños, niñas y adolescentes, el ejercicio del derecho fundamental a la muerte digna por parte de los niños; y al uso del castigo físico como herramienta de corrección parental.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalización, derechos de los niños, niñas y adolescentes, Constitución.

ABSTRACT: *The article reviews from the new constitutional approach the concept, characteristics and concepts of constitutionalizing of law. It applies one of these concepts, that of the interpretation in accordance with the Constitution, to the legal regulation for Colombian children and adolescents. It points out that this constitutionalizing occurs in two stages: in the first, which runs from 1992 to 2006, the Constitutional Court builds doctrines to materialize the active ownership of the rights of children and adolescents; while in the second, from 2007 to the present, the sources of law that recognize and materialize children as full legal subjects are consolidated, with some nuances. It is concluded that although there is progress regarding the progressive autonomy of children and adolescents, there are still obstacles to overcome in the face of the change of name and / or the sex component in the civil registration of the birth of children and adolescents, the exercise of the fundamental right to a dignified death by children; and the use of physical punishment as a parental correction tool.*

KEY WORDS: *Constitutionalization, rights of children and adolescents, Constitution.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES.- I. El surgimiento de la constitucionalización del derecho.- 2. Las características de la constitucionalización del sistema jurídico colombiano.- 3. Los conceptos de constitucionalización del derecho.- III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN – INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA EN EL DERECHO DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES.- 1. Primera etapa (1992-2006): La construcción de doctrinas para la materialización de la titularidad activa de derechos de los niños, niñas y adolescentes.- A) Doctrina sobre la prelación de los créditos por alimentos en favor de personas menores de 18 años - B) Doctrina sobre el consentimiento para entregar a un niño en adopción – C) Doctrina sobre la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes - D) Doctrina sobre las facultades de corrección de los padres para con sus hijos e hijas - E) Doctrinas con enfoque diferencial.- 2. Segunda etapa (2007 – actualidad): La consolidación normativa y jurisprudencial de los niños, niñas y adolescentes como titulares activos de derechos.- A) La positivización de algunas doctrinas de la Corte Constitucional.- B) Consolidación de líneas jurisprudenciales para la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia.- C) Normas especiales para garantizar los derechos de determinados grupos de niños, niñas y adolescentes.- IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN: UNA MIRADA AL HORIZONTE DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COLOMBIANOS.

I. INTRODUCCIÓN

El 4 de julio de 1991 fue promulgada la Constitución Política, texto en el que se señaló que Colombia es un Estado Social de Derecho (artículo 1º), y se estableció una amplia carta de derechos para todas las personas y entre ellas, los niños, las niñas y los adolescentes. Con ello, la protección que el derecho dispensa a esta población pasó de ser un asunto del ámbito privado y a cargo de los padres de familia, o en casos excepcionales a cargo de instituciones estatales para el caso de los “menores en situación irregular”; para considerarse en todos los casos como una cuestión en donde el Estado asume el papel de supremo garante de la efectividad de sus derechos, sin importar la situación en la que se encuentren. Es lo que podríamos llamar no una publicación del derecho privado¹, sino la constitucionalización del derecho² en lo que tiene que ver con las relaciones jurídicas de los niños, las niñas y los adolescentes.

Es así como en este artículo respondo a la siguiente inquietud ¿cuáles son los avances y perspectivas en la protección jurídica de los niños, las niñas y los

1 GUZMÁN BRITO, A: “El derecho público y el derecho privado”, *Revista Persona y Derecho*, 2015, núm. 72, pp. 20-21.

2 VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, Á: *Derecho civil, Tomo I Parte general y personas*, Temis, Bogotá, 2020, p. 36; GUASTINI, R: *Estudios de teoría constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, p. 154-164.

• Rosa Elizabeth Guío Camargo

Profesora de derecho civil y derecho de familia, infancia y adolescencia en la Universidad Católica de Colombia y en la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico: reguio@ucatolica.edu.co

adolescentes colombianos, 30 años después de la promulgación de la Constitución Política de 1991? Y para resolverla, estudiaré el surgimiento, las condiciones y el concepto de constitucionalización del derecho de los niños, las niñas y los adolescentes, para luego hacer una revisión legislativa y jurisprudencial de la regulación jurídica para la niñez y la adolescencia colombiana durante estos 30 años. Luego de ello, finalmente concluiré con los avances y las perspectivas en cuanto al reconocimiento efectivo de la titularidad activa de los niños, las niñas y los adolescentes en territorio colombiano.

II. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES

Como cuestión previa quiero señalar que en este artículo no utilizaré la categoría “derecho de infancia y adolescencia”, ni tampoco la de “derecho de menores”, usados muchas veces de forma indistinta por la doctrina³ para designar así al sistema que regula las relaciones jurídicas de los niños, las niñas y los adolescentes. La razón de ello es que considero que el término “infancia”, derivado del latín “in-fans” (sin voz), perpetúa la histórica condición de los niños y las niñas como un grupo homogéneo, simples espectadores – objeto sobre el cual se ejercen diferentes poderes (paternales, educativos, estatales, etc.); a su turno, el término “menores” tiene una carga negativa importante⁴, derivada de la exclusión y el etiquetamiento que durante mucho tiempo pervivió en los ordenamientos jurídicos respecto de aquellas personas menores de edad con condiciones sociales y económicas adversas. En su lugar, mencionaré el “derecho de los niños, niñas y adolescentes”, porque esta acepción sí reconoce la heterogeneidad del grupo tanto por razones de género, como por causa de la edad, y en esta medida también se constituye en una manifestación de su condición de sujetos activos titulares de derechos que deben ser oídos y cuya opinión debe tenerse en cuenta en función de su edad y desarrollo, en todos los asuntos que les afecten (Convención de los Derechos del Niño, arts. 1º, 5º y 12).

I. El surgimiento de la constitucionalización del derecho

Los avances logrados en materia de reconocimiento y protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes -y en general, de todas las personas-, hunden sus raíces en los aportes que los procesos revolucionarios ocurridos en Inglaterra,

3 PÉREZ FUENTES, G.M: “Derecho a la salud y vida de la niñez, como límite a los derechos a la privacidad y libertad religiosa”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, p. 52; MORENO SOLER, V: “La evolución de la libertad religiosa del menor de edad y su incidencia en el ámbito de la salud”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, p. 144.

4 GARCÍA RUBIO, M.P: “¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, p. 18.

Estados Unidos y Francia durante los siglos XVI y XVII hicieron a la actual configuración de los estados constitucionales.

Sintéticamente, ellos son: i) la sujeción del gobierno al derecho⁵ es el legado de la “Revolución Gloriosa”⁶, que se puso en práctica por primera vez en ii) la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, y lo complementó con la existencia de una constitución escrita y con procesos de cambio más exigentes que los de las leyes ordinarias⁷; y iii) el reconocimiento de la igualdad de todas las personas ante la ley y de la soberanía en cabeza del pueblo son el aporte de la Revolución Francesa a la consolidación de los Estados constitucionales⁸.

Posteriormente, luego de la segunda mitad del siglo XX estos tres aportes son retomados y complementados por el enfoque neoconstitucionalista, con otros dos, a saber: i) La adopción de constituciones con una parte orgánica, sobre la estructura y funcionamiento del Estado; y una parte dogmática, que recogen los fines, valores, principios y derechos que deben materializarse con la actividad de las entidades estatales. Además de ello, ii) Los tribunales constitucionales modificaron sus prácticas jurisprudenciales e incorporaron prácticas para materializar estos derechos en las personas. Con razón afirma la doctrina que en el neoconstitucionalismo “entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *Drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera.”⁹

Esta interesante mezcla entre la clásica tradición del Estado Constitucional y el novedoso rol que juegan los jueces constitucionales en la materialización de los derechos consagrados por la Constitución (lo que incluye, por supuesto, el bloque de constitucionalidad¹⁰) es uno de los elementos que nos permite deducir que

5 GERARD, W: *La revolución inglesa: visión de conjunto*. Barcelona – México, Grijalbo, 1971, pp. 23-24.

6 También denominada “Revolución incruenta” o “Revolución de 1688”.

7 TOCQUEVILLE, A: *La democracia en América*. Trad. de Dolores Sánchez de Aleu, Madrid, Alianza Editorial, 1980, p. 145.

8 JARAMILLO PÉREZ, J.F., GARCÍA VILLEGAS, M., RODRÍGUEZ VILLABONA, A.A., y UPRIMNY YEPES, R: *El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2018, pp. 18-52.

9 CARBONELL, M. *Teoría del neoconstitucionalismo ensayos escogidos*. Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 10.

10 El “bloque de constitucionalidad” es una noción a través de la que se incorporan a la Constitución normas que no aparecen directamente en su texto, y si bien se reconoce su existencia casi coetánea a la de la justicia constitucional, de forma más precisa su utilización comienza a hacerse por el Consejo Constitucional en la V República francesa. En el caso colombiano dicha noción se utiliza con propiedad por la Corte Constitucional a partir de la sentencia C-225 de 1995, fallo que se señala que el bloque de constitucionalidad se compone por “aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.” Una completa reconstrucción del origen y aplicación de este concepto

hay constitucionalización de un ordenamiento jurídico. Pero, ¿qué características debe tener un ordenamiento jurídico para considerarse constitucionalizado? Es la cuestión que resolveré en el siguiente apartado.

2. Las características de la constitucionalización del sistema jurídico colombiano

Los elementos o caracteres que permiten identificar si un ordenamiento jurídico está constitucionalizado fueron identificados por la doctrina^{II}, entendiéndose que la finalidad última de dicha constitucionalización es materializar los derechos consagrados tanto en el texto constitucional como en el bloque de constitucionalidad, para todas las personas. Así, podemos entender que el sistema jurídico colombiano está constitucionalizado, porque tiene como rasgos distintivos, los siguientes:

i) Hay supremacía de la Constitución frente a las demás normas del ordenamiento jurídico (art. 4 de la Const. Pol.), y la pervivencia del texto constitucional está respaldada porque hay un procedimiento más severo para su modificación (arts. 374 a 380 de la Const. Pol.);

ii) Se creó de un órgano judicial especializado, la Corte Constitucional, que encabeza la jurisdicción constitucional, y se encarga de "la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución" (art. 241 de la Const. Pol.);

iii) La Constitución es directamente vinculante, para toda la organización estatal y para los particulares (Art. 4° de la Const. Pol.);

iv) El legislativo debe orientar su labor al cumplimiento de los fines, principios y valores inmersos en la Constitución y a la eficacia de los mismos para todas las personas que se encuentren en el territorio colombiano (sent. T-406 de 1992);

v) La Constitución transforma relaciones sociales, en un proceso paulatino en donde deja de verse a unos sujetos como superiores y a otros como inferiores, para pasar al plano de trato digno y equitativo entre todos los miembros de la sociedad. Tal es el caso de las relaciones entre padres e hijos, que antaño eran de naturaleza vertical y de sumisión de los hijos al poder paternal, y hoy se entienden como un proceso de acompañamiento para promover la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes (Sentencia C-058 de 2018).

en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana puede verse en: UPRIMNY YEPES, R: *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, Dejusticia, Bogotá, 2001, pp. 4-25.

II GUASTINI, R: *Estudios...*, cit., pp. 154-164.

vi) La interpretación de la Ley conforme con la Constitución¹², significa acoger siempre aquella que respete los valores, principios y postulados tanto del texto constitucional como de los tratados y convenios internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia y que no pueden ser suspendidos en estados de excepción (Arts. 4º, 93 y 94 de la Const. Pol.);

vii) Finalmente, la Constitución y el bloque de constitucionalidad influyen las relaciones políticas, pues utilizan el principio de igualdad, los ejercicios de ponderación y el test de proporcionalidad, entre otros, como instrumentos para resolver los frecuentes conflictos entre principios de rango constitucional.

Una vez identificadas las características de la constitucionalización dentro del ordenamiento jurídico colombiano, es necesario indagar por el o los conceptos de constitucionalización del derecho, para revisar cual o cuales de ellos puedo acoger para revisar a la regulación de las relaciones jurídicas de los niños, las niñas y los adolescentes, tema que abordo a continuación.

3. Los conceptos de constitucionalización del derecho

Con la acepción “constitucionalización”, hago referencia a diferentes circunstancias de los ordenamientos jurídicos: así, para algunos constitucionalizar es referirse a un sistema jurídico donde hay una constitución que es cabeza del ordenamiento¹³; otros identifican la constitucionalización con la garantía y respeto de derechos que se encuentran inmersos en el texto constitucional¹⁴; hay quienes dicen que la constitucionalización ocurre cuando se pasa de un ordenamiento de hecho a uno de derecho¹⁵; y, finalmente, también se considera que hay constitucionalización del derecho cuando se da una “reinterpretación de sus institutos bajo una nueva óptica constitucional”¹⁶.

Sin entrar a debatir sobre cuál o cuáles de estos conceptos describen de mejor manera lo que significa la constitucionalización, acoyo para efectos del desarrollo de este artículo la última acepción, pues considero que en materia de la protección debida por el derecho a los niños, las niñas y los adolescentes, es esto último lo que ha ocurrido: una nueva interpretación de instituciones jurídicas¹⁷ -también llamada

12 FERNÁNDEZ CRUZ, J.A. “La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual”, *Ius et Praxis*, vol. 22. Núm. 2, 2016, p. 153.

13 BARROSO, L. R: *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, p. 19.

14 CORCUERA ATIENZA, J. y GARCÍA HERRERA, M.A: *La constitucionalización de los derechos históricos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 9 y 126.

15 CRUZ VILLALÓN, P: *La constitución inédita estudios ante la constitucionalización de Europa*. Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 14-15.

16 BARROSO, L.R: *El neoconstitucionalismo...*, cit., p. 33.

17 VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, Á: *Derecho civil...*, cit., p. 50-51.

“irradiación¹⁸ constitucional”¹⁹-, relacionadas de forma mediata o inmediata con la niñez y la adolescencia, que tiene como fin hacer efectivo el reconocimiento de todos los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos titulares de derechos, que es lo que propone tanto el texto de la Constitución (artículos 44 y 45), como la Convención de los Derechos del Niño (artículo 1º), texto normativo que por virtud del bloque de constitucionalidad se incorpora también en el ordenamiento colombiano (arts. 4º, 93 y 94 de la Constitución Política).

Como pasará a verse, este concepto de constitucionalización como interpretación conforme a la Constitución y al bloque de constitucionalidad ha sido determinante para dejar de considerar a los niños, niñas y adolescentes como “in-fans”: simples objetos destinatarios de poderes que sobre ellos ejercían los padres y/o la escuela; para ser entendidos como verdaderos sujetos titulares activos de sus derechos quienes los ejercen acompañados por sus padres, familiares y demás personas encargadas de su cuidado y atención, en un marco que propende por la autonomía progresiva.

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN – INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA EN EL DERECHO DE LOS NIÑOS, LAS NIÑAS Y LOS ADOLESCENTES

En el sistema jurídico colombiano esta constitucionalización del derecho de los niños, niñas y adolescentes, entendido como una interpretación del derecho vigente en clave de los derechos constitucionales puede dividirse en dos grandes etapas:

La primera comprende el periodo transcurrido entre 1992 y 2006, años en los cuales la Corte Constitucional fue, en efecto, activa garante de los derechos de este grupo poblacional y estructuró líneas de interpretación que permitieron la identificación de importantes derechos, aún en vigencia de normas como el Código del Menor, abiertamente contrario a los postulados de la universalidad de derechos de la niñez y la adolescencia prohijados por la Convención de los Derechos del Niño.

La segunda etapa comienza en el año 2007 y se extiende hasta nuestros días. Su inicio lo marca la entrada en vigencia del Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), que en términos generales positiviza algunas de las doctrinas estructuradas por la Corte Constitucional durante la etapa inmediatamente

18 ALEXY, R: “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 11, 2009, p. 6.

19 GÓMEZ SERRANO, L. y CORTÉS FALLA, M: “La irradiación constitucional en la jurisprudencia del derecho de familia en Colombia”, *Temas Socio – Jurídicos*, 2010, vol. 28, núm. 59, pp. 19-20.

anterior, y se erige como la regulación especial y prevalente para las relaciones jurídicas de todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en territorio colombiano. También es durante esta etapa que se profieren un sinnúmero de leyes cuyo propósito es regular aspectos especiales de distintos grupos de niños, niñas y adolescentes, complementando y ampliando así el “corpus iuris” destinado a la protección y garantía de los derechos de la niñez y la adolescencia.

I. Primera etapa (1992-2006): La construcción de doctrinas para la materialización de la titularidad activa de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Durante esta primera etapa, que comienza con la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional, esta entidad enfrentó un enorme desafío, consistente en interpretar tanto las normas del Código Civil -y las leyes que lo modificaron relacionadas con los derechos de los niños, niñas y adolescentes-, como las del Código del Menor -normativa por completo tributaria de la doctrina de la situación irregular-, de manera tal que con ellas se garantizara tanto el interés superior de este grupo poblacional, como la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos; principios esenciales del reconocimiento de los niños, las niñas y los adolescentes como sujetos de (Constitución Política, Arts. 44 y 45; y Convención de los Derechos del Niño).

No se planteó en este contexto la declaratoria de inexecutable del Código del Menor, pues dicho estudio ya había sido asumido en su oportunidad por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia -entonces encargada de resolver las acciones de inconstitucionalidad-, entidad que en sentencia No. 81 del 13 de junio de 1991 determinó que, sólo dos de las más de 60 normas demandadas fueran declaradas inexecutable por contravenir la Constitución Nacional de 1886, que regía entonces en el país.

De esta suerte, la Corte Constitucional creó con base en una interpretación sistemática, varias doctrinas cuya esencia, en el caso de las referidas a la prelación de créditos por alimentos en favor de personas menores de edad, el consentimiento para entregar a un niño en adopción y la facultades de corrección de los padres sobre los hijos, fue positivizada en diferentes leyes; mientras que en el caso de la autonomía progresiva y el enfoque diferencial, se constituyó en el fundamento de otras construcciones jurisprudenciales que continúan materializando la titularidad activa de derechos en cabeza de los niños, niñas y adolescentes, tal y como lo indico a continuación.

A) Doctrina sobre la prelación de los créditos por alimentos en favor de personas menores de 18 años

La prelación de los créditos por alimentos debidos a todas las personas menores de 18 años no fue regulada inicialmente por el Código Civil (Art. 2495).

Posteriormente la Ley 75 de 1968 modificó esta norma para reconocerlos “dentro de la quinta causa de la primera clase de créditos” (art. 33). Luego el Código del Menor (D. 2737 de 1989) los mantuvo con esa misma categoría y señaló que su reclamación se regía principalmente, por las normas de este Código, y de forma supletiva por las previstas en el Código Civil y en el Código de Procedimiento Civil (art. 134).

En 2002, y por considerar que esta gradación de los créditos por alimentos era violatoria de la prevalencia de los derechos de la niñez establecida en el artículo 44 de la Constitución Política, la Corte declaró inconstitucional la expresión “la quinta causa de”, del mencionado artículo 2495 del Código Civil, y señaló que el resto de la disposición acusada sólo podía entenderse ajustada al ordenamiento jurídico si se entendía que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, y que los créditos por alimentos en favor de menores prevalecen sobre todos los demás de la primera clase.”²⁰

Esta interpretación del artículo 2495 del Código Civil conforme con lo establecido por la Constitución Política fue positivizada en el Código de la Infancia y la Adolescencia -Ley 1098 de 2006-, donde se indica que “los créditos por alimentos a favor de los niños, las niñas y los adolescentes gozan de prelación sobre todos los demás.” (Art. 134).

B) Doctrina sobre el consentimiento para entregar a un niño²¹ en adopción

Uno de los negocios jurídicos más importantes dentro del derecho de familia es la adopción, concebida actualmente en Colombia como una medida de restablecimiento de derechos en favor de los niños, niñas y adolescentes, mediante la que se busca garantizarles su derecho a tener una familia, lo que tiene como consecuencia que entre el o los padres adoptantes y el o los niños y/o niñas adoptadas, surja el parentesco civil en todas líneas y grados que les corresponderían si su lazo fuera biológico (Ley 1098 de 2006, Artículos 61 y 64-2).

Hasta 2003, el consentimiento para entregar a un niño o niña en adopción debía ser otorgado personalmente ante el Defensor de Familia por la o las personas titulares de la patria potestad, y era este funcionario el encargado de informarles “ampliamente sobre las consecuencias e irrevocabilidad de la adopción.” (Código del Menor, art. 94). Sin embargo, y a propósito de una acción de tutela interpuesta por una mujer que agobiada por una difícil situación económica, entregó en adopción a su hija recién nacida como mecanismo para garantizar que la niña tuviera una vida diferente a la de su progenitora, la Corte sentó reglas adicionales

²⁰ Sentencia C-092 de 2002.

²¹ En este apartado la expresión “niño”, se utiliza con el sentido que le otorga la Convención de los Derechos del Niño, esto es, para referirse con ella a todas las personas menores de 18 años (Art. 1°).

para establecer que el consentimiento que se otorga para entregar a un niño en adopción fuera constitucionalmente idóneo.

Así, en la sentencia T-510 de 2003, la Corte señaló que desde el punto de vista sustancial, el consentimiento para entregar a un niño o niña en adopción debe ser i) libre de vicios (error, fuerza y dolo); ii) apto, iii) amplia y debidamente informado; iv) convenientemente asesorado; y v) no debe otorgarse como contraprestación económica. Además, indicó que los criterios mínimos para materializar el debido proceso en este asunto son: i) humanidad y sensibilidad frente a la dignidad de las personas involucradas; ii) notificar el inicio del proceso adopción; iii) prever un momento en el que se dé una amplia y debida información; iv) posteriormente, otro momento para manifestar el consentimiento; y v) algún tipo de advertencia antes del vencimiento del término para revocarlo.

Estos criterios fueron incluidos en el Código de la Infancia y la Adolescencia, norma que positivizó cada uno de estos requerimientos (art. 66), y frente a la cual el único reparo que encuentro es el hecho de que siga considerando la "enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses" como equivalente a la ausencia del padre o madre que debe otorgar el consentimiento para entregar al niño o niña en adopción, consecuencia jurídica contraria al reconocimiento de la capacidad legal para el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, consagrada tanto en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 12), como en la Ley 1996 de 2019.

C) Doctrina sobre la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

La consecuencia jurídica más importante de considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos titulares de derechos lo constituye el reconocimiento de su autonomía progresiva (Artículo 5° de la Convención de los Derechos del Niño). De acuerdo con este principio, los padres y/o las personas encargadas de su cuidado y atención no pueden imponer al niño sus creencias, pensamientos y decisiones sobre asuntos relacionados con el libre desarrollo de la personalidad y las decisiones sobre su propio cuerpo; sino que su responsabilidad consiste en acompañar el crecimiento y desarrollo del niño para que éste pueda ejercer de forma gradual sus derechos. De esta forma se introduce, como lo señala Gómez de la Torre Vargas²² una importante modificación a la autoridad parental.

22 GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M: "Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos" *Revista de Derecho (UCUDAL)*, núm. 18, 2018, p. 120.

En el sistema jurídico colombiano, si bien durante esta etapa no hay normas que señalen esta autonomía progresiva para el ejercicio de los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sí se encargó de sentar importantes bases que luego fueron retomadas por la propia Corte para impartir órdenes a algunas entidades estatales en aras de materializar este principio, especialmente frente al ejercicio del derecho fundamental a la muerte digna (T-544 de 2017) y en cuanto al cambio del nombre y/o del componente sexo en personas menores de 18 años (Sentencias T-498 de 2017, T-675 de 2017 y T-447 de 2019).

Así, en la sentencia T-411 de 1994 la Corte tuteló el derecho de una niña a recibir tratamiento médico aún cuando sus padres inicialmente se negaron a proporcionárselo con base en sus creencias religiosas; y señaló que si bien aquellos son los encargados legales del cuidado de sus hijos, ello no les autoriza a disponer sobre el estatuto ontológico de estos.

Posteriormente, en varios fallos la Corte indicó las pautas bajo las cuales se puede otorgar el consentimiento informado para que un niño, niña o adolescente se someta a una intervención quirúrgica invasiva. La Corte consideró que quien debe manifestar su consentimiento informado, cualificado y persistente para tal evento es el niño – paciente que supera los 5 años de edad; y sólo en circunstancias de urgencia, en las cuales éste no pueda emitir tal manifestación de voluntad, los padres podrán sustituir el consentimiento de quien va a someterse a la cirugía (Sentencias T-477 de 1995, SU-337 de 1999, T-551 de 1999, T-692 de 1999, T-1390 de 2000 y T-412 de 2004).

D) Doctrina sobre las facultades de corrección de los padres para con sus hijos e hijas

La facultad de corrección de los hijos es uno de los atributos que la ley les otorga a los padres como titulares de la patria potestad respecto de sus hijos (artículos 262 y 288 del Código Civil); y si bien dicha atribución fue morigerada desde 1974 (Decreto 2820, artículo 21), la Corte con apoyo en la Convención de los Derechos del Niño y la Constitución Política (arts. 12, 42 y 44), consideró que las sanciones que los padres y cuidadores pueden aplicar a los niños no comportan ninguna forma de violencia física o moral (sentencia C-371 de 1994).

Esta doctrina fue posteriormente reiterada en la segunda etapa, en las sentencias en donde se revisó la constitucionalidad de la causal de privación de la patria potestad por maltrato del hijo (C-1003 de 2007) y de la configuración del delito de violencia intrafamiliar (C-368 de 2014); así como también se constituye en

el embrión del proyecto de ley que prohíbe el uso del castigo físico o cualquier tipo de violencia como método de corrección, contra los niños, niñas y adolescentes²³.

E) Doctrinas con enfoque diferencial

En el sistema jurídico colombiano, el enfoque diferencial se concibe como “un desarrollo progresivo del principio de igualdad y no discriminación. Aunque todas las personas son iguales ante ley, esta afecta de manera diferente a cada una, de acuerdo con su condición de clase, género, grupo étnico, edad, salud física o mental y orientación sexual. Por lo anterior, para que la igualdad sea efectiva, el reconocimiento, el respeto, la protección, la garantía de derechos y el trato deben estar acordes con las particularidades propias de cada individuo.”²⁴

Así, el impacto de la legislación sobre los niños y las niñas es diferente no sólo por razón de su edad, también por su género, la pertenencia a una determinada comunidad étnica o por su condición/situación de discapacidad. Teniendo en cuenta estas diferencias, la Corte Constitucional consideró que la nulidad del matrimonio contraído por personas menores de edad (Artículo 140 núm. 2° del Código Civil) sólo se ajusta a la Carta Política si se entiende que tanto para el niño como para la niña, este negocio jurídico será nulo si se celebra cuando uno de los dos, o los dos, aún no han alcanzado la edad de 14 años (Sentencia C-507 de 2004).

Sin embargo, y aún cuando para algunos esta exequibilidad condicionada iguala la protección debida a los niños y las niñas²⁵, considero que Colombia aún no cumple con el mandato de la Convención de los Derechos del Niño, pues tanto el Comité de los Derechos del Niño como el Comité para la Eliminación de la Discriminación de la Mujer consideran que el matrimonio -de hecho o de derecho-, muy lejos de fomentar el adecuado desarrollo de los niños y, en especial de las niñas contrayentes, se convierte en un agente que fomenta dinámicas de desigualdad e incluso atenta contra la salud y la vida, por lo que debe no sólo prohibirse, sino desalentarse.

Sobre ello, los mencionados Comités indican que “El matrimonio infantil se considera una forma de matrimonio forzoso, ya que no se cuenta con el consentimiento pleno, libre e informado de una de las partes o de ninguna de ellas. Como una cuestión de respeto a las capacidades en evolución del niño y a su

23 Se trata del Proyecto de Ley 320/20 Senado, cuya conciliación fue aprobada en el Senado el pasado 27 de abril de 2021, y hasta la fecha de postulación de este artículo, se encontraba pendiente de sanción presidencial para convertirse en Ley de la República.

24 MINISTERIO DEL INTERIOR: *El enfoque diferencial y étnico en la política pública de víctimas del conflicto armado*, Bogotá, 2014, p. 4.

25 MONROY CABRA, M.G: *Derecho de familia, infancia y adolescencia*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2017, p. 34-36.

autonomía a la hora de tomar decisiones que afectan a su vida, en circunstancias excepcionales se puede permitir el matrimonio de un niño maduro y capaz menor de 18 años, siempre y cuando el niño tenga como mínimo 16 años de edad y tales decisiones las adopte un juez basándose en motivos excepcionales legítimos definidos por la legislación y en pruebas de madurez, sin dejarse influir por la cultura ni la tradición.”²⁶

Una decisión similar se adoptó en 2005, cuando la Corte Constitucional igualó las edades a partir de las cuales se considera a las personas menores de 18 años como púberes (art. 33 del Código Civil). En esta oportunidad, el alto tribunal consideró que tanto los niños como las niñas como los niños se consideran, para todos los efectos jurídicos, como púberes a partir de los 14 años de edad, y que la discriminación por razón de género que hasta entonces estuvo prohibida por la norma tiene como consecuencia una desprotección para las niñas que era contraria a lo dispuesto por los distintos tratados internacionales (sentencia C-534 de 2005).

Estas primeras decisiones que reconocieron enfoques diferenciales, y concretamente el enfoque de género, allanaron el camino para que durante la segunda etapa se consolidaran varias líneas jurisprudenciales para la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad, y así como de los que pertenecen diversos pueblos indígenas.

2. Segunda etapa (2007 – actualidad): La consolidación normativa y jurisprudencial de los niños, niñas y adolescentes como titulares activos de derechos.

En el año 2006 se promulgó el Código de la Infancia y la Adolescencia (Ley 1098 de 2006), cuerpo normativo que luego de un largo y accidentado proceso de formación legislativa, enfoca la regulación jurídica para la niñez y la adolescencia colombiana dentro del paradigma de la protección integral.

Es así como este Código se erige como la norma de aplicación prevalente y especial²⁷ para todos los niños, niñas y adolescentes ubicados en el territorio colombiano (artículo 4º) y acaba con el dualismo entre los hijos de familia y los menores en situación irregular, el cual existió en Colombia durante buena parte del siglo XX²⁸; también reconoce diferencias entre los niños, las niñas y

26 COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER y COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: *Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta*, Naciones Unidas, 2014, p. 9.

27 QUIROZ MONSALVO, A: *Manual derecho de infancia y adolescencia (aspectos sustanciales y procesales)*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2009, p. 10.

28 GUIÓ CAMARGO, R.E: “Reflexiones sobre el estatuto jurídico de la infancia y la adolescencia colombiana y su aplicación en la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 24, vol. 1, 2020, p. 207 a 208.

los adolescentes por razones de la edad, el género, la pertenencia étnica y la discapacidad; y de manera novedosa incorpora la formulación, implementación y evaluación de políticas públicas participativas²⁹ como herramientas para lograr la eficacia de la norma. En la norma se positivizan algunas de las doctrinas estructuradas por la Corte Constitucional durante el periodo 1992 – 2006; pero también se consolidan algunas otras doctrinas cuyos cimientos quedaron establecidos en la etapa inmediatamente anterior; y finalmente, se expiden varias normas que tienen por finalidad garantizar los derechos de diferentes grupos de niños, niñas y adolescentes. De ello nos ocupamos a continuación.

A) *La positivización de algunas doctrinas de la Corte Constitucional*

Tal y como se reseñó en el numeral anterior (I A) y B)), algunas de las interpretaciones de la Corte Constitucional realizadas conforme con la Constitución Política y el bloque de constitucionalidad, se convirtieron posteriormente en normas positivas dentro del texto del Código de la Infancia y la Adolescencia, como ocurrió con la prelación de los créditos por alimentos debidos a las personas menores de edad, y el consentimiento para entregar a un niño o niña en adopción.

Sobre el primer aspecto, el Código de la Infancia y la Adolescencia consagró normativamente la prelación especial que tienen las obligaciones alimentarias en favor de los niños niñas y adolescentes, cuando deba realizarse la gradación de créditos a efectos de satisfacer las obligaciones en cabeza de un deudor. Es así como el artículo 134 dispone lo siguiente: “Los créditos por alimentos a favor de los niños, las niñas y los adolescentes gozan de prelación sobre todos los demás.” Esta prelación ha llevado incluso a considerar que los créditos por alimentos debidos a personas que, si bien son mayores de edad, pero aún no alcanzan los 25 años de edad, deban ser pagados también de forma prevalente, incluso frente a medidas cautelares que hayan sido decretadas en procesos de naturaleza laboral, e incluso, de las incoadas en procesos de jurisdicción coactiva, concurren o no dichos asuntos con uno o varios procesos ejecutivos de alimentos³⁰.

Adicionalmente, y en relación con la aplicación de la prelación de créditos respecto de los acreedores cuya obligación ha sido garantizada con la suscripción de una garantía mobiliaria por parte de su deudor; y según las cuales este acreedor puede solicitar que en un proceso de reorganización empresarial su obligación sea pagada con preferencia de las de los otros acreedores que participan del

29 CUERVO DELGADO, C. “Las políticas públicas en la Ley de Infancia y Adolescencia”, en A.A.V.V.: *Ley de la Infancia y la Adolescencia: Análisis y perspectivas* (Dir. por A. QUIROZ MONSALVO y E. ESCALANTE BARRETO), Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 127-129.

30 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR: *Concepto 34 de 2019*.

acuerdo de reorganización³¹, la Corte determinó, haciendo una interpretación de las normas conforme con la Constitución, que esta preferencia sólo puede hacerse efectiva "siempre que los demás bienes del deudor sean suficientes para asegurar el pago de las obligaciones alimentarias de los niños y las salariales y prestaciones derivadas del contratos de trabajo, en caso de haberlas. En estos casos el juez del concurso deberá verificar y adoptar la correspondiente decisión." (sent. C-145 de 2018).

Otra de las doctrinas de la Corte Constitucional que fue positivizada durante la segunda etapa lo constituyen los requisitos que debe cumplir el consentimiento de la o las personas que van a entregar a un niño o niña en adopción. Como se señaló líneas atrás (I-B)), en estos casos la manifestación de voluntad no sólo debe cumplir con los requisitos generales que se exigen para la validez de todo negocio jurídico: seriedad, honestidad y ausencia de error, fuerza y/o dolo, sino que adicionalmente esta debe ser constitucionalmente idónea, lo que se traduce en que debe ser apto, amplia y debidamente informado, convenientemente asesorado; y no debe otorgarse como contraprestación de beneficios de naturaleza económica (sentencia T-510 de 2003).

Así, el artículo 66 del Código de la Infancia y la Adolescencia -Ley 1098 de 2006-, reguló estos requisitos de la siguiente forma:

"El consentimiento es la manifestación informada, libre y voluntaria de dar en adopción a un hijo o hija por parte de quienes ejercen la patria potestad ante el Defensor de Familia, quien los informará ampliamente sobre sus consecuencias jurídicas y psicosociales. Este consentimiento debe ser válido civilmente e idóneo constitucionalmente. Para que el consentimiento sea válido debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Que esté exento de error, fuerza y dolo y tenga causa y objeto lícitos.
2. Que haya sido otorgado previa información y asesoría suficientes sobre las consecuencias psicosociales y jurídicas de la decisión.

Es idóneo constitucionalmente cuando quien da el consentimiento ha sido debida y ampliamente informado, asesorado y tiene aptitud para otorgarlo. Se entenderá tener aptitud para otorgar el consentimiento un mes después del día del parto.

A efectos del consentimiento para la adopción, se entenderá la falta del padre o la madre, no solamente cuando ha fallecido, sino también cuando lo aqueja una

31 Se refiere a las prerrogativas incluidas en el artículo 50, incisos 2° y 6°, de la Ley 1676 de 2013, norma que promueve el acceso al crédito y regula las garantías mobiliarias en Colombia.

enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la adopción del hijo que está por nacer. Tampoco lo tendrá el consentimiento que se otorgue en relación con adoptantes determinados, salvo cuando el adoptivo fuere pariente del adoptante hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que fuere hijo del cónyuge o compañero permanente del adoptante.

Quien o quienes expresan su consentimiento para la adopción podrá revocarlo dentro del mes siguiente a su otorgamiento.

Los adolescentes deberán recibir apoyo psicosocial especializado por parte del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que puedan permanecer con su hijo o hija, o para otorgar el consentimiento libre e informado. El consentimiento del padre o madre menor de dieciocho (18) años tendrá validez si se manifiesta con el lleno de los requisitos establecidos en el presente artículo. En este caso estarán asistidos por sus padres, o personas que los tengan bajo su cuidado y por el Ministerio Público."

Como puede verse, la doctrina sentada por la Corte Constitucional en la sentencia T-510 de 2003 fue completamente acogida por el legislador al expedir el Código de la Infancia y la Adolescencia en 2006. Sin embargo, hoy día considero necesario hacer una revisión de la concordancia constitucional del inciso en el cual se considera a la "enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses" como equivalente a la ausencia del padre o madre que debe otorgar el consentimiento para entregar al niño o niña en adopción. La razón de esta nueva revisión constitucional radica en que hoy Colombia tiene un marco jurídico interno en donde se reconoce la capacidad legal de las personas con discapacidad, en armonía y desarrollo de lo previsto tanto por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, como por otras normas que integran el bloque de constitucionalidad.

Así, y aunque el apartado en comento fue declarado condicionalmente exequible por la Corte mediante sentencia C-741 de 2015, en la cual se señaló que la expresión "cuando lo aqueja una enfermedad mental o grave anomalía psíquica certificada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses", contenida en el inciso 3° del artículo 66 de la Ley 1098 de 2006, se ajusta a la Constitución Política "en el entendido que solo se dará por establecida la falta del padre o la madre, o de quienes detenten la patria potestad, cuando la valoración realizada por parte del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses concluya la imposibilidad para otorgar un consentimiento válido e idóneo legal y constitucionalmente"; hoy debe tenerse en cuenta que la Ley

1996 de 2019 establece que personas con discapacidad mental tienen capacidad legal. Por lo tanto, la persona con discapacidad mental hoy sí puede manifestar su consentimiento válido y constitucionalmente idóneo para entregar a su hijo o hija menor de edad en adopción, acudiendo para ello a los ajustes razonables, salvaguardias y apoyos -extrajudiciales y judiciales-, que la persona requiera para expresar mediante ellos su voluntad y preferencias al celebrar cualquier negocio jurídico, lo que, por supuesto, incluye también a la entrega en adopción de su niño o niña.

B) Consolidación de líneas jurisprudenciales para la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia

Continuando con el desarrollo de las principales características de esta segunda etapa de desarrollo del derecho de la niñez y la adolescencia con posterioridad a la Constitución Política de 1991, se evidencia de manera importante la consolidación de varias líneas jurisprudenciales, como las referidas a i) la autonomía progresiva para el ejercicio de sus derechos, ii) la limitación de las facultades correccionales de los padres sobre sus hijos; y iii) la utilización de enfoques diferenciales para la protección de diferentes grupos de niños, niñas y adolescentes.

En cuanto al ejercicio de la autonomía progresiva para que los niños, niñas y adolescentes tomen decisiones, en sede de tutela la Corte consideró que aunque las normas que regulan el cambio del componente sexo en el registro civil de nacimiento indican que uno de los requisitos es que el solicitante presente ante el Notario que va a surtir la actuación una petición en donde se indique el nombre y el número de la Cédula de Ciudadanía³²; en 2017 ordenó inaplicar en casos concretos dicha disposición por considerarla inconstitucional, para ordenar que dos adolescentes, personas menores de 18 años pero muy cercanos a cumplir la mayoría de edad, pudieran tramitar esta modificación con la presentación de su tarjeta de identidad (sentencias T-498 y T-675 de 2017).

En 2019 la Corte fue más allá, y a propósito de la acción de tutela interpuesta por la madre de un niño nacido en estado intersexual, registrado como de un género pero que posteriormente se identificó con otro, señaló que en todos los casos en los cuales haya necesidad de cambiar el nombre y/o el componente sexo en el registro civil de nacimiento de una persona menor de edad, "el accionante cuenta con la capacidad para decidir el cambio de componente sexo en el registro civil de nacimiento, en atención a: (i) el reconocimiento como sujeto titular de derechos; (ii) la consideración de sus capacidades evolutivas; y (iii) la superación del umbral sobre la comprensión del concepto de identidad de género, 5 a 7" (sentencia T-447 de 2019), asunto que actualmente se encuentra regulado por

32 Decreto 1227 de 2015, artículo 2.2.6.12.4.4.

la Instrucción Administrativa 01 de 2020, proferida por la Superintendencia de Notariado y Registro.

Pero no sólo la aplicación de la autonomía progresiva se desarrolla en asuntos relacionados con el cambio del nombre y/o el cambio del componente sexo en el registro civil de nacimiento de las personas menores de 18 años, sino que también concurre en otros escenarios. Así, el ejercicio del derecho fundamental a la muerte digna por parte de niños, niñas y adolescentes fue objeto de pronunciamiento en sede de tutela por parte de la Corte Constitucional, quien en la sentencia T-544 de 2017 ordenó al Ministerio de Salud la expedición de una reglamentación para el ejercicio de este derecho con criterios diferenciados, los cuales se materializaron en la Resolución 825 de 2018 en donde se señaló, con el apoyo de experto, que en el caso de los niños, las niñas y los adolescentes, “la toma de decisiones en el ámbito médico está definida por la concurrencia de las siguientes aptitudes: (i) capacidad de comunicar la decisión, (ii) capacidad de entendimiento, (iii) capacidad de razonar y (iv) capacidad de juicio.” (artículo 2º, numeral 2.2.)

En relación con las facultades de corrección que los padres tienen para con sus hijos, la Corte mantuvo su posición de proscribir el castigo físico como mecanismo para la educación de los menores de edad. Es así como a propósito de la causal de pérdida de la patria potestad que consistía en “El maltrato habitual del hijo, en términos de poner en peligro su vida o causarle grave daño”³³, dijo que “la causal del numeral primero que da lugar a la pérdida de la patria potestad resulta desproporcionada al someter la vigencia de la patria potestad a los maltratos habituales que pongan en peligro la vida del menor o le causen grave daño. Medida consagrada por el legislador hace más de un siglo, que no está en capacidad de lograr la protección oportuna a los niños, niñas y adolescentes exigida por la nueva Constitución de 1991” (sentencia C-1003 de 2007), lo que la llevó a concluir que las expresiones “habitual” y “en términos de poner en peligro su vida o causarle grave daño” eran contrarias al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, declaradas inconstitucionales.

Posteriormente, en la sentencia C-368 de 2014, la Corte reiteró la obligación que tienen las autoridades de intervenir modelos pedagógicos o en pautas de crianza que impliquen cualquier forma de maltrato hacia los niños, niñas y adolescentes, entendido este como “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.” (Ley 1098 de 2006, art. 18 inciso 2º), razón que justifica desde el punto de vista constitucional, la

33 Redacción original del Artículo 315, numeral 1º del Código Civil.

existencia de unas sanciones mucho mayores para el delito de violencia intrafamiliar, si se lo compara por, ejemplo, con el de lesiones personales.

Consolidada la línea jurisprudencial que proscribe el maltrato como forma válida de corrección, Colombia promulgó la Ley 2089 de 2021, en donde señala que la facultad que tienen los padres y/o titulares de la patria potestad para educar a sus hijos de acuerdo con sus creencias y valores, tiene como límite el no infligirles castigo físico, tratos crueles, y cualquier forma de violencia (Art. 1º, inciso 1º). Sin embargo, llama la atención que la misma norma señala que “El castigo físico y los tratos crueles o humillantes no serán causal de pérdida de la patria potestad o de la custodia, ni causal para procesos de emancipación, siempre y cuando no sean una conducta reiterativa y no afecte la salud mental o física del niño, niña o adolescente.” (Art. 1º, inciso 2º), por lo que considero necesario que, cuando menos, se interprete la norma -por vía general³⁴ o en cada caso concreto- en el sentido señalado por el Comité de los Derechos del Niño, quien considera que los castigos corporales -condenados tanto en instrumentos del sistema universal como en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos-, atentan contra la dignidad humana y el derecho a la integridad física de los niños, las niñas y los adolescentes³⁵.

Como lo señala la profesora María Luisa Rodríguez Peñaranda, la Constitución Política de 1991 puede considerarse como la del litigio incluyente, porque para hacer eficaces los derechos reconocidos por la Constitución y el bloque de constitucionalidad, muchos colombianos han tenido que utilizar el aparato jurisdiccional para ver satisfechos, en la práctica, los derechos que ya estaban en un texto dotado de fuerza jurídica³⁶. Así, un sinnúmero de individuos considerados como sujetos de especial protección pueden ver garantizados sus derechos de mejor manera con base en enfoques diferenciales, los cuales “hacen posible que tales acciones afirmativas sean formuladas con el impulso, formulación y seguimiento a políticas públicas a cargo principalmente del gobierno que no desconozcan las diferencias de los colectivos a proteger.”³⁷

En punto de los niños, las niñas y los adolescentes, resultan de gran importancia las decisiones proferidas para la protección de los derechos de aquellos con discapacidad, así como de quienes pertenecen a pueblos indígenas. Así, la Corte

34 Según el alcance de la interpretación de la ley que hacen tanto el legislador como la Corte Constitucional, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 25 del Código Civil y la sentencia C-820 de 2006 proferida por la Corte Constitucional.

35 COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: *Observación general núm. 8 El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)*, 2006, pp. 6-9.

36 RODRÍGUEZ PEÑARANDA, M.L.: “Dejando atrás la Constitución del litigio incluyente: el reto de la paz como bienestar social”, *Pensamiento Jurídico*, núm. 43, 2016, pp. 352 a 356.

37 RODRÍGUEZ PEÑARANDA, M.L.: *Dejando atrás...*, cit., p. 358.

Constitucional señaló, aún antes de la expedición de la Ley 1996 de 2019 y con apoyo tanto en la Convención de los Derechos del Niño (Ley 12 de 1991), como en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 1346 de 2009), que el consentimiento sustituto para la esterilización quirúrgica de adolescentes con discapacidad sólo procede si “(i) se presume la capacidad de la persona para ejercer la autonomía reproductiva; (ii) se verifique que no existe una alternativa menos invasiva que la esterilización quirúrgica; (iii) se brinden todos los apoyos y se haya hecho los ajustes razonables para que la persona pueda expresar su decisión; (iv) se compruebe la imposibilidad del consentimiento futuro; y (v) se evidencie la necesidad médica de la intervención quirúrgica.” (sentencias C-182 de 2016, T-665 de 2017 y T-231 de 2019); e incluso, en el último de los fallos impartió órdenes a la Defensoría del pueblo para acompañar el cumplimiento de la decisión judicial.

Finalmente en la sentencia T-466 de 2016, la Corte ordenó una serie de medidas encaminadas a la atención de las necesidades de los niños de la comunidad Wayúu. Un primer tipo de medidas se encaminó a la atención de la emergencia que originó la acción de tutela, mientras que el segundo tipo dispuso la implementación de políticas públicas para resolver las situaciones estructurales que propiciaron la situación de vulneración de derechos de la niñez Wayúu, y prevenir su repetición. A estas órdenes la Corte les hizo seguimiento, y en el Auto 264 de 2020 declaró cumplidas las órdenes cuarta a octava, impartidas en la T-466 de 2016, reconociendo que aún persisten situaciones de vulneración de los derechos fundamentales, por lo que ordenó dar traslado de la situación a la autoridad encargada de realizar el seguimiento a lo determinado por la sentencia T-302 de 2017, para “(i) cumplir en mayor medida los principios de economía, eficiencia y eficacia en el ejercicio de las funciones administrativas encaminadas a conjurar la situación de crisis en La Guajira; y (ii) evitar multiplicidad de pronunciamientos y de órdenes que podrían restarle eficacia a las medidas, proyectos y programas de cara al goce efectivo de los derechos fundamentales materia de protección”.

Como puede verse, la consolidación de líneas jurisprudenciales en los tres escenarios mencionados en este numeral ha contribuido tanto a la expedición de normas como a la implementación de políticas públicas encaminadas hacia la efectividad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Sin embargo, y como quedó evidenciado en algunos de los párrafos de este numeral, pareciera que la lógica de avanzar en la consolidación de un “corpus iuris” para la niñez y la adolescencia ubicada en el territorio colombiano, individual y colectivamente considerada, fuera eclipsada por los temores a desprenderse de las antiguas lógicas de represión física como forma de educación.

C) *Normas especiales para garantizar los derechos de determinados grupos de niños, niñas y adolescentes*

Posterior al Código de la Infancia y la Adolescencia, varias leyes han complementado y modificado sus disposiciones, como es el caso de la Ley 1878 de 2018, que realiza cambios en las medidas de restablecimiento de derechos y en el procedimiento administrativo de restablecimiento de derechos de la Ley 1098 de 2006; la Ley 2025 de 2020, que señala los lineamientos para la implementación de las Escuelas para Padres y Madres de Familia y Cuidadores, en las instituciones de educación preescolar, básica y media del país. y la Ley 2089 de 2021, que prohíbe el uso del castigo físico, los tratos crueles, humillantes o degradantes y cualquier tipo de violencia como método de corrección infantil.

Además, en diferentes ámbitos, Colombia se han expedido otras normas, que a título enunciativo se indican a continuación:

En materia penal, tenemos las Leyes 1154 de 2007, que aumentó la prescripción de la acción penal para delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales cuando éstos se comentan contra niños; 1181 de 2007, que aumentó las penas del delito de inasistencia alimentaria, en el evento de que éste se cometa contra un niño; 1336 de 2009, para luchar contra la explotación, la pornografía y el turismo sexual con niños; y 1761 de 2015 en la que se señalan especiales circunstancias de agravación punitiva cuando el delito de feminicidio se cometa en la persona de una niña.

Para los niños, niñas y adolescentes con discapacidad se promulgaron las leyes 1346 de 2009, que aprobó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y señaló, en su artículo 7º la obligación de los Estados partes de garantizar a los niños con discapacidad la igualdad en el ejercicio de sus derechos, la vigencia de su interés superior y la obligación de garantizar que expresen libremente su opinión, la cual debe recibirse con la “debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.”; y 1996 de 2019, que en su artículo 7º señala a los padres de personas menores de edad en situación de discapacidad mental, la obligación de ejercer la patria potestad de una forma digna y atendiendo a la progresiva autonomía de los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos.

Sobre el derecho a la salud, las leyes 1385 de 2010, indica acciones para “prevenir el síndrome de alcoholismo fetal en los bebés por el consumo de alcohol de las mujeres en estado de embarazo.”; 1388 de 2010 y 2026 de 2020, que ordenan a las aseguradoras de los servicios de salud la autorización inmediata de los servicios requeridos por los niños diagnosticados con cáncer en cualquiera de sus etapas, tipos o modalidades; 1438 de 2011, 1479 de 2012, 1608 y 1639 de 2013;

1753 de 2015, 1797 de 2016, 1929 de 2018, 1955, 1971 y 2010 de 2019; y Decreto Legislativo 538 de 2020 que regulan la atención preferente y diferencial, en materia de salud, para los niños.

En cuanto a la participación fueron expedidas la Ley 1195 de 2008, que creó en el Congreso de la República el día de los niños, niñas y adolescentes congresistas; y la Ley 1885 de 2018 que modificó el Estatuto de Ciudadanía Juvenil -personas entre 14 y 18 años-.

Para la protección de los niños y niñas más pequeños se expedieron las leyes 1468 de 2011, que aumentó la licencia de maternidad a 14 semanas, aumentadas a 16 semanas en el caso de parto múltiple; y estableció para el caso de los niños prematuros, la suma de las semanas de diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término; 1804 de 2016, que establece la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre; 1822 y 1823 de 2017, que incentivan la adecuada atención y cuidado de la primera infancia; y crean salas de lactancia.

Sobre la protección de naturaleza policiva, las Leyes 1335 de 2009 y 1801 de 2016 prohibieron la venta de tabaco a los menores de 18 años; y la Ley 2000 de 2019, que modifica el Código Nacional de Policía y Convivencia y el Código de la Infancia y la Adolescencia en materia de consumo, porte y distribución de sustancias psicoactivas en lugares con presencia de menores de edad.

Respecto de la protección de la niñez y la adolescencia más vulnerable, se expedieron las leyes 1448 de 2011, que estableció la condición de víctimas del conflicto armado para los niños desvinculados de los grupos armados al margen de la Ley (artículo 3º, parágrafo 2º), así como también señaló el enfoque diferencial para las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se les brinden; y 1997 de 2019, donde hay un régimen especial y excepcional para adquirir la nacionalidad colombiana por nacimiento para hijos e hijas de venezolanos en situación de migración regular o irregular, o de solicitantes de refugio, nacidos en territorio colombiano, con el fin de prevenir la apatridia.

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN: UNA MIRADA AL HORIZONTE DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COLOMBIANOS

El reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho es consecuencia del proceso de constitucionalización del derecho, de acuerdo con el cual se realiza una interpretación de las normas de rango legal conforme con la Constitución. En punto de la regulación jurídica para los niños, las

niñas y los adolescentes, esta constitucionalización – interpretación conforme con la Constitución Política de 1991 se surte en dos etapas.

La primera etapa que inició en 1992 con la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional y culminó en 2006 con la expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia, tuvo que responder al reto de la armonizar la legislación vigente, en muchos casos influenciada por la doctrina de la situación irregular, con las previsiones de la Convención de los Derechos del Niño, cuyo propósito orientador fue lograr protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia a través de su reconocimiento universal como como sujetos de derecho con autonomía progresiva para ejercerlos. Para resolver esta contradicción, la Corte realizó la interpretación sistemática de varias normas y desarrolló importantes doctrinas que *i)* sirvieron como fundamento para la creación de normas jurídicas; pero también estas construcciones jurisprudenciales *ii)* allanaron el camino para que en la siguiente fase otros aspectos fueran regulados reconociendo la autonomía progresiva de derechos de los niños, niñas y adolescentes; y además se expedieran normas jurídicas, se impartieran órdenes judiciales y se formularan e implementaran políticas de atención con enfoque diferencial para niñez y la adolescencia.

La segunda etapa, que inicia en 2007 con la vigencia del Código de Infancia y Adolescencia y se extiende hasta la actualidad, puede denominarse como de consolidación de las fuentes formales del derecho de la niñez y la adolescencia, porque aquí *i)* se positivizaron algunas de las construcciones jurisprudenciales elaboradas durante la época inmediatamente anterior como ocurrió con la prelación de créditos alimentarios debidos a personas menores de edad, el consentimiento constitucionalmente idóneo para entregar a un niño en adopción, y las facultades de corrección de los padres respecto de sus hijos; así como también *ii)* se consolidó el desarrollo de líneas jurisprudenciales en torno a la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes, los límites de los padres en cuanto a la corrección de sus hijos y el uso del enfoque diferencial para garantizar la efectividad de los derechos de diferentes grupos de niños; y *iii)* se promulgaron normas que en diferentes asuntos, ampliaron la regulación jurídica para la niñez y la adolescencia, y les establecieron prioridades en tanto sujetos de especial protección constitucional.

Este balance, que en principio es satisfactorio y alentador, tiene algunos puntos débiles que amenazan la universalidad de derechos pretendida por la Convención de los Derechos del Niño. Es el caso de la jurisprudencia sobre autonomía progresiva para el cambio de nombre y/o el componente sexo del registro civil de nacimiento y el ejercicio del derecho fundamental a la muerte digna, asuntos que para el caso de los niños, niñas y adolescentes ha derivado en la expedición, por orden de la Corte Constitucional, de directrices y/o resoluciones que pueden

no ser conocidas por todos los sujetos interesados en su aplicación (niños trans, en estado intersexual, con enfermedades incurables, etc). Otro tanto ocurre con las facultades de corrección de los padres para con sus hijos, ya que los tratados internacionales de protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, los organismos encargados de interpretar estos instrumentos y la jurisprudencia constitucional prohíben el uso del castigo físico como herramienta de corrección; la reciente ley sobre el tema señala que cuando este se propina de forma ocasional, no genera sanciones como la emancipación o la pérdida de la patria potestad, lo que equivale a mantener su uso “moderado” en el ámbito familiar, en contravía con lo dispuesto por el derecho internacional de la niñez y la adolescencia.

BIBLIOGRAFÍA.

ALEXY, R: "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 11, 2009, pp. 3-14.

BARROSO, L. R: *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.

CARBONELL, M. *Teoría del neoconstitucionalismo ensayos escogidos*. Editorial Trotta, Madrid, 2007.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: *Observación general núm. 8 El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)*, 2006.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER y COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: *Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta*, Naciones Unidas, 2014.

CORCUERA ATIENZA, J. y GARCÍA HERRERA, M.A: *La constitucionalización de los derechos históricos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

CUERVO DELGADO, C. "Las políticas públicas en la Ley de Infancia y Adolescencia", en A.A.V.V.: *Ley de la Infancia y la Adolescencia: Análisis y perspectivas* (Dir. por A. QUIROZ MONSALVO y E. ESCALANTE BARRETO), Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 126-144.

CRUZ VILLALÓN, P: *La constitución inédita estudios ante la constitucionalización de Europa*. Editorial Trotta, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ CRUZ, J.A. "La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual", *Ius et Praxis*, vol. 22. Núm. 2, 2016, pp. 153-188.

GARCÍA RUBIO, M.P: "¿Qué es y para qué sirve el interés del menor?", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 14-49.

GERARD, W: *La revolución inglesa: visión de conjunto*. Barcelona – México, Grijalbo, 1971.

GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS, M: "Las implicancias de considerar al niño sujeto de derechos" *Revista de Derecho (UCUDAL)*, núm. 18, 2018, pp. 117-137.

GÓMEZ SERRANO, L. y CORTÉS FALLA, M: “La irradiación constitucional en la jurisprudencia del derecho de familia en Colombia”, *Temas Socio – Jurídicos*, 2010, vol. 28, núm. 59, pp. 17-51.

GUASTINI, R: *Estudios de teoría constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

GUÍO CAMARGO, R.E: “Reflexiones sobre el estatuto jurídico de la infancia y la adolescencia colombiana y su aplicación en la justicia constitucional”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 24, vol. 1, 2020, pp. 207-236.

GUZMÁN BRITO, A: “El derecho público y el derecho privado”, *Revista Persona y Derecho*, 2015, núm. 72, pp. 11-21.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR: *Concepto 34 de 2019*.

JARAMILLO PÉREZ, J.F., GARCÍA VILLEGAS, M., RODRÍGUEZ VILLABONA, A.A., y UPRIMNY YÉPES, R: *El derecho frente al poder. Surgimiento, desarrollo y crítica del constitucionalismo moderno*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2018.

MINISTERIO DEL INTERIOR: *El enfoque diferencial y étnico en la política pública de víctimas del conflicto armado*, Bogotá, 2014.

MONROY CABRA, M.G: *Derecho de familia, infancia y adolescencia*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2017.

MORENO SOLER, V: “La evolución de la libertad religiosa del menor de edad y su incidencia en el ámbito de la salud”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 144.

PÉREZ FUENTES, G.M: “Derecho a la salud y vida de la niñez, como límite a los derechos a la privacidad y libertad religiosa”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2020, núm. 13, pp. 142-161.

QUIROZ MONSALVO, A: *Manual derecho de infancia y adolescencia (aspectos sustanciales y procesales)*, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional, 2009.

RODRÍGUEZ PEÑARANDA, M.L: “Dejando atrás la Constitución del litigio incluyente: el reto de la paz como bienestar social”, *Pensamiento Jurídico*, núm. 43, 2016, pp. 349 a 375.

TOCQUEVILLE, A: *La democracia en América*. Trad. de Dolores Sánchez de Aleu, Madrid, Alianza Editorial, 1980.

UPRIMNY YEPES, R: *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, Dejusticia, Bogotá, 2001.

VALENCIA ZEA, A. y ORTIZ MONSALVE, Á: *Derecho civil, Tomo I Parte general y personas*, Temis, Bogotá, 2020.