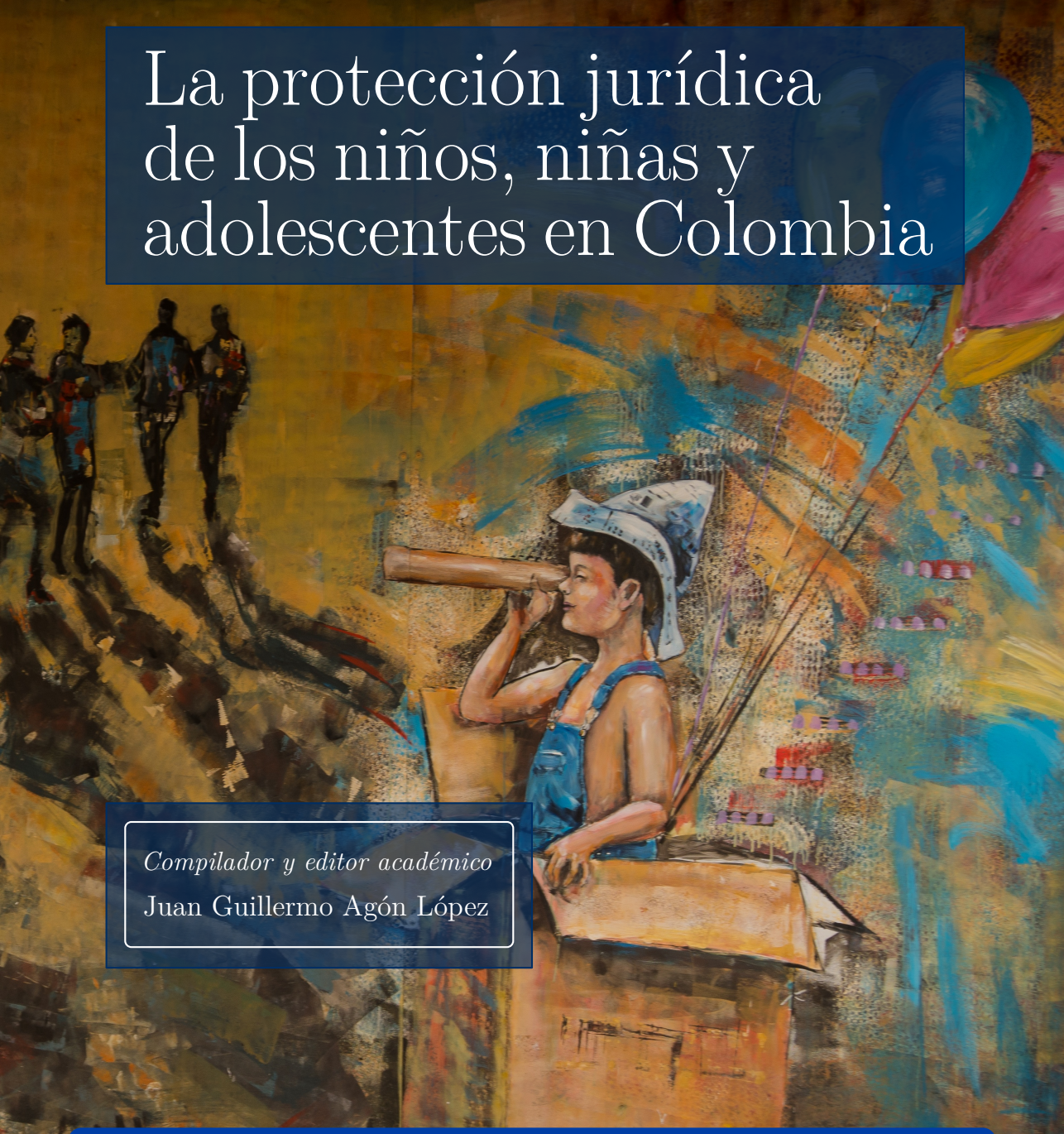
La protección jurídica de los niños, niñas y adolescentes en Colombia



Compilador y editor académico
Juan Guillermo Agón López

Universidad de San Buenaventura

e-ISBN: 978-628-7524-02-6

EDITORIAL
BONAVENTURIANA
UNIVERSIDAD DE SAN BUENAVENTURA

Colección Señales

La protección jurídica de los niños, niñas y adolescentes en Colombia

Juan Guillermo Agón López
Compilador y editor académico

Medellín, 2022

UNIVERSIDAD DE
SAN BUENAVENTURA

Acreditación Institucional
MULTICAMPUS
DE ALTA CALIDAD

Agón López, Juan Guillermo
La protección jurídica de los niños, niñas y adolescentes en Colombia/ Compilado por Agón López, Juan Guillermo
–Medellín: Editorial Bonaventuriana, 2022
178 p. −−(Colección Señales)

Incluye referencias bibliográficas
e–ISBN: 978-628-7524-02-6

1. Derechos de los niños - Colombia 2. Adolescentes 3. Aspectos jurídicos
3. Protección jurídica

323,352(*CDD*23)
*A*271

© Universidad de San Buenaventura Medellín

Colección Señales

La protección jurídica de los niños, niñas y adolescentes en Colombia

Compilador: Juan Guillermo Agón López.

Autores: Juan Guillermo Agón López, Ana María Cardona Castañeda, Hölderlin Álvarez Ospina, Susana Valencia Cárdenas, Yolanda Patiño Palacio, Manuel José Gómez Restrepo y Sonia Fátima Atehortúa Rengifo.

Grupo de investigación: Derecho, Cultura y Ciudad.
Universidad de San Buenaventura Medellín.

Universidad de San Buenaventura Colombia.

© Editorial Bonaventuriana, 2022

Universidad de San Buenaventura Medellín
Coordinación Editorial Medellín
Carrera 56C N° 51-110 (Medellín)
Calle 45 N° 61-40 (Bello)
PBX: 57 (4) 5145600
editorial.bonaventuriana@usb.edu.co
www.usbmed.edu.co
www.editorialbonaventuriana.usb.edu.co

Coordinación editorial: Daniel Palacios Gómez.
Corrección de estilo: Camilo Herrera Rodríguez.
Diseño y diagramación: Carlos Gaviria Peña.
Ilustración de carátula: Kamiran Haji.

Las opiniones, originales y citaciones son responsabilidad de los autores. La Universidad de San Buenaventura salva cualquier obligación derivada del libro que se publica. Por lo tanto, ella recaerá única y exclusivamente sobre los autores.

Los contenidos de esta publicación se encuentran protegidos por las normas de derechos de autor. Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, sin permiso escrito de la Editorial Bonaventuriana.

e–ISBN: 978-628-7524-02-6
Cumplido el Depósito Legal (Ley 44 de 1993, Decreto 460 de 1995 y Decreto 358 de 2000).
Febrero de 2022

EDITORIAL
BONAVENTURIANA

Contenido

Prefacio **6**

Evolución histórica de las legislaciones penales en materia de responsabilidad penal para niños, niñas y adolescentes en Colombia **12**
Ana María Cardona Castañeda

Consecuencias jurídicas establecidas para los menores de edad trasgresores de la Ley penal en Colombia **31**
Hölderlin Álvarez Ospina

La protección del derecho al medio ambiente sano de los niños, niñas y adolescentes, y los retos para su implementación en espacios urbanos **60**
Susana Valencia Cárdenas

La protección de niños, niñas y adolescentes en tiempo de pandemia: el caso de Colombia **78**
Yolanda Patiño Palacio

La protección jurídica de las trabajadoras en estado de embarazo o lactancia: un mecanismo de protección a la primera infancia **107**
Manuel José Gómez Restrepo

El consentimiento informado: derecho fundamental de niños y niñas en la filiación asistida **130**

Sonia Fátima Atehortúa Rengifo

Niños, niñas y adolescentes con discapacidad: su protección en el ordenamiento jurídico colombiano **153**

Juan Guillermo Agón López

Prefacio

Los niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA), por su condición humana, cuentan con ciertos derechos inherentes e inalienables, además de poseer otros derechos específicos por ser sujetos en formación. Estos derechos son reconocidos por normas jurídicas internacionales, pero también tienen un claro desarrollo en la legislación nacional.

En Colombia, desde 1989, se expidió un Código del Menor (Decreto 2737 de 1989) que estableció un modelo proteccionista, en el que se adoptaron convenciones y tratados internacionales que consagraban los derechos de los NNA. Es a partir de la Ley 12 de 1991 que el Estado colombiano adopta la Convención Internacional para los Derechos del Niño, incorporándola al ordenamiento jurídico nacional.

En ese momento se entendía que el menor era un ser con una necesidad de protección especial, pero esta protección estaba atada a ciertas situaciones de vulnerabilidad, es decir, que esos mecanismos de tutela solo se activaban ante circunstancias irregulares. El Código del Menor intentó cambiar esta situación y estableció actuaciones previas que pretendieron la creación de políticas públicas para promover la niñez y protegerla eficazmente, aunque tales medidas fueron insuficientes para el momento histórico (Alarcón-Palacio, 2011).

Con la Constitución Política de 1991 se le dio una naturaleza y un contenido concreto al derecho de la infancia y de la adolescencia, en concordancia con las normas del derecho internacional. Así, el artículo 44 de la norma superior señala que:

> Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. (Constitución Política de Colombia, 1991)

En el año 2006 se promulga la Ley 1098, Código de la Infancia y de la Adolescencia, en donde se consolidan a los NNA como sujetos de derechos[1]. Este código señala, en el artículo primero, que su finalidad es:

> Garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna. (Congreso de la República, 2006)

A partir de estas normas jurídicas surge un mandato claro para establecer políticas públicas dirigidas a la infancia y la adolescencia y así buscar la mejora de sus condiciones de vida. Generalmente, tales políticas se han dirigido al aspecto psicosocial, para atender a los NNA en riesgo, asociado a problemas como el trabajo infantil, el abuso sexual, el maltrato, el reclutamiento forzado, el embarazo en adolescentes, el consumo de drogas, etc.

[1] Este código ha tenido varias modificaciones, principalmente las contenidas en las leyes 1878 de 2018, 2089 y 2126 de 2021.

A pesar de existir un marco jurídico para la protección de los NNA y algunas políticas públicas dirigidas a tal fin, la situación de esta población demuestra el incumplimiento de lo ordenado por la Convención de los Derechos de los Niños (Comité de los Derechos del Niño, 2015).

Los NNA siguen siendo víctimas de la guerra, el desplazamiento, el abuso sexual, el trabajo infantil, el maltrato, la violencia intrafamiliar, así como precarias condiciones para la salud, la educación, la recreación, etc., afectando el pleno goce de sus derechos y afectando su dignidad.

La Corte Constitucional ha señalado que la afectación de los derechos fundamentales debe ser contrarrestada por las autoridades y, en general, por toda la sociedad, garantía que parte del derecho a la igualdad y que surge del reconocimiento de situaciones en las que hay un desbalance por razones de raza, sexo, edad o condición social, y que implica acciones del Estado para promover el ejercicio de esos derechos, especialmente cuando se detecte una discriminación basada en criterios sospechosos como la raza, la lengua, la religión, el sexo, entre otros (Daza, 2018). La Corte crea entonces la categoría de "sujetos de especial protección constitucional", según la cual:

> Se constituye por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva. Así, ha considerado que entre los grupos de especial protección constitucional se encuentran: los niños, los adolescentes, los ancianos, los disminuidos físicos, síquicos y sensoriales, las mujeres cabeza de familia, las personas desplazadas por la violencia y aquellas que se encuentran en extrema pobreza. (Corte Constitucional, 2011)

La protección de los derechos de los NNA se fundamenta en que es necesaria para lograr que desarrollen todo su potencial y así beneficiar a la sociedad, por lo que se deben garantizar todas las condiciones, desde su nacimiento, para que estén en un ambiente sano y amoroso, responsabilidad que recae no solo en la familia, sino también en la sociedad y en el Estado (Daza, 2018). Al respecto, señala la Corte Constitucional que:

> Al igual que con las mujeres embarazadas, nuestro ordenamiento jurídico atribuye a los niños la condición de sujetos de especial pro-

> tección constitucional, razón por la cual, también deben ser objeto de medidas de discriminación positiva, orientadas a materializar en ellos el fin ulterior del Estado social de derecho. (Corte Constitucional, 2013)

A los NNA se les debe garantizar entonces el acceso a los servicios públicos, unas condiciones de bienestar y desarrollo sano e integro, el derecho a ser escuchados y a tener en cuenta su opinión en la toma de decisiones, mantener la unidad familiar y protegerlos del abandono, velar porque las decisiones administrativas y judiciales sean las más beneficiosas para ellos, garantizar la primacía de sus derechos, así como la libertad y el acompañamiento para determinar su religión, cultura, identidad de género (Daza, 2018).

De ahí la importancia de estudiar la protección jurídica de los NNA y, a través de un diálogo entre las diferentes ramas del derecho, estudiar los problemas que se presentan en el ordenamiento jurídico colombiano. Con esta investigación se busca entonces reflexionar sobre la protección que se le debe dar a estos sujetos en Colombia, las vicisitudes en el cumplimiento efectivo de tal protección y las propuestas para mejorar su situación.

En el capítulo 1, Ana María Cardona Castañeda realiza un estudio descriptivo de la evolución y el estado actual de la legislación en materia de responsabilidad penal de los NNA en Colombia. En el capítulo 2, Hölderlin Álvarez Ospina analiza las consecuencias jurídicas que trae la trasgresión de las normas penales para los adolescentes, explica los parámetros para determinar quién es sujeto de responsabilidad penal y describe el sistema penal para los adolescentes. En el capítulo 3, Susana Valencia Cárdenas aborda la protección del derecho al medio ambiente sano de los NNA en el contexto de la ciudad y los retos que existen para su implementación. En el capítulo 4, Yolanda Patiño Palacio, desde una perspectiva bioética y jurídica, estudia cómo la pandemia del COVID-19 afecta no solo la salud de los NNA, sino también su vida relacional, social y económica, lo que implica un reto en la atención prioritaria que estos requieren, en virtud de los principios del interés superior del menor y la preponderancia de sus derechos sobre los derechos de los demás. En el capítulo 5, Manuel José Gómez Restrepo presenta un panorama de la protección jurídica especial a la trabajadora en estado de embarazo o lactancia, como un mecanismo de protección a la primera infancia en Colombia. En

el capítulo 6, Sonia Fátima Atehortúa Rengifo realiza una investigación acerca de la imprescindibilidad del consentimiento informado, libre y cualificado, por parte de las personas que recurren y participan en el uso de técnicas de reproducción humana asistida, para la protección de la personalidad jurídica de los niños y niñas nacidos con estos métodos, ya que con tal consentimiento se establece el tipo de filiación y los derechos y obligaciones derivados de esta. En el capítulo 7, Juan Guillermo Agón López presenta un estudio descriptivo de la protección que otorga el ordenamiento jurídico colombiano a los niños, niñas y adolescentes en situación de discapacidad. Para ello, se adentra en los modelos teóricos de la discapacidad y cómo estos han influido en las normas jurídicas internacionales y nacionales para la defensa de estas personas.

Este libro es producto del proyecto de investigación titulado "La protección jurídica de los niños, niñas y adolescentes en Colombia", realizado en el marco de la convocatoria interna para la financiación de proyectos de investigación de la Universidad de San Buenaventura, Medellín. Los autores hacen parte del grupo de investigación Derecho, Cultura y Ciudad de la Facultad de Derecho.

Referencias

Alarcón-Palacio, Y. (2011). Constitucionalismo y garantismo en los derechos de la infancia y la adolescencia en Colombia. *Vniversitas*, *60*(122), 363-393.

Comité de los Derechos del Niño. (2015). Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de Colombia. CRC/C/COL/CO/4-5. https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/INTOR/Informes-4-5-combinado-comite-derechos-nino.pdf

Congreso de la República de Colombia. (2006, 8 de noviembre). Ley 1098 de 2006. *Por la cual se expide el Código de la Infancia y Adolescencia.* DO. 46446.

Constitución Política de Colombia. (1991). *Constitución Política de Colombia. Actualizada con los Actos Legislativos a 2015*. Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa [Cendoj].

Corte Constitucional. (2011). Sentencia T 167/11. (Juan Carlos Henao Perez, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-167-11.htm

Corte Constitucional. (2013). Sentencia T-796/13. (Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/T-796-13.htm

Daza Rojas, J. M. (2018). Sujetos de especial protección constitucional en Colombia. criterios en cuanto a la protección de los niños, niñas y adolescentes. *Revista Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, (34), 84.

Presidente de la República de Colombia. (1989, 27 de noviembre). *Decreto 2737 de 1989.* Código del Menor.

Evolución histórica de las legislaciones penales en materia de responsabilidad penal para niños, niñas y adolescentes en Colombia

Ana María Cardona Castañeda[2]

[2]Abogada de la Universidad San Buenaventura, especialista en Derecho Penal de la Universidad EAFIT, candidata a magíster en Derecho Penal de la Universidad EAFIT y candidata a magíster en Derecho Penal y Política Criminal de la Universidad de Málaga, España. Docente e investigadora de la Universidad de San Buenaventura, Medellín. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-8451-1996. Contacto: ana.cardona@usbmed.edu.co

Introducción

El presente capítulo de libro se desarrolló en el marco del proyecto de investigación "La protección jurídica de los niños, niñas y adolescentes en Colombia" de la Facultad de Derecho de la Universidad San Buenaventura, Medellín. Es resultado de una investigación con enfoque metodológico cualitativo. En un primer momento se realizó un estudio de la legislación en materia de responsabilidad penal de niños, niñas y adolescentes en Colombia. En segundo lugar, se sistematizó la información obtenida. Finalmente, se procedió con la descripción y análisis de la normatividad expedida sobre la materia de responsabilidad penal de menores, con la finalidad de ilustrar sobre los contenidos legales, logrando contextualizarlos, para así comprender los motivos que impulsaron su creación, los fines perseguidos y los inconvenientes que se presentaron con su aplicación. De esta manera, es posible sistematizar las diferentes leyes que han regido, y así entender con mayor claridad el por qué y el cómo del proceso de llegada a la legislación vigente y la implementación de las nuevas tendencias político-criminales de índole represiva que irrumpen en las legislaciones penales de menores. Asimismo, se delimita el contexto de cada regulación legal, las cuestiones de singular interés, tales como el alcance y características de las leyes y el ámbito de aplicación, los principios generales, las sanciones y las medidas aplicables.

Antecedentes legislativos en Colombia

Ley 98 de 1920 – Juzgados y casas de reforma y corrección para menores

Se tendrá como punto de partida en materia de responsabilidad penal para menores la Ley 98 de 1920, en la que se indicaba que los menores de siete años, como límite mínimo, y los menores de diecisiete, como límite máximo de edad, eran susceptibles de ser sometidos a la jurisdicción de un funcionario

especial, denominado juez de menores, que tenía competencia para intervenir en diversas ocasiones. Así, en términos generales, la primera competencia se refería al momento en el que los menores de diecisiete años y los mayores de siete ejecutaran actos definidos por el Código Penal como delitos, o castigados por el Código de Policía como infracciones. La ley consideraba que de esta forma sometía al menor a un tratamiento especial, diferenciado del de los mayores, y estipulaba que: primero, los sustrae de la "acción de los sistemas de investigación y de penalidad aplicados a mayores" (Congreso de Colombia, 1920); segundo, cuando los menores de dicha edad se encuentren "en estado de abandono físico, moral, vagancia, prostitución o mendicidad" (Congreso de Colombia, 1920); tercero, cuando los menores "sean hijos de persona o personas que estén en la cárcel o presidio por delito cometido y que carezcan de medios de educación o de subsistencia" (Congreso de Colombia, 1920).

El motivo principal del legislador al incluir esta disposición fue poder sustraer al menor del sistema penal de adultos, lo que se aprecia como razón válida, pero no logra su propósito porque este sistema jurídico diferenciado operaba de manera más represiva que el mismo régimen penal de adultos, pues se establecía un listado de presupuestos bastante amplio en los que el juez podía intervenir y de los que difícilmente se libraría alguien de ser incluido, y, por ende, sometido a las medidas dispuestas. En esta se incluían no solo aquellos casos atinentes a la comisión de delitos o infracciones por el menor, sino incluso frente a otro tipo de cuestiones relacionadas con la esfera más íntima de las personas, como es la forma de vida asumida. Consecuentemente, el juez respondía con una medida restrictiva de derechos si consideraba que encajaba con algunas de las disposiciones recogidas en la ley. En ese contexto, las medidas que el juez de menores podía dictar eran:

> La absolución plena y total; la absolución, previa amonestación al menor o a sus padres o tutores; dejarlos en su hogar bajo la vigilancia del juzgado; la separación de sus padres o cuidadores y la colocación en una casa de familia, o en un establecimiento industrial o agrícola; el internamiento en una casa de reforma y corrección por un tiempo indeterminado hasta que se obtenga el resultado del mejoramiento o de formación del sentido moral que se persigue. (Congreso de Colombia, 1920)

Además, el juez podía, cuando así lo requería, "enviar a los menores de 15 a 17 años a una colonia agrícola" (Congreso de Colombia, 1920). Estas medidas podían ser reformadas o modificadas, en "vista de nuevas condiciones en que se presente el menor, como: la mayoría de edad, la reforma del carácter, entre otras" (Congreso de Colombia, 1920).

El juez tenía la posibilidad, de acuerdo con el caso concreto, de adoptar una u otra medida; podía además presentarse el caso, sin impedimento legal alguno, de que la medida de internamiento se impusiera a un menor que no había cometido delito o infracción. Tales medidas se definían como las de mayor gravedad y llegaban a ser excesivas, incluso respecto de aquellos menores que sí habían infringido las leyes penales o de policía, puesto que representaban la privación de la libertad al menor para reformarlo y corregirlo, y en las que se refleja claramente aquella función declarada de castigo, aunque camuflada entre las de carácter educativo. Este tipo de sanciones se materializaban en una verdadera pena, puesto que además de la severidad contenida en sí misma, se declaraba indeterminada hasta que se obtuviera la formación en el sentido moral, lo cual era una cuestión imposible de determinar, y altamente violatoria de la dignidad humana.

La medida de internamiento del menor se llevaba a cabo en las casas de reforma y corrección de menores, que se encontraban a cargo de personas instruidas en esta clase de tareas, y/o de una comunidad religiosa, en las que se atendía a "la educación religiosa y moral del menor, a su desarrollo físico, a su cultura intelectual, el aprendizaje de oficios manuales, y, sobre todo, insiste la ley, al desarrollo de su sentido moral" (Congreso de Colombia, 1920).

La ley establecía otra serie de disposiciones que denominaba generales con relación a los menores, en las que se prohibía a los menores de diecisiete años la entrada a cines, el expendio de tabacos, "la entrada a cantinas, casas de juego centros de prostitución y, en general a todo establecimiento que de alguna manera pueda perjudicar la vida física o moral de aquéllos" (Congreso de Colombia, 1920). En este tipo de disposiciones se originaba precisamente la función paternal asignada al Estado, radicada en cabeza del juez de menores y de los demás funcionarios que intervenían en este sistema destinado al cuidado y a la protección del menor; lo que no deja de sorprender es el punto hasta el cual se llegó con la idea de que el Estado debía asumir el rol de buen padre de

familia, tomando atribuciones propias de los padres en ejercicio de su derecho a la patria potestad, llegando incluso a sancionar al menor y a sus padres, entre otros sujetos, por este tipo de situaciones.

En conclusión, en esta ley se establece un procedimiento adelantado en una jurisdicción especial por un órgano denominado juez de menores, que es el competente para intervenir en aquellos casos en los que el menor ha cometido un delito o una infracción, pero también cuando se encuentre en otro tipo de situaciones catalogadas de abandono o peligro, mediante un proceso desprovisto de formalidades que rigen para los demás procesos, por considerarse dichos formalismos como un impedimento para la consecución de los fines de la ley, como los del educar al menor y formar su sentido moral, acudiendo para ello incluso al castigo.

Algunas disposiciones de la ley hacen alusiones de índole moral o de educación religiosa, de lo que se deduce la gran confusión existente en la época de derecho y moral. Esto se traduce en interdependencia del derecho con la moral en tanto mecanismo de control social, hasta el punto de que se encomienda al Estado la labor, a través del juez, de desarrollar en el menor un sentido moral, que es contrario a cualquier postulado garantista de dignidad y libertad de las personas, pues con ello se reducen a meros objetos a quienes se pretende que interioricen unos valores morales considerados como hegemónicos y que son quizás contrarios a los propios.

Ley 83 de 1946 – Ley Orgánica de la defensa del niño

De manera muy similar a la Ley 98 de 1920, en la Ley 83 de 1946 el legislador establecía una variedad de cuestiones relativas a los menores mucho más amplia, al incluir lo relativo a la jurisdicción de menores en relación a las infracciones penales, el procedimiento a seguir en casos del menor abandonado o en peligro, los establecimientos de educación y sus relaciones con el juzgado, la guarda de los menores, los alimentos, el derecho a conocer la paternidad, la creación del Consejo Nacional de Protección Infantil y sus comités departamentales, el trabajo de menores, la protección moral y física de los mismos, entre otras.

La Ley Orgánica de defensa del niño establecía que todo menor de dieciocho años sería sometido a medidas de asistencia y protección, omitiendo establecer un mínimo de edad, generando inseguridad jurídica y graves inconvenientes

al momento de aplicar la Ley. Se cometía entonces el grave error de entrar a considerar sujeto-objeto de la ley a los menores entre los cero y dieciocho años, lo que, visto desde la perspectiva penal, asumía un carácter más agudo, dado que el derecho penal se caracteriza por ser un control social altamente severo en el que no existiría argumento de necesidad y racionalidad que justificara someter a personas de edades muy reducidas.

La jurisdicción es competente para conocer de la comisión de infracciones penales en dos supuestos: cuando sean cometidas por "menores de 18 años, o cuando éstos se encuentren en estado de abandono o peligro moral o físico, y en tales casos serán sometidos a las medidas de asistencia y protección preceptuadas en la ley" (Congreso de Colombia, 1946). A esta jurisdicción se otorgaban competencias en diversos ámbitos del derecho diferentes al penal, como el administrativo y civil. Por otro lado, entre las medidas previstas en la ley para los menores infractores, se prevén las siguientes: la absolución plena; la libertad vigilada; la "entrega del menor a una persona o institución idónea, a fin de lograr su educación"; el "internamiento del menor en una escuela de trabajo, pública o privada, o en una granja agrícola especial para menores, por tiempo indeterminado, hasta cuando se obtenga la reeducación del menor o la formación en su sentido moral" (Congreso de Colombia, 1946).

A diferencia de la Ley 98 de 1920, la Ley Orgánica de defensa del menor amplía el catálogo de medidas previstas para los menores. Además, se incluyen unas muy similares como la amonestación y la absolución, se cambia su redacción en otras, se adiciona otra medida de internamiento en una escuela de trabajo o granja agrícola y continúa establecida la de internamiento en un reformatorio. Pero la situación más delicada la presentan estas últimas, puesto que su duración se declara indeterminada, y así lo serían en la práctica por la imposibilidad de cumplir los fines que el legislador dispone para que ésta se realice, como que se obtenga la reeducación o la formación del sentido moral. Como ya se ha expresado, dichas cuestiones puede que nunca se alcancen a juicio del juzgador, o por lo menos la reeducación, que sería la más factible de determinación. Sin embargo, es imposible su constatación en relación a la formación del sentido moral, lo que las tornaría en medidas perpetuas.

La ley hace también alusión a la situación de mayores de dieciocho años y menores de veintiuno, estableciendo que estas edades constituyen una "circunstancia de menor peligrosidad del delito" (Congreso de Colombia, 1946). Asimismo, cuando el joven se encuentre internado al cumplir veintiún años y se hubiese reformado será puesto en libertad, pero si no se hubiese reformado pasará a la penitenciaria o al establecimiento que determine el Ministerio de Gobierno por el tiempo necesario para completar su reforma, que no podrá pasar de la fecha que cumpla veinticinco años (Congreso de Colombia, 1946).

Cuando se habla de los menores abandonados o en peligro, el legislador hace un gran esfuerzo por definir las modalidades que prevé la ley en las que se pueda encontrar el menor, como El estado de abandono físico, el abandono moral,

> cuando se dedica a la mendicidad y la vagancia, o frecuenta el trato con gente viciosa o de mal vivir, o vive en casas destinadas al vicio; y cuando ejercen algún oficio que los mantiene permanentemente en la calle o en lugares de públicos, o que pone en peligro su salud física o moral, estado de peligro físico o moral. (Congreso de Colombia, 1946)

La ley establece que los menores que se encuentren en los supuestos anteriores deben ser internados en los establecimientos respectivos en la calidad de protegidos, hasta tanto se les pueda proporcionar un medio lícito para procurarse su subsistencia.

En estos casos, cuando el juez de menores tenga conocimiento de este tipo de situaciones, ya sea por denuncia, o de oficio, abrirá en el acto la correspondiente investigación y se informará por sí mismo y a través de los delegados "de las condiciones que rodean al menor, del ambiente de moralidad en que vive, de los medios de subsistencia y de los antecedentes de todo orden, personales y familiares" (Congreso de Colombia, 1946). Dentro de las medidas a adoptar por el juez, se disponen: "una prevención a los padres o a las personas de quienes dependa el menor, a fin de que cumplan para con éste con los deberes de educación, de asistencia, de alimentación y vigilancia"; una multa impuesta a las mismas personas, convertible en arresto; "la pérdida de la patria potestad, de la guarda y o cuidado personal del menor", a lo que el juez podrá decidir entre "depositar al menor en poder de personas bondadosas para con el menor,

de reconocida honorabilidad y la suficiente capacidad económica" o el internar al menor en un establecimiento de protección infantil, en una escuela-hogar, o en una escuela de trabajo (Congreso de Colombia, 1946).

Es de resaltar que el legislador realiza una diferenciación en el tratamiento de aquellos menores que infringen la ley de los que simplemente son declarados en estado de abandono o peligro, porque, de no ser así, estos últimos serían también objeto de la medida de internamiento en un reformatorio, que es la más severa a aplicar a los menores infractores. Sin embargo, para estos admite la posibilidad de que sean internados en otro tipo de establecimiento, lo que evidencia una profunda inclinación por esta clase de medidas privativas de la libertad para ambos grupos. Esto último genera un sistema de tratamiento jurídico del menor altamente represivo, en el que se incluyen tanto a menores que no han cometido infracción alguna, pero que son sometidos a medidas que los privan de su libertad, como aquellos que sí han cometido infracción y con duración indeterminada. El legislador se percata, por lo menos, de diferenciarlos en cuanto al centro al que los deposita, como expresa la ley: a los primeros, en centros de protección infantil, escuela-hogar o escuelas de trabajo, y a los segundos, en reformatorios.

La ley establece para la protección moral y física una serie de prohibiciones para los menores de dieciocho años, como los son la entrada a "casas de juego, a establecimientos donde se expenda bebidas alcohólicas, prostíbulos, casas de libertinaje o de baile, o similares"; la asistencia de los niños menores de cinco años a los salones de cine (Congreso de Colombia, 1946), lo cual, como ya se expresó, se encuentra vinculado a la calidad de buen padre de familia asumida por el Estado.

Decreto 2737 de 1989 – Código del Menor

Si bien este código fue aprobado bajo la vigencia de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, al intentar incorporar sus contenidos en éste, no se logró tal como se hubiese deseado, ya sea por la escasez de tiempo, puesto que fue muy corto el que transcurrió desde la aprobación de la convención y la del código, o por falta de voluntad política para incorporar en el país un verdadero sistema de justicia para menores, que se hiciera cargo de los compromisos asumidos por el Estado en el ámbito internacional. No se logra comprender

por qué el Código del Menor se mantiene dentro de la doctrina de la situación irregular, ideología evidenciada incluso desde las primeras manifestaciones legislativas sobre la materia en el país, aunque no denominadas de esa misma manera. En este caso, el legislador, pese a continuar bajo las directrices de dicha ideología, aspira a incorporar en el mencionado estatuto algunos de los elementos característicos garantistas de los contenidos en la Convención, como lo son consagrar los derechos fundamentales del menor y determinar los principios que orientan las normas de protección del mismo allí contenidas, aunque de igual forma se inclina por dirigir el sistema sobre la prevención de las situaciones irregulares, así como determinar cuáles hechos se entenderán dentro de esta categoría, estableciendo la medida a adoptar en cada tipo de caso.

Este código reconocía a los menores todos los derechos consagrados en la Constitución Política y en las demás leyes vigentes, sin discriminación alguna, entre los que se dispone: el derecho a la protección, al cuidado y a la asistencia, a la vida, a la filiación, a crecer en el seno familiar, a la educación, "a ser protegido contra toda forma de abandono, violencia, descuido o trato negligente, abuso sexual o explotación", a la atención integral de su salud, al derecho a la opinión y a la libertad de expresión, a la libertad de pensamiento, "al descanso, al esparcimiento, al juego, al deporte y a participar en la cultura y las artes", a que se proteja su integridad personal, y respecto al "menor que sea considerado responsable de haber infringido las leyes, [este] tiene derecho a que se respeten sus garantías constitucionales y procesales, así como la asistencia jurídica adecuada para su defensa", entre otros (Presidencia de la República, 1989). Es un sistema que reconoce un catálogo amplio de derechos a los menores, pero implementa a su vez un sistema que imposibilita su aplicación y ejercicio.

Dentro de la determinación de los hechos que se entenderán como de situación irregular, se incluyen los siguientes: cuando "un menor se encuentre en situación de abandono o peligro"; cuando "carezca de la atención suficiente para la satisfacción de sus necesidades básicas"; cuando "su patrimonio se encuentre amenazado por quienes lo administren"; cuando "presente deficiencia física, sensorial o mental"; cuando "sea adicto a sustancias que produzcan dependencia o se encuentre expuesto a caer en adicción"; cuando "sea trabajador en condiciones no autorizadas por la ley"; y cuando "se encuentren en una situación especial que atente contra sus derechos o su integridad" (Presidencia

de la República, 1989). Consecuentemente, cuando "el menor se encuentre en algunas de las situaciones irregulares definidas en este título, estará sujeto a las medidas de protección tanto preventivas como especiales, consagradas en el presente código" (Presidencia de la República, 1989).

Como se indicó al respecto, cabe reconocer la incoherencia que presentan las diferentes disposiciones contenidas en el estatuto, pues se intenta conciliar en un mismo bloque normativo dos posturas que material y formalmente son contrarias, ya que se incorporan una serie de normas en las que se reconoce un conjunto de derechos extraídos de la convención, pero que a su vez se pretenden garantizar y hacer efectivos, a través de un sistema anclado en declarar al menor en situación irregular con la consiguiente adopción de medidas, lo que es ya instrumento contrario a los derechos mínimos de cualquier ser humano.

En definitiva, el avance de la legislación colombiana en el ámbito de la justicia de menores es bastante lento y pobre; desde sus orígenes se cimienta sobre ideas de corte paternalista y moralistas. Se ha encasillado durante largo tiempo en la doctrina de la situación irregular, despojando al menor de sus derechos. Ni siquiera la promulgación de una nueva Constitución en el año de 1991, con la incorporación de principios y valores constitucionales que predicaban la protección del menor, produjo cambios en su idealizada e inmodificable ideología. Basta reconocer que en las primeras leyes expedidas en Colombia sobre la materia no se aludía directamente sobre la regulación irregular, aunque sí se establecían, de manera muy similar que en las del estatuto de estudio, diferentes situaciones conflictivas en las que se encontraba involucrado y afectado el menor. Dentro de estas, cabría mencionar aquellos casos en los que éste es infractor de leyes, cuando se encuentra en estado de abandono, cuando corre algún tipo de peligro, o cuando carece de medios de subsistencia, entre otras.

Ahora bien, lo que fundamentalmente interesa es aquella situación irregular que el estatuto denomina "del menor autor o participe de una infracción penal". En este sentido, se comprende por menor a quien no haya cumplido los dieciocho años, y expresa que, para los efectos penales, se considera inimputable al menor de esta misma edad. El marco de edad establecido se refiere al menor que se ubique entre los doce y los dieciocho años, quien se considera capacitado para infringir la ley penal.

El estatuto parte principalmente de reconocer dentro del ámbito penal el principio de legalidad y taxatividad, el juez natural, y el derecho al debido proceso con el respeto a todas "las garantías procesales consagradas en la Constitución y en las leyes, especialmente las que se refieren a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y a ser informado de las circunstancias de su aprehensión" (Presidencia de la República, 1989).

Según el código, las medidas de rehabilitación impuestas al menor infractor no tenían carácter definitivo y podían ser modificadas, o dejadas sin efecto por el juez, por lo que podían cesar, modificarse o suspenderse por las siguientes causas:

1. Incumplimiento del objetivo propuesto.

2. Imposición de una medida posterior dentro de un diferente proceso.

3. Por haber llegado el menor a la edad de dieciocho (18) años.

4. Por haber quedado a disposición de la justicia ordinaria, en razón a la infracción penal cometida después de cumplida la edad de dieciséis años (Presidencia de la República, 1989).

Frente a lo anotado, debe advertirse que las anteriores leyes reconocían al juez estas posibilidades respecto de la medida impuesta, pero no se establecían los supuestos que determinaban dicha decisión de cesar, modificar o suspenderlas, lo que se convierte en una limitación para el juez, al someterlo a los que estrictamente prevé la norma. Respecto a la ejecución de las medidas, el código logra un gran acierto, no alcanzado en las leyes anteriores, como es el reconocerle al menor un catálogo de derechos en esta fase procesal.

Ahora bien, cuando se establecía plenamente la infracción penal, al juez de menores se le permitía aplicar una o varias medidas, procurando que se cumplieran en el medio familiar o dentro de la jurisdicción a la cual pertenecía el menor. Las medidas tenían carácter eminentemente pedagógico y de protección, y eran las siguientes: "1. La amonestación al menor, y a las personas de quienes dependa. 2. La imposición de reglas de conducta. 3. La libertad asistida. 4. La ubicación institucional o cualquier otra medida que contribuya a la rehabilitación del menor" (Presidencia de la República, 1989). A su vez, se consagra que:

> Será obligatoria la ubicación institucional del menor en una institución de carácter cerrado, en los siguientes casos:
>
> 1. Cuando se trate de una infracción a la ley penal, cometida mediante grave amenaza o violencia sobre las personas.
>
> 2. Por reiterada comisión de infracciones penales.
>
> 3. Por el incumplimiento injustificado de la medida anteriormente impuesta. (Presidencia de la República, 1989)

Entonces su imposición obedece y se justifica a partir de diversas circunstancias del menor que se reputan de mayor gravedad. Ahora, aunque la conducta, el estado o la situación vivida por el menor encaje en las dispuestas por la ley, esto no obedece a la finalidad pedagógica o de protección del menor, sino que, por el contrario, atiende al criterio de defensa social, bajo el cual se reclama castigar con mayor severidad aquellas conductas que encierran mayor gravedad, cumpliendo así fines preventivo-generales y dejando en segundo plano los preventivo-especiales, que son los declarados por el código.

En cuanto a la naturaleza de las medidas, en este estatuto son las que tradicionalmente se han previsto para imputarle responsabilidad al menor por la comisión de una conducta contraria a la ley penal. Lo que suele suceder, y se evidencia en las leyes mencionadas anteriormente, es que se les cambia el nombre, pero solo con la finalidad de darles otra apariencia, porque en el fondo siguen teniendo un contenido bastante similar. Un ejemplo de ello se da en relación con la medida acá denominada como ubicación institucional, antes llamada internamiento. Ahora bien, en cuanto a la duración de las medidas, se establece que en ningún caso la medida de rehabilitación podría ser superior a los tres años, lo que se presenta como un avance, toda vez que el Código Penal vigente para el momento, el Decreto – Ley 100 de 1980, fijaba un límite mínimo determinado y un máximo indeterminado, hasta que éste fue declarado ceñido a la Constitución por la Corte Constitucional, a través de la Sentencia C-176 de 1993. Por esta razón, este imperativo legal del término máximo de las medidas, previsto en el Código del Menor, fue rebasado en la práctica al ser contrario a las disposiciones del Código Penal, que las reputaba indeterminadas y que simplemente se limitaba a fijarles un mínimo.

En relación, a los menores con edades entre los dieciocho y veintiún años, se establece como un supuesto para cesar, modificar o suspender la medida, el haber llegado a los dieciocho años, aunque a decisión del juez, la medida podía seguir "en vigor hasta obtener su rehabilitación, pero no se prolongará más allá de la fecha en la que cumpliera veintiún (21) años" (Presidencia de la República, 1989).

Ley 1098 de 2006 – Código de la Infancia y la Adolescencia

La expedición del Código de la Infancia y la Adolescencia se impulsó por la extrema necesitad de una nueva legislación en materia de menores en el país[3], acordes con los principios de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, porque, a pesar de haberse ratificado ésta en Colombia a través de la Ley 12 de 1991 y de haberse intentado incorporar incorrectamente algunos de sus contenidos en el Código del Menor antes vigente, no se presentó nunca la transición de la doctrina de la situación irregular del menor a la de la protección integral del menor.

El Código de la Infancia y la Adolescencia se compone de tres libros, denominados así: "La protección integral", "El sistema de responsabilidad penal para adolescentes y procedimientos especiales para cuando los niños, las niñas y los adolescentes sean víctimas de delitos" y "El sistema nacional de bienestar familiar, políticas públicas de infancia y adolescencia". En el primero se incluye un catálogo de derechos y libertades de los menores, la garantía de sus derechos a través de las obligaciones impuestas a la familia, la sociedad y el Estado, las medidas de restablecimiento de los derechos y las autoridades competentes (entre las que se incluyen el defensor de familia[4], el comisario de familia, la policía de infancia y adolescencia[5] y el ministerio público), además del procedimiento administrativo y judicial a seguir en los supuestos que establece la ley. En el segundo se estable el sistema de responsabilidad penal de

[3] Karyn Lenis Sanín realiza un análisis comparativo entre la legislación vigente en España y Colombia sobre la materia (2014, pp. 215–225).

[4] Según el artículo 146 del CIA, en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes el defensor de familia actuará en las etapas de indagación, investigación y del juicio acompañando al menor y verificando la garantía de sus derechos.

[5] De acuerdo con el artículo 145 del CIA, "en los procesos en que estén involucrados niños, niñas y adolescentes como autores y participes de un delito, o como víctimas de los mismos, hará las veces de policía judicial la policía de infancia y adolescencia, o en su defecto los miembros de la policía judicial que sean capacitados en derecho humanos y de la infancia".

los adolescentes, sus autoridades y entidades competentes, la reparación del daño, las sanciones a imponer y los procedimientos cuando un niño, niña o adolescentes sean víctimas de delitos. En el tercer libro se regula todo lo relativo al Sistema Nacional de Bienestar Familiar y las políticas públicas sobre la infancia y la adolescencia, las funciones de inspección, vigilancia y control de las autoridades competentes por la Constitución y la ley en cumplimiento de la obligación para la garantía y restablecimiento de los derechos.

En relación con el sistema penal para adolescentes dispuesto en el Código[6], se extraen las siguientes características:

1. El sistema de responsabilidad penal para adolescentes se concibe a partir de los principios de protección integral, educativos y pedagógicos específicos, lo que hace del mismo un régimen especial y diferenciado del de los adultos.

2. Se rige por algunas reglas especiales de procedimiento, pero continúa dependiente en este ámbito del sistema penal acusatorio previsto para los adultos, previéndose que como mínimo el menor goce de los derechos consagrados en la Ley 906 de 2004 (Código de Procedimiento Penal, art. 151).

3. Las reglas especiales procesales son mínimas, entre las que se establecen que "no [procederán] los acuerdos entre la Fiscalía y la defensa"; la "prohibición del juzgamiento en ausencia" del menor; la "prohibición de antecedentes"; las autoridades y entidades competentes para intervenir; los "derechos de los adolescentes privados de la libertad"; la audiencia para la imposición de sanción, entre otras (Congreso de Colombia, 2006).

[6]Sentencia C-740/08 del 23 de julio (Corte Constitucional, 2008b); ponente: Jaime Araujo Rentería (Mediante la cual se demandan numerosas disposiciones del CIA por considerarse contrarias a los contenidos constitucionales). Sentencia C-061/08 del 30 de enero (Corte constitucional, 2008a); ponente: Nilson Pinilla Pinilla (En la que se demanda el art. 48, inciso 2 del CIA). Sentencia C-228/08 del 5 de marzo (Corte Constitucional, 2008a); ponente: Jaime Araujo Rentería (Se demandan parcialmente los arts. 48,96, 98, 100, 102 y 120 además, los arts. 111, 129, 130 y 131 del CIA). Sentencia C-684/09 del 30 de septiembre (Corte Constitucional, 2009); ponente: Humberto Antonio Sierra Porto (Se demanda el art. 191, parcial). Sentencia C-059/10 del 3 de febrero (Corte Constitucional, 2010); ponente: Humberto Antonio Sierra Porto (Se demanda el art. 189, parcial, y algunas disposiciones de la Ley 906 de 2004). Sentencia C-055/10 del 3 de febrero (Corte Constitucional, 2008a); ponente: Juan Carlos Henao Pérez (Se demanda parcialmente los arts. 129, 150, 158, 197 y 199 del CIA, entre otros).

4. El carácter especializado de todas las autoridades, órganos y entidades que intervienen en el sistema de responsabilidad penal de los adolescentes.

5. Se establece un catálogo de derechos y garantías para los menores, que serán como mínimo los otorgados para los adultos, reiterándose sobre los siguientes:

> El derecho a la presunción de inocencia, [...] a ser notificado de las imputaciones, [...] a la defensa y de contradicción, [...] al asesoramiento, [...] a la presencia de los padres o tutores, [...] a guardar silencio, [...] a la confrontación con los testigos e interrogar a éstos, [...] de apelación ante autoridad superior y las demás garantías consagradas en la Constitución, la ley y los tratados internacionales ratificados por Colombia. (Congreso de Colombia, 2006)

> Artículo 139: 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 los delitos cometidos por personas que tengan entre catorce (14) y dieciocho (18) años al momento de cometer el hecho punible. (Congreso de Colombia, 2006)

Asimismo, se establece que "las personas menores de catorce (14) años no serán juzgadas ni declaradas responsables penalmente, privadas de la libertad, bajo denuncia o sindicación de haber cometido una conducta punible". Tampoco serán declarados penalmente responsables ni sometidos a sanciones los menores de esas edades "con discapacidad psíquica o metal, pero se les aplicará la respectiva medida de seguridad" (Congreso de Colombia, 2006).

Por otro lado, cuando los niños y las niñas menores "de catorce (14) años incurra[n] en la comisión de un delito sólo se les aplicarán medidas de verificación de la garantía de derechos, de su restablecimiento y deberán vincularse a procesos de educación y de protección dentro del Sistema Nacional de Bienestar familiar" (Congreso de Colombia, 2006).

Es importante realizar una breve consideración sobre las sanciones previstas en el Código de la Infancia y la Adolescencia, ya que, como se ha expuesto, aunque se establece su finalidad predicada, la protectora, educativa y restaurativa, tal como lo dispone dicha ley, en definitiva, se inclinan más a satisfacer las

demandas sociales de protección y defensa de bienes jurídicos, es decir, a la defensa de la sociedad. Así, las sanciones de definen a partir de los siguientes criterios:

1. La naturaleza o gravedad de los hechos.

2. La proporcionalidad e idoneidad de la sanción [atendiendo nuevamente a] las circunstancias y gravedad de los hechos, a las circunstancias y necesidades del adolescente y a las necesidades de la sociedad.

3. La edad del adolescente.

4. La aceptación de cargos por el adolescente.

5. El incumplimiento de los compromisos adquiridos con el juez.

6. El incumplimiento de las sanciones. (Congreso de Colombia, 2006)

Además, esta situación se ve reflejada en la inclusión de la medida denominada privación de la libertad, la que antes se pretendía encubrir con otro nombre, pero sobre todo la duración establecida por esta. De manera ejemplificativa, se encuentra la sanción privativa de la libertad, aplicada a mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años que sean hallados responsables de la comisión de delitos, cuya pena mínima en el Código Penal sea o exceda de seis años de prisión. En estos casos, "la privación de la libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de uno (1) hasta cinco (5) años", a excepción de aquellos "casos en que los adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro o extorsión". En estos supuestos la privación de la libertad "tendrá una duración de dos (2) hasta ocho (8) años", con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin lugar a beneficios para redimir penas (Congreso de Colombia, 2006).

Conclusiones

En definitiva, los diversos sistemas que se han empleado en el tratamiento del menor en conflicto con la ley penal son de diversa naturaleza y generalmente se contraponen, en tanto que, por un lado, se establecen modelos de carácter sancionatorio, represivo y criminalizador, y, por otro lado, se proponen postulados más indulgentes orientados hacia iniciativas descriminalizadoras, e incluso otros, que propugnan la abolición de cualquier sistema de carácter penal que pretenda someter a los menores a algún mecanismo de intervención punitiva que afecte su pleno desarrollo.

La doctrina de la situación irregular plantea una ideología protectora y paternalista que considera al menor como inimputable, asumiendo como principal objetivo asistirlo y educarlo, pero presenta indeterminación en las medidas a imponer, puesto que el fin tutelar y educativo no podía tener límite temporal que evitara la consecución total del resultado pretendido. La doctrina de la situación irregular fue acogida por las primeras legislaciones promulgadas sobe la materia, como lo son la Ley de Juzgados y casas de reforma y corrección para menores, la Ley Orgánica de Defensa del Niño y el Código del Menor.

Los niños, niñas y adolescentes se han visto obligados a ocupar un puesto secundario dentro del orden social, puesto que siempre han sido concebidos más como un objeto funcional dentro del sistema social que como un sujeto con plenos derechos y deberes, al considerárseles persona incapaz, dependiente y necesitada de protección sobre la cual se debía volcar la sociedad y el Estado en el establecimiento de medidas que procuraran su tutela y protección. Además, en el ámbito penal no eran considerados responsables de los comportamientos que realizaban como consecuencia de su calidad de inimputables.

Principalmente con la aprobación de diversos instrumentos internacionales se presenta un cambio de paradigma del menor, al concebirse al mismo como sujeto pleno de derechos y capaz de responder por los actos realizados, introduciéndose así un modelo de responsabilidad penal y reconociéndose, en la denominada doctrina de la protección integral, un sistema con todas las garantías jurídico-penales, regido por los principios de carácter especial que son creados para la protección integral del menor. Dichas características quedan plasmadas en el Código de la Infancia y la Adolescencia.

Por último, las carencias presentes en la legislación de la responsabilidad penal de los menores radican especialmente en que se muestra incompleta y no constituye en estricto sentido un sistema especial y diferenciado, como predica la propia ley. Esto se debe a que únicamente se establecen algunas disposiciones de índole sustantiva, procesal y de ejecución, pero en definitiva el proceso aplicado a los menores termina siendo el mismo previsto en la legislación ordinaria para adultos, con aplicación de algunas reglas particulares por la escasa regulación especial referida a los menores.

Referencias

Congreso de Colombia. (1920, 26 de noviembre). Ley 98. *Juzgados y casas de reforma y corrección para menores.*

Congreso de Colombia. (1946, 26 de diciembre). Ley 83. *Ley orgánica de la defensa del niño.*

Congreso de Colombia. (2006, 8 de noviembre). Ley 1098. *Código de la Infancia y la Adolescencia.*

Congreso de la República de Colombia. (2004, 1 de septiembre). Ley 906 de 2004. *Por la cual se expide el Código Procedimiento Penal.* DO. 45658. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Corte Constitucional. (2009). Sentencia C-684/09. (Humberto Sierra Porto, M. P.).

Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte. (2008a, 23 de enero). Sentencia C-061/08. (Jaime Córdoba Triviño, M. P.).

Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte. (2008b, 23 de julio). Sentencia C-740/08. (Jaime Araújo Rentería, M. P.).

Corte Constitucional, Sala Plena de la Corte. (2010, 3 de febrero). Sentencia C-059/10. (Humberto Antonio Sierra Porto, M. P.).

Lenis Sanín, K. (2014). *El sistema de responsabilidad penal de menores. Un estudio de las legislaciones de España y Colombia desde la teoría del Derecho penal del enemigo.* Grupo Editorial Ibañez-Universidad de los Andes.

Presidencia de la República de Colombia. (1989, 27 de noviembre). Decreto 2737 de 1989. *Código del Menor.*

Consecuencias jurídicas establecidas para los menores de edad trasgresores de la Ley penal en Colombia

Hölderlin Álvarez Ospina[7]

[7]Abogado y especialista en Derecho Procesal Penal de la Universidad Autónoma Latinoamericana y magíster en Derecho Penal de la Universidad Libre. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-5598-9563. Contacto: holderao@gmail.com

Introducción

Para poder vivir en sociedad de una forma pacífica, el ser humano necesita que existan normas, con las cuales se regulan y sancionan las conductas humanas necesarias para vivir en sociedad, las cuales están destinadas para para promover, proteger, asegurar, reconocer el efectivo ejercicio y la materialización de los derechos de las personas y vigilar el cumplimiento de las obligaciones en la sociedad, con el fin de mantener la convivencia pacífica y la paz entre todos los integrantes de la sociedad. Entre esas normas se encuentran las penales, desarrolladas para proteger bienes jurídicos que el legislador establece como fundamentales, debido a que vulneran o afectan en gran magnitud la convivencia pacífica y la paz social. Por ello, estas normas traen inmersa una consecuencia jurídica que se denomina sanción, la cual equivale a penas y medidas de seguridad. En ese sentido, las penas son impuestas a aquellas personas que ejecutan la conducta punible y al momento de ejecutarla tienen la plena capacidad de comprender su ilicitud y de autodeterminarse de acuerdo a esa comprensión. Por lo tanto, se les considera personas imputables. Por otro lado, a aquellas personas que realizan la conducta punible, y que al momento de ejecutarla no tienen la plena capacidad de comprender su ilicitud y de autodeterminarse de acuerdo a esa comprensión, por su inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o cualquier otro estado similar que afecte esa capacidad del sujeto, el legislador estableció que eran personas inimputables y su consecuencia jurídica era una medida de seguridad. Estas normas reguladoras de conductas humanas, que el legislador consideró como prohibidas o punibles, ya que vulneran bienes jurídicamente tutelados y que afectan gravemente la convivencia de la sociedad, están dirigidas especialmente a todas las personas de la sociedad cuya edad mínima sea de dieciocho años, ya que la ley penal considera que estas personas son imputables. Esto se

debe a que son capaces de tomar decisiones y medir sus actos al momento de ejecutar la conducta prohibida por el legislador, además de que comprenden y entienden que es una conducta contraria a la ley, de carácter ilícito, y tienen la plena capacidad de elegir si realizan o no la conducta punible, ya que conocen y entienden que su realización tiene una sanción penal.

Pero la realización de estas conductas punibles, establecidas en el Código Penal colombiano, también pueden ser cometidas por personas con una edad inferior a dieciocho años, obligando al Estado colombiano a establecer una edad mínima o mayoría de edad para la responsabilidad penal, en la cual se inicia su judicialización y declaratoria de responsabilidad penal, haciéndolos sujetos de responsabilidad en materia penal y estableciendo además las consecuencias jurídicas denominadas sanciones por la realización de la conducta punible. Estas últimas son de tipo administrativo y medidas de tipo penal, medidas que son idóneas, necesarias y proporcionales en su naturaleza, y por ello se estableció una edad mínima para ser sujeto de responsabilidad penal en Colombia, esto es, en el rango de personas entre los catorce y dieciocho años, considerándolos la ley penal como personas imputables y por lo tanto penalmente responsables. Sin embargo, su sanción se estableció en consideración a su edad, dada su naturaleza de sujetos de protección especial, y se diferencia a las sanciones establecidas para las personas adultas, que son las denominadas penas para las personas imputables, cuya función es la prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado, y la sanción de medida de seguridad que se le impone a las personas denominadas inimputables y cuyos fines son la protección, tutela y rehabilitación.

Por otro lado, las sanciones que el legislador estableció para los adolescentes infractores de la ley penal son sanciones cuyo objeto y propósito es cuidar, proteger, educar y restaurar los daños ocasionados con su conducta, y además determinó que las personas con edad inferior a los catorce años no son sujetos de responsabilidad penal y no podrán ser juzgados ni declarados penalmente responsables, ni privados de la libertad por el señalamiento o denuncia de haber realizado una conducta punible. Además, el legislador resolvió que los menores en mayoría de edad penal, mayores de catorce años y menores dieciocho años que tengan la condición de discapacidad psíquica o mental, que ejecuten una conducta punible, no pueden ser sujetos de responsabilidad

penal, lo que implica que no pueden ser juzgados o declarados penalmente responsables por la comisión de conductas punibles, pero se les impondrá una medida de seguridad.

En el desarrollo de este capítulo se empleó un enfoque de la investigación cualitativo, utilizando el método de investigación documental, por medio del cual se recopiló, seleccionó y analizó toda la información. Inicialmente se buscaron y rastrearon las normas internacionales de derechos humanos, bibliografía internacional y demás artículos científicos sobre el tema del tratamiento jurídico-penal que los Estados aplican a los menores trasgresores de la ley penal, sus sanciones administrativas y penales y la edad mínima para su vinculación a un proceso penal. En segundo lugar, se recopiló y se realizó un análisis de las normas colombianas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, y la bibliografía que desarrolla el tema. En tercer lugar, se organizó, clasificó y analizó toda la información recolectada, para finalmente construir este capítulo.

Parámetros para determinar la mayoría de edad penal y ser sujeto de responsabilidad penal

La edad en la cual se establece que los niños y niñas se consideran sujetos de responsabilidad penal en Colombia, establecida por el legislador, fue a los niños y niñas menores de dieciocho años y mayores de catorce años. Es en esta edad que los niños y niñas pueden ser considerados penalmente responsables, ya que es en la que un niño y niña tiene la capacidad de entender y analizar que su conducta desplegada está prohibida, que es ilícita, y tiene la capacidad de medir sus actos ejecutados, determinando que su realización conlleva una sanción penal y es capaz de autodeterminarse, es decir, si ejecuta o no la conducta punible, pudiendo obrar de manera a lo establecido en la ley.

La razón por la cual los Estados consideran que los sujetos en edades inferiores a la mayoría de edad no comprenden plenamente las consecuencias de sus conductas desplegadas se debe a que estas personas no tienen la capacidad de decidir o elegir si realizan o no la conducta, pues no entienden que esa conducta es contraria a la norma penal y su realización conlleva como resultado consecuencias jurídicas. Por eso los Estados consideran estas personas como inimputables por su inmadurez emocional, mental e intelectual, son excluidos

de cualquier responsabilidad penal y no deben ni ser objeto de la experiencia traumática de un proceso penal, y tampoco restringirles o limitarles su libertad, al aprehenderlos o detenerlos por la ejecución de una conducta punible que vulnera los bienes jurídicos tutelados por el legislador, y pone en peligro o afecta la convivencia de la sociedad.

No existe un límite fijo de edad en las normas internacionales de derechos humanos para determinar cuál es la edad mínima en la cual las personas son sujetos de responsabilidad penal y que tengan esa capacidad de comprender, entender y analizar las consecuencias de sus actos, la capacidad de autodeterminarse y decidir obrar conforme a la ley penal. En sus legislaciones, cada Estado establece la edad mínima para que los niños y niñas sean sujetos de la responsabilidad penal y esto lo desarrolla de acuerdo a los factores sociales, culturales y a su política criminal establecida, y también influyen los factores personales de los menores, como lo es la inmadurez emocional, psicológica e intelectual.

Como ya se indicó, las legislaciones internacionales en derechos humanos no tienen establecida una edad mínima para ser sujeto de responsabilidad penal y ser juzgado penalmente como persona imputable, y que sea aplicable a las legislaciones de los Estados, por lo que solo dan unos parámetros, criterios o puntos de referencia para establecerla. Es así como el Comité de los Derechos del Niño, perteneciente a la Organización de Naciones Unidas, ha aconsejado, propuesto e indicado a todos los Estados miembros, establecer que el rango de edad de los menores sujetos de responsabilidad penal sea entre los catorce y los dieciséis años, propugnando y aconsejando no reducir este rango de edad, pues considera que reducirlo para judicializar a los niños y niñas infractores de la ley penal sería una aplicación que no cumple con los principios de necesidad, razonabilidad, idoneidad y proporcionalidad, establecidos internacionalmente. Por lo tanto, no pueden ser vinculados a un proceso penal, dándoles el mismo tratamiento de un adulto, el cual está en plena capacidad de tomar sus decisiones en la ejecución de las conductas punibles establecidas en cada país, mientras un sujeto de doce años no tiene igual comprensión y capacidad para entender cuándo una conducta es punible y cuándo no, y cuándo esa conducta afecta la convivencia pacífica de la sociedad.

De todos modos, las normatividades de los Estados para determinar la edad en la cual el menor adquiere la responsabilidad penal y es sujeto de juzgamiento

y declarado penalmente responsable se deben abordar partiendo de las normas jurídicas establecidas internacionalmente en materia de la custodia y garantía de los derechos humanos de los menores que son sujetos de responsabilidad penal. Así, el referente en la legislación internacional para el juzgamiento penal de las reglas para la administración de justicia de menores se denomina Reglas de Beijing, y se adoptó por la Asamblea general en su Resolución 40/33 del 28 de noviembre de 1985. Allí, estableció en su numeral cuarto que en los sistemas jurídicos que reconocen el concepto de mayoría de edad penal, la edad inicial no deben establecerse en un límite o una edad demasiado temprana, ya que primero deben establecerse y analizarse las circunstancias y particularidades que establecen en la formación y desarrollo del menor y acompañan la madurez emocional, mental e intelectual de los niños. Por otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, de conformidad con el parágrafo tercero del artículo cuarenta, dispone que los Estados deberán promover el establecimiento de una edad mínima de responsabilidad penal, donde se le respete su dignidad, sus derechos humanos y brinden todas las garantías procesales y materiales, promoviéndoles la importancia de la reintegración del niño/niña, y que este asuma una función constructiva y proactiva en la sociedad, ya que antes de esa mayoría de edad penal se considera que los niños no tienen capacidad, ni comprensión y autodeterminación para infringir o contrariar las leyes penales.

Es así como muchos Estados tienen establecidas en sus legislaciones la edad en la que los sujetos inician la responsabilidad penal, por la que son juzgados y declarados penalmente responsables por las infracciones a las normatividades penales internas, acogiendo las normas internacionales de derechos humanos y demás normas internacionales establecidas en las convenciones de los derechos del niño. No obstante, existen diferencias en el inicio de edades en los Estados, ya que las normas internacionales no establecen una edad mínima fija para este juzgamiento y son los Estados, de acuerdo con el análisis y evaluación de los factores culturales, sociales y de política criminal, los que establecen la mayoría de edad penal de los menores en sus legislaciones. Por ejemplo, en gran parte de los Estados de la región de América Latina y El Caribe, como Belice, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Honduras, El Salvador, Jamaica, México, Panamá y Santa Lucía, se establece la mayoría de edad penal de forma

progresiva a los doce años cumplidos, mientras que en países como Republica Dominicana, Guatemala, Haití, Nicaragua y Uruguay se estipula la mayoría de edad penal de los menores en los trece años cumplidos. Por otro lado, en los Estados como Bolivia, Chile, República Dominicana, Paraguay, Perú y Venezuela se establece la mayoría de edad penal del menor a los catorce años, y en los Estados como Argentina y Cuba se establece la mayoría de edad penal para los menores a los dieciséis años, además de que se debe conformar un procedimiento judicial especial de juzgamiento, diferente al procedimiento de juzgamiento, brindándole un tratamiento diferencial, ya que los menores están en una etapa de formación y construcción de su proyecto de vida[8].

En la Constitución Política del Estado colombiano no se establece directamente la mayoría de edad penal para el juzgamiento que ejecute conductas punibles, pero en la jurisprudencia penal de la Corte Suprema de Justicia se ha establecido que los menores que ejecutan conductas punibles o prohibidas por el legislador, porque vulneran bienes jurídicos tutelados y afectan la convivencia pacífica de la sociedad, son responsables frente el Estado y a la sociedad por estas conductas punibles desplegadas. Además, estas conductas deben tener consecuencias jurídicas, como sanciones encaminadas en la adopción de medidas de tipo judicial y administrativo, que sean apropiadas en su naturaleza, características y objetivos a la condición de los menores, quienes, aunque tengan pleno conocimiento de la realización de la conducta y capacidad de autodeterminarse, se les deben respetar sus garantías procesales, materiales y darles un trato diferencial, distinto al juzgamiento de los adultos, ya que constitucionalmente son sujetos de especial protección[9]. El tratamiento que el legislador le ha dado al menor infractor de la ley penal, trasgresor de las normas penales colombianas, ha sido como al de una persona penalmente inimputable, pues así lo establecía el artículo 34 del Código penal Colombiano, esto es, "para todos los efectos se considera penalmente inimputable al menor de dieciocho años" (Decreto – Ley de 1980), el cual no manifestaba nada sobre su responsabilidad penal.

[8] Para más información, véase *Análisis comparativo de la legislación nacional sobre justicia juvenil con la de otros países y revisión de experiencias latinoamericanas sobre programas de atención de adolescentes en conflicto con la ley penal entre 12 y 14 años* (UNICEF, 2006a, p. 50).

[9] Véase Sentencia C-203/05 (Corte Constitucional Colombiana, 2005).

No obstante, el menor sí podía responder penalmente, pero su tratamiento era como un sujeto inimputable penalmente, ya que el Código del Menor de 1989 establecía en su capítulo quinto una jurisdicción y tratamiento especial al menor de dieciocho años que ejecutaba como autor o partícipe de conductas punibles. Pese a esto, lo consideraba como sujeto penalmente inimputable, que es aquel sujeto que al momento de realizar la conducta no tiene la capacidad para autodeterminase y poder obrar diferente a la ley, y aun así, teniendo ese conocimiento, realiza la conducta punible, así esa conducta vulnerara o colocara en peligro los bienes jurídicos tutelados y afectara la convivencia pacífica en la sociedad. Este código también estableció una edad mínima o mayoría de edad penal, en la cual el sujeto es responsable penalmente y se determina su responsabilidad penal, y en la que se establece el rango entre doce a dieciocho años. Consecuentemente, con la expedición del Código de infancia y adolescencia[10], se le dio un tratamiento diferente al menor infractor de la ley penal y además se estableció la mayoría de responsabilidad penal, creando un sistema de responsabilidad penal para adolescentes, el cual establece e incluye los requerimientos de las normas internacionales establecidas en los acuerdos de derechos humanos en el tratamiento de los menores que trasgreden la ley penal, suscritos por el Estado colombiano, como son principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos. Estos últimos intervienen en las etapas de indagación e investigación y en la etapa de juzgamiento de las conductas punibles ejecutadas por los menores que estén en rango de edades entre catorce y dieciocho años al momento de cometer el hecho punible. Así, el menor trasgresor de la ley penal no se trata como un menor objeto de compasión-represión, sino que se le da un tratamiento de adolescente penalmente responsable, tanto en el proceso penal como en las medidas sancionatorias que se le imponen por las autoridades competentes.

[10] Véase Ley 1098 de 2006 (Código de la infancia y de la adolescencia), que en su artículo 217 derogó el Decreto 2737 de 1989 (Código del Menor), a excepción de los artículos 320 a 325 y los relativos al juicio especial de alimentos, los cuales quedaron vigentes. Por otro lado, también derogó las disposiciones que le fueran contrarias.

Normatividad del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia

En el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes en Colombia, conformado por la ley 1098 de 2006, se establece la mayoría de edad penal a personas mayores de catorce años y menores de dieciocho años. Dada su condición especial y tratamiento diferencial al del sistema de juzgamiento de los adultos, como sujeto que tiene derechos y debe cumplir obligaciones, el adolescente infractor de la norma penal tiene una consecuencia jurídica diferente, por la realización de una conducta punible, a la sanción impuesta en sistema penal de las personas mayores de dieciocho años que trasgredan o incumplan la ley penal. A estos les corresponde una pena que se impone a las personas consideradas imputables, debido a que ejecutaron la conducta punible con capacidad de comprender su ilicitud, autodeterminarse y decidir si ejecuta o no la conducta prohibida por la ley penal y la cual se estableció en una limitación al derecho a la libertad, y a materializarse en un centro penitenciario, sanciones denominadas penas privativas o las penas no privativas de la libertad o la privación de otros derechos. Por otro lado, a las personas mayores de dieciocho años que son consideradas inimputables, debido a que al momento de realizar la conducta punible no tenían la capacidad de entender que son conductas prohibidas por la ley penal, y no podían autodeterminarse o decidir ejecutar la conducta punible de acuerdo a ese conocimiento y a sus consecuencias jurídicas. Esto se debe también a que es un sujeto que tiene una inmadurez psicológica, o un trastorno mental, o una diversidad sociocultural o estados similares que le impiden esa comprensión, y se les impone como consecuencia jurídica una sanción denominada medida de seguridad, la cual consiste en reclusión o internación en establecimiento especializado para atención a personas, como las clínicas psiquiátricas o clínicas adecuadas, las denominadas casas de estudio o trabajo, o la libertad vigilada.

A los menores en edad de responsabilidad penal, que realizan conductas punibles y son declarados responsables penalmente, no se les impone una sanción como consecuencia jurídica por la realización de la conducta punible, una pena o una medida de seguridad, como los adultos responsables penalmente, sino una sanción que tiene como objeto determinado la aplicación de un proceso pe-

nal pedagógico, especifico y diferenciado. Este se fundamenta en la intervención, tratamiento clínico-pedagógico y terapéutico, y se les debe garantizar el restablecimiento de sus derechos fundamentales, como el derecho a la salud, la educación, la recreación, la reparación de los lazos familiares, la prevención del riesgo de reincidencia. Además, es necesario apoyar al adolescente infractor de las normas penales a desarrollar su proyecto de vida, adquirir y mejorar sus habilidades sociales, y en especial a reconocer la conducta delictiva realizada, sus efectos negativos y restaurar el daño ocasionado. Estas sanciones pedagógicas especificas tienen un tratamiento diferenciado con respecto al sistema de enjuiciamiento penal para los mayores de dieciocho años, conforme a la protección integral, garantizando una justicia restaurativa, la verdad y la reparación integral del daño causado a la víctima, y cuya finalidad especifica es la protección del adolescente, restableciéndole y garantizándole sus derechos, educándolo y proporcionándole los instrumentos y herramientas para la inclusión al núcleo familiar y social, donde deberá primar el referente restaurativo del tejido social dañado y vulnerado por la conducta delictiva desplegada por el adolescente.

Estas sanciones establecidas para los sujetos en edad de responsabilidad penal, infractores de la ley penal colombiana, han tenido diferentes tratamientos a lo largo de los distintos cambios normativos que ha tenido la legislación penal, desde el código de 1936 hasta la Ley 599 de 2000 y actualmente la Ley 1098 de 2006, denominada Código de la Infancia y la Adolescencia.

El artículo 30 del Código penal, Ley 95 del 24 de abril de 1936, indicaba que a los sujetos menores de dieciocho años que ejecutaban conductas que infringían las normas previstas en la ley penal se les aplicara como sanción las medidas de seguridad de que trata el Capítulo II del Título II de este Libro, la cual establecía como sanción la libertad vigilada y la segregación en una escuela de trabajo o un reformatorio.

De acuerdo con esta ley, los menores de dieciocho eran considerados inimputables y por ello se les daba una sanción determinada en cada tipo penal, consistente en una medida de seguridad y no una sanción de pena, y establecía que

las sanciones de medidas de seguridad se dividían en libertad vigilada[11] y la segregación en una escuela de trabajo o un reformatorio[12].

El Código Penal, Decreto 100 de 1980, definía el concepto de las personas catalogadas como imputables en su artículo 31: "Es inimputable quien, en el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito, no tu viere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinar se de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental [...]". Este tipo penal establecía un criterio temporal: "en el momento de ejecutar [...]"; el criterio temporal, un criterio normativo estructural: "[...] el hecho legalmente descrito [...]"; un criterio valorativo: "[...] la persona no fuere capaz de comprender su ilicitud, entender que la conducta está prohibida porque lesiona bienes jurídicamente tutelado y afecta la convivencia o de determinarse de acuerdo con esa comprensión [...]"; y un criterio circunstancial: "[...] inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad socio cultural o estados similares [...]". Eran cuatro criterios para definir cuándo una persona que realiza la conducta punible es considerado inimputable. Es así como este código penal incluía a los menores de dieciocho años como personas inimputables, y por ende la consecuencia jurídica por la realización de la conducta punible era la sanción de medida de seguridad, la cual tiene un fin terapéutico, buscando la curación de la persona, protegiéndole sus derechos, y rehabilitándolo para que nuevamente pueda vivir en sociedad. Lo anterior estaba contenido en el artículo 93, Título V, del mismo estatuto penal,

[11] La libertad vigilada se explica en el artículo 67 de la Ley 95 de 1936 de esta manera: "a) Para los enfermos de la mente o intoxicados, en confiarlos al cuidado de su familia o en internarlos en una casa de salud, hospital o manicomio común, bajo la inspección del Consejo de Patronato y por un tiempo no inferior a dos años. b) Para los menores de diez y ocho años, en confiarlos a su propia familia o a otra familia que sea honorable, o a un instituto de educación, taller, fabrica o establecimiento privado, con la prohibición de que concurran a lugares públicos don de moralmente puedan correr peligro, en las condiciones adecuadas al caso que el Juez señale, bajo la inspección del mismo juez o de sus agentes" (Congreso de la República de Colombia, 1936).

[12] Esto lo explica el artículo 64 de la Ley 95 de 1936: "La segregación en los establecimientos de que tratan los dos artículos anteriores se extiende hasta que el enfermo o intoxicado deje de ser un peligro para la sociedad; pero en ningún caso puede ser menor de dos años en el manicomio criminal, ni de un año en l colonia agrícola especial" (Congreso de la República de Colombia, 1936).

y se refería a la internación en establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada, la internación en casa de estudio o de trabajo y la libertad vigilada (Decreto 100 de 1980, art. 93).

En 1989 se expide el denominado Código del Menor, mediante el cual no se les reconocía a los menores como personas sujetos de derecho, sino que los consideraba como personas objetos de cuidado y protección, garantía y tutela por parte del Estado. Por otro lado, a los menores que realizaban conductas punibles los clasificaba como menores en una situación irregular (Decreto 2737 de 1989, art. 29), que eran aquellas personas cuya edad era menor de dieciocho (18) años, que estaban en una situación de riesgo social, que sufrían abandono por parte de sus familias y del Estado, que por haber sido considerado como autor o partícipe en la ejecución de la conducta punible establecida en el código penal colombiano (Decreto 2737 de 1989, art. 30), que no acata las normas, que se encuentra en una situación de peligro para su integridad física y moral, por haber sido autor o autor o partícipe de una infracción penal (Decreto 2737 de 1989, art. 30).

Así, establece que los menores de dieciocho años se consideran penalmente inimputables (Decreto 2737 de 1989, art. 165), y que no pueden ser declarados autores o partícipes de una infracción penal que no esté expresamente consagrada en la ley penal vigente al momento que se realizó la conducta. Además, establece el concepto del sujeto en mayoría de edad penal trasgresor o infractor de la ley penal, a aquellos menores entre doce a dieciocho años que realicen conductas punibles (Decreto 2737 de 1989, art. 166). También estableció la actuación procesal para la investigación y el juzgamiento del menor infractor, y designó como juez competente, denominado Juez de menores o el Juez Promiscuo de Familia del lugar donde ocurrió el hecho, y que se tenga conocimiento de oficio, o por denuncia o informe de terceros, que un menor de dieciocho años y mayor de doce años ha incurrido en cualquiera de las conductas señaladas por la ley como delito (Decreto 2737 de 1989, art. 178). Consecuentemente, el decreto fijó que el menor infractor debía estar asistido por el Defensor de Familia y por su apoderado y sus padres, si estos quisieran intervenir en el proceso (Decreto 2737 de 1989, art. 166). Por otro lado, el Código del Menor estableció las medidas a imponer a los sujetos en mayoría de edad de responsabilidad penal, trasgresores de la norma penal, cuando el

juez de menores o promiscuo de familia estableciera plenamente la infracción del menor a la ley penal vigente, las cuales debían cumplirse en el medio familiar o dentro de la jurisdicción a la cual pertenece el menor y con carácter eminentemente pedagógico y de protección. Las medidas consagradas estaban establecidas en el Capítulo Tercero del Decreto 2737 de 1989[13].

Con la expedición del Código Penal colombiano, mediante la Ley 599 del año 2000, y especialmente con su artículo 33, se hace un cambio fundamental en el manejo de la responsabilidad penal del menor de dieciocho años trasgresor de la ley penal. De esta manera, el menor que realiza conductas punibles deja de ser tratado como una persona inimputable y es considerado sujeto de la responsabilidad penal para el estado colombiano, estableciéndolo como una persona imputable, que conoce la norma penal, que sabe que esa norma está prohibida por la ley y tiene pleno conocimiento de sus consecuencias jurídicas. Además, establece un procedimiento especial para su juzgamiento, pero con objetivos diferentes a las personas mayores de dieciocho años, con autoridades especiales y una jurisdicción ordinaria especial, que es el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes, adecuando la normatividad penal de menores colombiana a los requerimientos de las normas internacionales de derechos humanos y derechos de los menores infractores de la ley penal, en especial los menores que infringen la ley penal y que es una normatividad obligatoria para los Estados.

Con la expedición de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y la Adolescencia, se crea el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, el cual implica un cambio en los principios en el Estado colombiano para la investigación y juzgamiento del menor trasgresor de la ley penal, catalogado como adolescente, que son las personas menores de dieciocho años y mayores de catorce años. En este sentido, el menor infractor o trasgresor de la ley penal es un sujeto de derecho, quien asume responsablemente el ejercicio de sus propios derechos y su propia responsabilidad penal por la ejecución de las

[13] "Establecida plenamente la infracción, el Juez competente podía aplicar una o varias de las siguientes medidas, procurando, en cuanto fuere posible, que éstas se cumplan en el medio familiar o dentro de la jurisdicción a la cual pertenece el menor, y con carácter eminentemente pedagógico y de protección: 1. Amonestación al menor, y a las personas de quienes dependa. 2. Imposición de reglas de conducta. 3. Libertad asistida. 4. Ubicación institución. 5. Cualquiera otra medida que contribuya a la rehabilitación del menor" (Decreto 2737 de 1989, Código del Menor, art. 204).

conductas punibles. Al vincularse este proceso al sistema de responsabilidad penal para adolescentes, este contiene unas medidas adoptadas para ellos, las cuales son de carácter pedagógico, especifico, diferenciado, con objetivos y fines diferentes, respecto al sistema de responsabilidad penal de los adultos, que son personas mayores de dieciocho años, ya que la sanción no obedece a un castigo retributivo del Estado hacia el menor infractor o trasgresor de la ley penal. Se tienen entonces en cuenta las condiciones particulares de los menores infractores y las condiciones de la conducta punible desplegada, y lo que se busca es resolver el conflicto originado por la realización de la conducta punible del menor, reintegrar al menor a la vida en comunidad y a la sociedad, que continúe su proyecto de vida, repare a la víctima por los daños ocasionados con su conducta punible, restablezca las relaciones sociales, mantenga la paz y la convivencia pacífica en la sociedad.

El menor trasgresor de la ley penal es sujeto responsable penalmente, vinculado al Sistema Penal para Adolescentes. Se considera una persona imputable, la cual requiere un especial tratamiento, y se le imponen sanciones o medidas que tienen como único fin u objetivo ser de carácter pedagógico, especifico, diferenciado, protector y restaurativo, y estas deben aplicarse con el apoyo de la familia y personal especializado en derechos humanos e infancia y adolescencia, buscando siempre restablecer los derechos vulnerados de la víctima y el adolescente infractor de la ley penal.

El procedimiento establecido para el tratamiento de la responsabilidad penal para adolescentes se rige por las normas consagradas en la Ley 906 de 2004, Sistema penal Acusatorio, siempre que no exista norma especial en el Código de la Infancia y Adolescencia, y que no se desconozca el interés superior del adolescente. Así, la fiscalía tiene la acción penal para investigar las conductas punibles que realicen los menores, y se establece que las audiencias del proceso de responsabilidad penal para adolescentes se hacen ante el juez de control de garantías en la etapa de la indagación e investigación y ante los jueces de conocimiento en la etapa de juzgamiento, audiencias que tienen el carácter de reservadas y cerradas al público, si el juez de garantías o de conocimiento de acuerdo en la etapa del proceso considera que hacer públicos las actuaciones penales en el procedimiento penal puede exponer a un daño psicológico al menor infractor de la ley penal y quien está siendo judicializado (Ley 1098 de 2006, art. 146).

En todas las actuaciones realizadas en el proceso penal que se le adelante al menor trasgresor de la ley penal —etapa de indagación e investigación surtida el juez de control de garantías, en la etapa de juicio oral surtida ante el juez de conocimiento y demás actuaciones del proceso—, el adolescente estará siempre acompañado por el defensor de familia, cuya intervención se limita al acompañamiento de todas las actuaciones procesales, con el fin de hacer valer la especial y superior condición constitucional del menor[14]. Además, se le garantizará en todas las actuaciones procesales y aun antes de la audiencia de imputación, el derecho de defensa, y que se materializa mediante la designación de un apoderado de confianza del menor o, de no contar con recursos económicos para contratarlo, el Sistema Nacional de Defensoría Pública le asignará un defensor público para que lo asista en todo el proceso. Así, cualquier actuación procesal que se realice en la indagación e investigación y etapa de juzgamiento del menor infractor no tendrá validez, si esta actuación no se realiza con presencia de su defensor (Ley 1098 de 2006, art. 154).

Las partes que componen el sistema de juzgamiento para los adolescentes trasgresores de la ley penal son la Fiscalía y los Jueces Penales para adolescentes. La Fiscalía elabora la investigación de la conducta realizada por el menor de dieciocho y mayor de catorce años. Dicha función la asumen los Fiscales Delegados ante los Jueces Penales para adolescentes, y realizarán las investigaciones en las cuales se encuentre comprometida la responsabilidad penal del menor infractor y cuya participación sea de autor o partícipe de la conducta punible investigada. Por otro lado, los Jueces Penales para adolescentes podrán ser jueces penales de control de garantías, y en los procesos que no sean de su conocimiento, podrán actuar como jueces penales para adolescentes en la etapa de juzgamiento. Los jueces promiscuos de familia y municipales podrán ser a su vez jueces en el Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes cuando así lo determine la ley. En conocimiento de las actuaciones de segunda instancia se encuentras las Salas Penales y de Familia de los Tribunales Superiores de Distrito, y como órgano de cierre donde se tramitará la actuación penal del recurso extraordinario de casación, y la acción de revisión. Además, para la realización de los actos de investigación en el proceso penal del adolescente, está la Policía Judicial y el Cuerpo Técnico de Investigación

[14]Véase Corte Suprema de Justicia. Sala penal. Auto. Rad. N° 40187 de diciembre 10 de 2012, presentado por la Magistrada Ponente Dra. María del Rosario González Muñoz.

(CTI), adscritos a la Fiscalía delegada ante los jueces penales para adolescentes y promiscuos de Familia, y la Policía Nacional, con su personal especializado, que deberá apoyar las acciones de las autoridades judiciales y entidades del sistema. Sumado a ellos, se cuenta con el Sistema Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo, incluidos 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. También participan las Defensorías de Familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o las Comisarías de Familia, o los Inspectores de Policía en los lugares donde no se encuentre un defensor de familia o un comisario de familia, para cuándo deban tomar las medidas para la verificación de la garantía de derechos y las medidas para su restablecimiento. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar responderá por los lineamientos técnicos para la ejecución de las medidas pedagógicas dispuestas en la Ley 1098 de 2006 (Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes), y las demás instituciones que formen parte del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (Ley 1098 de 2006, art. 163).

El principio protector, restaurativo y educativo de las sanciones en sistema de responsabilidad penal para adolescentes en Colombia – Ley 1098 de 2006

El artículo 178 de la Ley 1098 de 2006, Código de la Infancia y Adolescencia, destaca que las sanciones establecidas para los menores infractores de la ley penal, que se les declare penalmente responsables, tienen un objeto y un fin primordialmente educativo, protector y restaurativo, fundamentado en el respeto y la garantía de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Se aplican con la intervención de la familia y el apoyo de especialistas e instituciones públicas o privadas. El principio educativo establecido como sanción no se refiere de manera específica a garantizar el acceso al sistema educativo formal, sino a la formación integral que necesita el adolescente, con el fin de concientizar al menor trasgresor de la ley, promoviendo su capacidad de responsabililidad e incorporando mecanismos que le posibiliten un control de aquellas causas que inciden en su conducta y la previsión de sus consecuencias, para que se reincorpore al seno de su familia y a su entorno social. De esta manera se restablecen sus derechos, su dignidad e integridad como sujeto, y la

capacidad del adolescente para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que han sido vulnerados.

No debe perderse de vista que los adolescentes se encuentran en pleno proceso educativo-formativo y que los adultos cumplimos un rol fundamental para su educación, comenzando por el seno familiar, el ámbito social y el ámbito educativo. Para fomentar el respeto y las garantías por los derechos humanos y las libertades de terceros, es central el ejemplo que todos los mayores brindemos a los niños (UNICEF, 2006c). El principio educativo se expresa en el artículo 40.1 de la *Convención sobre los Derechos del niño*, y se refiere a

> 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 éste asuma una función constructiva en la sociedad. (UNICEF, 2006b, p. 27)

Es por ello por lo que las sanciones impuestas a los adolescentes trasgresores de la norma penal, y a los que se les demuestre su responsabilidad penal, son la manifestación de reproche por parte del Estado y la sociedad por la conducta desplegada por el menor trasgresor de la norma penal. Por lo tanto, en la conducta desplegada generó un daño a los bienes jurídicamente tutelados por el legislador, quien tiene como fin mantener la convivencia y paz social y no es una reacción social de venganza o castigo por infligir las normas penales por esa conducta desplegada por el menor, sino que principalmente se erige como un proceso educativo y pedagógico que procura reeducar o rehabilitar al infractor de la ley penal, asegurándole la educación, la protección y el restablecimiento de sus derechos, cuyo objeto es ser un sujeto constructivo y productivo para su familia y la sociedad y continúe así su proyecto de vida, apoyado por la familia, la sociedad y el sistema educativo.

Naturaleza jurídica de las sanciones que se imponen a los adolescentes en el Sistema de Responsabilidad Penal para adolescentes en Colombia – Ley 1098 de 2006

El Sistema de Responsabilidad Penal en Colombia ha establecido unas consecuencias jurídicas a los adolescentes que trasgreden o ejecuten conductas punibles y son declarados penalmente responsables, sanciones cuyo fin es diferente a las sanciones impuestas a los adultos que también han realizado conductas punibles y que han sido declarados penalmente responsables. En ese sentido, las sanciones para los menores de edad tienen un fin de formación integral en la personalidad del menor, para garantizar sus derechos como sujeto de especial protección, como lo indica la Constitución nacional. Así, se le debe brindar todas las herramientas para su protección, cuidado y formación para la vida en la sociedad, para que aprenda que su conducta punible generó unas consecuencias importantes para su vida, que ocasionó un daño a la víctima, a la sociedad y que ese daño se debe reparar brindando la verdad de los hechos ocurridos, justicia al ser judicializado y declarado penalmente responsable, y reparación que puede ser material o simbólica.

Ahora, este proceso pedagógico se desarrolla por medio de la educación, a través de personal especializado en el tratamiento, formación de menores y en derechos humanos. Por otro lado, estas sanciones deben ser aplicadas con el acompañamiento de su grupo familiar, quien es un gran aliado para que el menor cumpla el objetivo establecido con la sanción y así poder reintegrarlo a la sociedad, que continúe su proyecto de vida, el cual fue detenido con la comisión de la conducta punible, y que sea un sujeto cumplidor de las obligaciones y aporte positivamente a la sociedad, en especial a la convivencia. Además, que pueda solucionar pacíficamente sus conflictos, que no vuelva a realizar conductas punibles (Ley 1098 de 2006, art. 178), asunto que ha manifestado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 22 de mayo de dos mil trece —Radicado 35431— y junio trece de dos mil dieciocho —Radicado SP 2159-2018, radicación 50313. Por lo tanto, es pertinente señalar que según lo ha precisado la sentencia, de conformidad a lo establecido en el artículo 178 de la Ley 1098 de 2006, todas las sanciones allí establecidas, incluida por supuesto la de privación de la libertad, "tienen una finalidad protectora, educativa y restaurativa" en el marco del Sistema de Responsabilidad para Adolescentes.

Las sanciones establecidas en el Sistema de Responsabilidad Penal para el menor trasgresor de la ley penal, quien ha sido declarado penalmente responsable, son la amonestación, la imposición de reglas de conducta, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida, la internación en medio semicerrado y la privación de libertad en centro de atención especializado, sanciones que se cumplirán en programas o centros de atención especializados, los que deberán acogerse a los lineamientos técnicos que para cada sanción defina el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La amonestación

Es una sanción que equivale a la recriminación que la autoridad judicial le hace al adolescente por la conducta punible ejecutada y las consecuencias que esta conducta generó en él como persona, en su grupo familiar y en la sociedad. Además, con su actuar provocó un daño a la sociedad y a la víctima, el cual debe ser reparado integralmente en los componentes de justicia, verdad y reparación. La amonestación como sanción debe ir complementada con un proceso formativo en el que se le den herramientas al menor en el respeto de los derechos humanos, el cumplimiento de las obligaciones que tiene como sujeto de derecho, la manera como debe comportarse en la sociedad y cumplir las normas establecidas, en especial las normas de convivencia y las normas penales, además de la manera de interactuar y la manera de obrar en su entorno familiar y social. Este proceso formativo se realiza mediante la educación, y esta formación estará a cargo del Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación, entidad que debe asistir obligatoriamente el menor. La amonestación como sanción es la menos estricta o rigurosa dentro del proceso de responsabilidad penal aplicado al menor infractor, ya que guarda la esencia de la tutela, protección y cuidado integral del menor como sujeto especial de derechos y sujeto cumplidor de obligaciones. Así, su configuración es netamente pedagógica y su finalidad es ser una sanción protectora, educativa y restaurativa, opuesta a la sanción de castigo y represión, como es el caso de la pena en el tratamiento de las sanciones de los adultos del sistema penal colombiano.

La amonestación es una exhortación que hace el juez al menor, indicándole los resultados negativos del hecho cometido, concientizándolo del daño causado a la sociedad y a la víctima, y exigiéndole la reparación integral en verdad,

justicia y reparación simbólica o material del daño causado con su conducta punible causada. Además, este tipo de sanción permite la incorporación de la víctima durante todo el proceso, y luego de ella se ejecuta el incidente de reparación integral, con lo cual aparentemente se cumpliría con el esperado de justicia, verdad y reparación para la víctima. La amonestación es una "medida orientadora", que busca ilustrar y educar al menor, para que a futuro tome sus propias decisiones, evitando infligir la ley penal y así tenga en cuenta las consecuencias de sus actos y su papel en la sociedad.

La imposición de reglas o normas de conducta

Es una sanción que no limita la libertad o autonomía del menor infractor, y está desarrollada en una imposición por la autoridad competente, en este caso el juez de conocimiento para adolescentes es quien declara la responsabilidad penal al adolescente y le establece una reglas o pautas dirigidas al cumplimiento de obligaciones específicas y unas prohibiciones. Estas últimas se encaminan a controlar y regular el modo y forma de vida del menor trasgresor de la norma penal en la sociedad, y en especial en su entorno familiar, y que estas reglas o pautas de comportamiento promuevan, aseguren y formen los principios y valores necesarios para convivir en sociedad en la personalidad del menor, perdidos por la comisión de la conducta punible. Además, se dirigen a que el menor, por medio de la educación, comprenda que todas sus actuaciones o conductas desplegadas tengan inferencia penal, consecuencias en su vida y que se deben respetar las normas establecidas en la sociedad para la convivencia, y que además aprenda a solucionar pacíficamente los conflictos que puedan desarrollarse en su vida. Estas reglas o pautas de conducta tienen un límite establecido en la norma de dos años.

Estas obligaciones y prohibiciones se imponen para que el menor infractor de la ley penal regule su forma de vida y de desarrollo en la sociedad, haciéndole entender y comprender que su conducta punible desplegada trae consecuencias jurídicas para él, su familia y la sociedad en la cual vive y desarrolla su proyecto de vida, con el fin de formarlo y crearle conciencia de cumplir las normas e invitarlo a no realizar comportamientos contrarios a las normas penales y que debe autodeterminarse y aprender a comportarse en sociedad. Aunque la ley no especifica cuáles son las obligaciones y prohibiciones que puede imponer el juez a un adolescente en el marco de esta sanción, sí

señala que no puede hacerlo por un término mayor a los dos años. Estas reglas de conducta pueden aprenderse al observar la buena conducta individual, familiar, social y escolar, además de la obligación de participar en programas de formación personal y laboral, culturales, prevención de la drogadicción, y recibir terapia psicológica y trabajo social, etc. Así, el menor siempre estará acogido y acompañado de personas especializadas, profesionales en diferentes materias, que constituyen un acompañamiento interinstitucional, el cual está integrado en varias disciplinas, a través de psicólogos, trabajadores sociales, abogados, docentes, pedagogos, entre otros, que ayuden al adolescente en la construcción de su proyecto de vida y a vincularlo nuevamente a la sociedad, con el apoyo de su núcleo familiar.

La imposición de prestación de servicios a la comunidad

Es una sanción que no limita o restringe la libertad y autonomía del menor infractor de la ley penal, y que está definida en la ley como la asistencia o realización en forma gratuita sin ninguna remuneración económica o de otra índole por parte del menor infractor de la ley penal en la prestación de servicios sociales a la comunidad. Estos servicios equivalen a la realización de tareas de interés general que el adolescente debe realizar, por un término que no supere los seis meses, y se debe desarrollar en una jornada máxima de ocho horas semanales, preferentemente los fines de semana y los días festivos o en días hábiles, actividades que no deben interferir con su proceso académico y por ende no deben afectar su jornada escolar. Se prohíbe el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso, o que coloque en riesgo la integridad física y emocional del menor, o que afecte su proceso educativo, o que sea perjudicial para la integridad o la salud o para su desarrollo físico, mental, motriz, espiritual, moral o social. Además, estos servicios a la comunidad se dan como reparación y retribución a la sociedad por el daño causado por el menor infractor de la ley penal al ejecutar su conducta (Corte Suprema de Justicia, Radicado 35431, 2013).

Las actividades que pueden realizarse en la comunidad para el cumplimiento de esta sanción impuesta al menor infractor de la ley penal son la participación en campañas de cuidado y conservación del medio ambiente, como sembrar árboles, repartir volantes alusivos al cuidado del medio ambiente, dictar charlas sobre la atención que todas las personas debemos tener en el

cuidado y manejo del medio ambiente; además del acompañamiento a la población vulnerable, como son los desplazados, adultos mayores, otros menores, discapacitados y en general aquellas personas que por su condición necesiten una ayuda física; acompañamiento en actividades lúdicas, recreativas y deportivas, las cuales se pueden desarrollar en las escuelas, canchas, acciones comunales, grupos juveniles; y apoyo en programas sociales dirigidos a la población discapacitada, actividades encaminadas a la prevención de desastres, programas de prevención de consumo de sustancias psicoactivas, campañas de salud y vacunación, entre otros. Todo esto con el fin de que el menor aprenda a convivir con las demás personas y a sentirse útil en la sociedad, como una persona que aporta positivamente a ella.

Para la implementación de esta sanción de la prestación de servicios a la comunidad, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entidad encargada del cuidado y la garantía de los derechos de los menores, establece unos lineamientos y requisitos obligatorios que se deben cumplir, garantizando el respeto y la garantía de los derechos de los menores y que ellos puedan cumplir su sanción efectivamente y se cumplan los fines de esta sanción, es decir, la reparación a la sociedad, la adquisición de los menores de principios y valores como la solidaridad, el respeto, la responsabilidad, además de que este servicio prestado por el menor a la comunidad fortalezca su personalidad y su formación como persona y que se sienta útil a la sociedad, aportando positivamente a su crecimiento.

La sanción de prestación de servicios a la comunidad es la más apropiada para cumplir los fines de protección, educación y restauración, ya que el adolescente infractor de la ley penal cumple con el objetivo de resocializar y volver a la sociedad a seguir construyendo su proyecto de vida. Además, forma al menor infractor de la ley penal en el hecho de que toda conducta punible trae unas consecuencias jurídicas y genera un daño a la sociedad y a las víctimas, y que es su obligación repararlo para que sea un verdadero acto de reconciliación.

De esta manera se crean valores y principios en el adolescente, que lo ayudarán a ser una persona útil y productiva para su familia y la sociedad, y así evitar que a futuro el adolescente no vuelva a infringir la ley penal y continúe con su proyecto de vida, y sea una persona que aporte al crecimiento personal y de la sociedad.

La libertad asistida

Es una sanción que se le impone al menor infractor de la ley penal, en la que se le condiciona a someterse a una supervisión, asistencia y orientación de un programa especializado, brindado por profesionales que le entregan al menor una atención integral. Esta atención le permite formarse en valores y principios encaminados a reintegrarlo a la sociedad como una persona que aporte positivamente a la convivencia en la sociedad, y que también aprende de la conducta punible realizada, sus consecuencias, para no volver a reincidir, uniendo los lazos familiares y ayudando a recuperar el daño a la víctima y a la sociedad como consecuencia de su actuar. Es una sanción eminentemente educativa y social, que involucra la ejecución de un proyecto educativo, además del restablecimiento y desarrollo de su proyecto de vida, con el acompañamiento de su grupo familiar y de la sociedad.

Entre las intervenciones por el grupo de profesionales especializados se encuentran las terapias familiares, las cuales abordan los problemas que pueda tener el menor con su grupo familiar y le da pautas para solucionar esos problemas, de manera que se creen lazos de afecto entre los miembros de la familia; la psicoterapia individual, en la cual un profesional de la psicología le ayuda al menor infractor de la ley penal a prevenir y mediatizar comportamientos, promover el crecimiento personal y su desarrollo en la sociedad; además se utilizan otros medios, como son los grupos de apoyo, visita al medio sociofamiliar, entrevistas a los padres o redes sociofamiliares, desarrollo de habilidades de comunicación y solución pacífica de conflictos, encuentros de intercambio intergeneracional, acciones de integración y nivelación escolar, actividades lúdicas y culturales, de prevención de situaciones de riesgo, y orientación, formación y asesoría familiar. Con lo anterior, el menor infractor de la ley penal puede cumplir efectivamente su sanción (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2010).

Internado abierto

El internado abierto es una institución especializada para el cuidado y manejo de menores, con atención a los menores las veinticuatro horas, donde se les brinda alojamiento, educación, salud y recreación. Además, es una institución abierta, atendida por personal especializado, por lo cual no hay restricción o limitación de la libertad, pues no es una sanción que la limite. En ella, el menor infractor puede participar en actividades con la comunidad, como educación,

recreación, deportes, capacitación para el trabajo, entre otras, las cuales van encaminadas a sensibilizar la conducta punible realizada, sus consecuencias jurídicas, los daños ocasionados con la conducta a su familia, sociedad y a las víctimas, y así evitar que el menor en el futuro pueda volver a reincidir y prevenir la reincidencia en la comisión de conductas punibles, de manera que continúe construyendo su proyecto de vida.

Este programa está compuesto por los servicios de valoración al ingreso y al egreso del menor, con el fin de determinar si se cumplió con el fin de la sanción, es decir, cómo ingresó el menor a la institución y cómo se entregó nuevamente a la sociedad. El menor también tiene acceso a la educación formal, técnica y tecnológica, para que continúe su vida escolar, además de la vinculación y participación del adolescente y su familia en actividades durante todo el proceso, las cuales ayudan a solucionar los posibles problemas que el menor tenga con su familia, y a crear lazos de afecto para que puedan en el futuro apoyarse, solucionar los conflictos que se le presenten y vivir en familia. Por otro lado, el menor cuenta con la adecuada dotación locativa, escolar, alimentaria y de salud, mismos que se brindan de manera gratuita y efectiva. Además, los menores son atendidos por personal especializado, compuesto por psicólogos, terapeutas, trabajadores sociales, docentes, que están pendientes del proceso formativo del menor en las instituciones, entre otros servicios. Todo esto con el único fin de que el menor cumpla su sanción y adquiera esos valores y principios perdidos con la comisión del delito y pueda regresar a su hogar y a la sociedad a continuar su vida normal y no vuelva a cometer conductas punibles, evitando entrar nuevamente al sistema de responsabilidad penal (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2010).

Externado

En este programa el menor convive con su propia familia, pues no es una sanción privativa de la libertad, por lo que tampoco en una institución donde esté físicamente las veinticuatro horas. Es un programa en un medio sociofamiliar, con el fin de dar cumplimiento a la sanción en medio semicerrado, la atención por la entidad son jornadas de cuatro horas diarias. Este programa debe alternarse con la jornada escolar del menor. Si al momento de imponer la sanción por el juez en medio semicerrado el menor está desescolarizado, el juez que declaró la responsabilidad penal del menor infractor puede colocar

al menor en el programa seminternado hasta tanto se logre su vinculación al sistema educativo, caso en el cual podría regresar al programa de externado como forma de cumplimiento de la medida.

La finalidad de este programa para el menor infractor de la ley penal es protectora, educativa y restaurativa, que deberá aplicarse especialmente al acompañamiento de su grupo familiar, quien es el apoyo fundamental del menor para el cumplimiento de esta sanción, pues son los que están verificando el cumplimiento de las obligaciones impuestas, además del personal especialista, compuesto por docentes, psicólogos, terapeutas, entre otros. El objetivo principal de este acompañamiento es formar en el menor una personalidad fuerte y así fortalecer su capacidad de actuar, comprendiendo las consecuencias jurídicas, personales y familiares de su actuar delictivo, el daño causado a la sociedad y a las víctimas, además de la capacidad del menor de no volver a reincidir, de cumplir sus obligaciones, el respeto de los derechos de los demás y la solución pacífica de los conflictos que se le presenten, siempre buscando un desarrollo integral del menor, para que se sienta útil a la sociedad y a su familia.

Los servicios que este programa le ofrece al menor infractor de la ley penal son la terapia familiar, donde se atiende al menor y sus familias, dándoles pautas de convivencia; la atención psicoterapia individual con personal especializado, donde el menor aprende a autorregularse y comportarse; el establecimiento de grupos de apoyo, los cuales se ayudan entre ellos, fortaleciendo el valor del respeto y la solidaridad; el acompañamiento y las visitas al medio sociofamiliar, donde se analiza el progreso del menor y qué aspectos se deben mejorar y apoyar para cumplir a cabalidad su sanción; las entrevistas con los padres o redes sociofamiliares para hacer seguimiento del proceso realizado al menor; la prevención y promoción de acciones formativas, con el fortalecimiento de lazos afectivos, desarrollo de habilidades de comunicación y solución pacífica de conflictos, fortalecimiento de la autoestima y tolerancia. De igual forma, ofrece encuentros de intercambio intergeneracional, gestión de acompañamiento a la integración escolar y acciones de nivelación académica, desarrollo de competencias laborales, actividades culturales y lúdicas, de prevención de situaciones de riesgo, orientación, formación y asesoría a la familia. También existe una apropiada dotación de aseo personal, locativa, talento humano, servicios públicos domiciliarios, entre otros (Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, 2010).

La privación de la libertad

Esta sanción restringe la libertad del menor, la cual se desarrolla en un centro de atención especializada y se establece para los menores infractores de la ley penal, que fueron declarados penalmente responsables por el juez de conocimiento para adolescentes, por infligir la norma penal. Esta sanción, que es la más drástica, está establecida en el sistema de responsabilidad penal y es aplicable excepcionalmente a los adolescentes mayores de dieciséis años y menores de dieciocho años y para los delitos cuya pena establecida en el Código Penal sea o exceda los seis años de prisión. La duración de la pena privativa de la libertad, en centro especializado impuesta al adolescente que fue declarado penalmente responsable, tendrá una duración desde un año hasta cinco años. Para las conductas punibles de homicidio doloso, secuestro, extorción en todas sus formas, y delitos agravados contra la libertad e integridad y formación sexual, los adolescentes mayores de catorce años y menores de dieciocho años declarados penalmente responsables por estos delitos se les establecerá la privación de la libertad en un Centro de Atención Especializado por una duración de dos a ocho años, con el cumplimiento total del tiempo de sanción impuesta por el juez, sin lugar a beneficios de redimir penas.

En los eventos en los que se encuentre vigente la sanción privativa de la libertad impuesta al adolescente y este cumpliere los dieciocho años, continuará cumpliéndola hasta su terminación en el Centro de Atención Especializada, de acuerdo con las finalidades protectora, educativa y restaurativa establecidas para las sanciones en la presente ley. En los casos en los que el adolescente haya sido víctima del delito de constreñimiento de menores de edad para la comisión de delitos o reclutamiento ilícito no se aplicará privación de la libertad (Ley 1098 de 2006, art. 187).

El sistema de responsabilidad penal para adolescentes, Código de la Infancia y la Adolescencia, introdujo la normatividad internacional en derechos humanos para el tratamiento del menor infractor de la ley penal, como es el caso de la regla número 17.1 de las Reglas de Beijing, que en su literal c prevé que solo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el joven sea condenado por un acto grave en el que exista violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada, y que la privación de libertad como sanción

a los adolescentes que infrinjan la ley penal debe ser una medida excepcional y último recurso por un tiempo determinado, con la prohibición absoluta de la aplicación de penas de reclusión o prisión perpetua (Organización de las Naciones Unidas, 1985).

Además, el estado tiene la obligación de aplicar la normatividad internacional establecida en las normas de derechos humanos y en los tratados suscritos por Colombia, y el deber de brindarle las garantías, protección y de corresponsabilidad en el cumplimiento de los fines de la sanción pedagógica al adolescente declarado penalmente responsable, y al cual se le impuso una sanción privativa de la libertad en un Centro de Atención Especializada, buscando siempre su reintegración social y cumpliendo los fines de la sanción privativa de la libertad, que es protectora, restaurativa y educativa, de manera que no se vulneren los derechos del adolescente de los que le corresponde ser garante, y a su vez el adolescente infractor de la ley penal, por medio de la sanción, tiene el deber de comprender el daño, repararlo y encaminar su esfuerzo personal a no volver a incurrir en conductas que causen reacción social negativa.

Referencias

Congreso de la República de Colombia. (1936, 30 de marzo). Ley 45. *Sobre reformas civiles (filiación natural).* DO. 23147. https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/IGUB/ley-45-de-1936.pdf

Congreso de la República de Colombia. (2000, 24 de julio). Ley 599 de 2000. *Por la cual se expide el Código Penal.* DO. 44097. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6388

Congreso de la República de Colombia. (2004, 1 de septiembre). Ley 906 de 2004. *Por la cual se expide el Código Procedimiento Penal.* DO. 45658. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0906_2004.html

Congreso de la República de Colombia. (2006, 8 de noviembre). Ley 1098 de 2006. *Por la cual se expide el Código de la Infancia y Adolescencia.* DO. 46446.

Corte Constitucional Colombiana. (2005, 8 de marzo). Sentencia C-203/05. Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes. (Gloria Lucía Sarmiento Santander, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/c-203-05.htm

Corte Suprema de Justicia. (2013, 22 de mayo). Radicado 35431. (Javier Zapata Ortiz, M. P.).

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2010). *Lineamientos Técnico Administrativos para la Atención de Adolescentes en el Sistema de Responsabilidad Penal en Colombia.* https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/resolucion_icbf_1301_2010.htm

Organización de las Naciones Unidas. (1985). *Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing"). Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.* Organización de las Naciones Unidas.

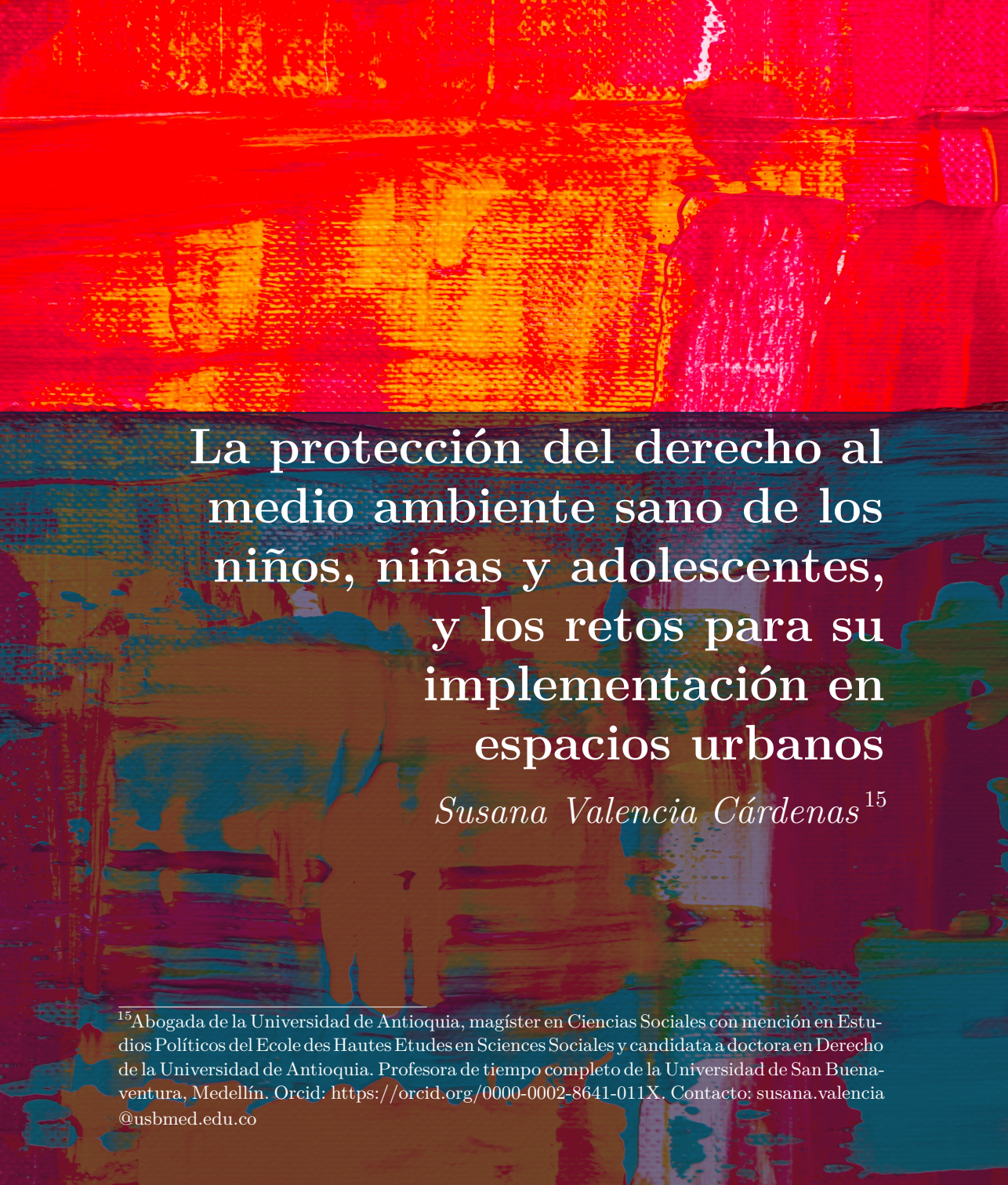
Presidencia de la República de Colombia. (1980, 20 de febrero). Decreto 100 de 1980. *Por la cual se expide el Código Penal.* DO 35461. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/codigo_penal_1980.htm

Presidencia de la República de Colombia. (1989, 27 de noviembre). Decreto 02737 de 1989. *Por la cual se expide el Código del menor.* DO. 39080. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/codigo_menor.htm

United Nations International Children's Emergency Fund [UNICEF]. (2006a). *Análisis comparativo de la legislación nacional sobre justicia juvenil con la de otros países y revisión de experiencias latinoamericanas sobre programas de atención de adolescentes en conflicto con la ley penal.* UNICEF.

United Nations International Children's Emergency Fund [UNICEF]. (2006b). *Convención sobre los derechos del niño.* UNICEF.

United Nations International Children's Emergency Fund [UNICEF]. (2006c). *Observaciones generales del Comité de los derechos del niño.* UNICEF.



La protección del derecho al medio ambiente sano de los niños, niñas y adolescentes, y los retos para su implementación en espacios urbanos

Susana Valencia Cárdenas[15]

[15]Abogada de la Universidad de Antioquia, magíster en Ciencias Sociales con mención en Estudios Políticos del Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales y candidata a doctora en Derecho de la Universidad de Antioquia. Profesora de tiempo completo de la Universidad de San Buenaventura, Medellín. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-8641-011X. Contacto: susana.valencia@usbmed.edu.co

Introducción

El cuidado del planeta es un reflejo del cuidado de sí y de los otros, en especial de los niños, niñas y adolescentes (a partir de ahora, NNA), una de las poblaciones con graves afectaciones, aún invisibles, a raíz de la situación ocasionada a inicios de 2020 por el virus SARS-CoV-2, causante de la enfermedad COVID-19 (Elsevier Connect, 2020), y la crisis socioeconómica mundial de él derivada. Esta evidencia un desequilibrio en la naturaleza, con la cual el modelo de desarrollo económico capitalista entró en una guerra permanente, que se relaciona estrechamente con el vínculo y los límites del comportamiento humano acerca de la protección de la vida en la tierra. La creencia de que esta es un producto o mercancía ha llevado al ser humano a simplificar los ecosistemas, reducir el número de especies y alterar la biodiversidad, motivos por los cuales desaparecen "especies intermedias que actúan como barrera, favoreciendo que estemos en contacto con otras especies con las que nunca teníamos contacto y, por lo tanto, más expuestos" (Valladares, como se citó en Tena, 2020, párr. 2).

Esta exposición incrementa el grado de vulnerabilidad de las poblaciones humanas ante peligros o amenazas que, como los virus, circulan o hacen parte de ciclos biofísicos de la naturaleza y que, sin embargo, una vez se desencadenan en contextos de mayor vulnerabilidad social, económica o ambiental, generan afectaciones desastrosas sobre la vida de comunidades humanas con las que no es posible lidiar usando los propios recursos y patrones de vida (Von Kotze, 1996).

Este capítulo presenta un análisis de los ejes principales de protección del derecho al medio ambiente sano en los NNA, y los retos para su implementación que, se advierte, actualmente tienen mayor repercusión en entornos urbanos, donde habita la mayoría de población humana del planeta. Así, la pregunta de investigación de la cual derivó este trabajo gira en torno a responder: ¿de qué manera la

protección del derecho al medio ambiente sano de los niños, niñas y adolescentes enfrenta actualmente retos para su implementación en espacios urbanos?

Debido a la crisis referida, es necesario preguntarse acerca del sentido que cobra la protección del derecho al medio ambiente sano de los NNA, en la medida en que estos son el referente de futuro para la humanidad, y cuya titularidad como sujetos titulares de derechos fue reconocida por la Convención de los Derechos del Nino, proclamada por la ONU en 1989.

El capítulo se divide en tres partes: la primera, dedicada a identificar los principales instrumentos jurídicos internacionales y nacionales para la protección de este derecho a los NNA; la segunda, a establecer una relación entre estos derechos, y la conceptualización de la ciudad y el ambiente como entorno seguro para el desarrollo y bienestar de los NNA; en la tercera parte se presenta de modo enunciativo con objetivos de problematización, los principales retos para la protección del derecho al medio ambiente sano de los NNA en espacios urbanos; finalmente, se plantean conclusiones y posibles propuestas a analizar e implementar para mejorar la gobernanza, incluyendo a los NNA en la toma de decisiones en materia ambiental, ya que deben tomarse en serio como actores sociales capaces de proponer una visión propia del mundo que les rodea y de sus posibilidades de transformación.

Este capítulo es resultado del proyecto de investigación "La protección jurídica de niños, niñas y adolescentes en Colombia". La investigación que se presenta aquí se ha desarrollado con un enfoque metodológico cualitativo, bajo un diseño interpretativo, empleando como técnica de investigación el rastreo documental de fuentes, tales como leyes, sentencias, artículos de revista e informes de entidades especializadas en el tema, tanto gubernamentales como no gubernamentales. El rastreo se realizó usando bases de datos como Google Scholar, con los términos "Protección ambiental de niños, niñas y adolescentes", "Justicia ambiental para niños, niñas y adolescentes", "Medio ambiente sano y niños", "Ciudad y niños". Posteriormente, se realizó la caracterización, sistematización y análisis de la información a través de una ficha de lectura, para proceder, finalmente, a la construcción del capítulo.

La protección jurídica internacional y nacional del derecho al medio ambiente sano de los niños, niñas y adolescentes

La Convención de los Derechos del Niño (CDN/ONU, 1989) retoma la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad, aspectos bajo los cuales se establecen los principales lineamientos sobre la protección de los niños. En este instrumento, los Estados parte reconocen los acuerdos, pactos, compromisos, declaraciones y principios sobre los derechos humanos y se particularizan los del niño, se definen las responsabilidades de los países participantes en cuanto a la protección respeto y dignidad de los niños, a la vez que se determinan procedimientos con respecto a las obligaciones de los Estados participantes, y se acuerdan derechos y protecciones mediante procedimientos ajustados a la justicia, la libertad y la igualdad.

Algunos ejemplos de dichos principios se encuentran en el artículo 24 de la convención, el cual reconoce el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud en conexidad con el acceso a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. También tiene derecho a combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud, mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente (CDN/ONU, 1989). Los niños —por extensión, también, los adolescentes— son, según interpretación amplia y no restrictiva del instrumento, sujetos titulares del derecho a un medio ambiente sano, a quienes también debe educárseles en el respeto a la naturaleza de acuerdo con el artículo 29 de la Convención citada.

Este instrumento normativo deja atrás los conceptos según los cuales, los NNA son objetos de protección, posicionándolos como sujetos de derechos desde los principios de titularidad, interés superior, prevalencia de los derechos, protección integral y corresponsabilidad (Cely, 2015). En este sentido, la legislación colombiana (Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia)

estableció una especial interpretación a partir de la conexidad entre los derechos a la vida y a la calidad de vida, con el derecho a un medio ambiente sano, entendiendo el ambiente en sentido amplio como el entorno de felicidad, amor y comprensión, y, en consecuencia, establece que:

> 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. (Congreso de la República, 2006)

A su vez, si bien en Colombia el derecho a un medio ambiente sano no es un derecho fundamental, sino uno de los reconocidos como derechos colectivos, los principios del Derecho Internacional Ambiental (DIA) y del Derecho Internacional Público (DIP) han permitido otorgarle un alcance interpretativo abierto, a través de la figura de conexidad jurídica, mediante la cual los órganos jurisdiccionales como la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional han reconocido a través de diversas sentencias el carácter supralegal del mismo, argumentando que el deterioro creciente del medio ambiente es "un atentado grave para la vida actual y venidera, así como también su protección se constituye en elemento crucial para la salvaguardia de todos los otros derechos fundamentales" (Narváez, 2019, p. 381).

En la sentencia T-294/14, la Corte Constitucional, en ponencia expuesta por la magistrada María Victoria Calle Correa, reconoció el término justicia ambiental, entendida como aquella que "incorpora una demanda de justicia participativa, esto es, un reclamo de participación significativa de los ciudadanos, en particular de quienes resultarán efectiva o potencialmente afectados por la ejecución de determinada actividad" (como se citó en Rodríguez Garavito et

al., 2017, pp. 67–68), lo cual se conecta con el derecho a la participación política, y el derecho de acceso a la información por parte de los NNA, establecidos también en la Convención de los Derechos del Niño.

Otra de las sentencias colombianas más significativas al respecto es la Sentencia 4360/18, cuyos promotores solicitaron la protección de los derechos "supralegales", donde se destaca el propósito de "gozar de un ambiente sano" en conexión con la vida y salud, identificándose los actores, en primer lugar, como:

> [...] un grupo de 25 niños, niñas, adolescentes y jóvenes adultos [...] entre 7 y 25 años de edad, que viv[en] en ciudades que hacen parte de la lista de ciudades de mayor riesgo por cambio climático. [...] [Con] una esperanza de vida de 78 años en promedio (75 años para los hombres y 80 para las mujeres), motivo por el cual espera[n] desarrollar [su] vida adulta entre los años 2041–2070 y [su] vejez desde el año 2071 en adelante. En esos períodos de tiempo, según los escenarios de cambio climático presentados por el Ideam, se espera que la temperatura promedio en Colombia aumente 1.6°C y 2.14°C, respectivamente [...]. (Corte Suprema de Justicia, como se citó en Narváez, 2019, p. 378)

El centro de su argumentación radica en que, como integrantes de la generación futura del país, enfrentarán los efectos del cambio climático en los períodos de 2014–2070 y 2071–2100, y advierten que la deforestación en la Amazonía colombiana tiene consecuencias no solo sobre esa región, sino también sobre los ecosistemas del resto del territorio patrio; que tal acaecimiento es propiciado porque los convocados en la acción no han adoptado medidas para esa eventualidad y que, además, ello tiene consecuencias gravísimas para sus lugares de residencia, "modificando negativamente sus condiciones de vida y violentando directamente su derecho a '*gozar de un ambiente sano*'" (Narváez, 2019, p. 378). De hecho, este reclamo va en sintonía con lo planteado por Bell:

> El reconocimiento del derecho a un medio ambiente sano en instrumentos internacionales, tales como normas, declaraciones, tratados, entre otros de similar naturaleza, le otorgan un mayor grado de protección en tanto establecen esquemas o estándares mínimos de protección que los Estados deben respetar (2018, p. 54).

Los niños, niñas y adolescentes en la ciudad y su medio ambiente

Actualmente, existiría consenso en considerar la ciudad como uno de los escenarios para el goce o disfrute de los derechos de los NNA. Sin embargo, los procesos de urbanización los han marginalizado de procesos de planificación y puesta en marcha, pues, históricamente, apenas hasta el siglo XX la ciudad emergió como proceso histórico documentado a partir de su crecimiento industrial, su conceptualización y clasificación de su economía (Mumford, 2002).

Román y Pernas (2009) analizan, para el caso de la ciudad de Segovia en España, las formas como se teorizan las relaciones ciudad-infancia, así como las condiciones de los niños frente a los adultos y sus desventajas, caracterizando que en dichas relaciones prevalece el control disfrazado de protección, debido a un urbanismo que privilegió, en desconocimiento de otros grupos poblacionales (niños, mujeres, migrantes, entre otros), una forma de vida, la de un ciudadano caracterizado así:

> [...] en edad productiva, con trabajo remunerado, que se mueve libremente y tiene acceso a todos los recursos de la ciudad, que no tiene responsabilidades domésticas y carece de problemas de movilidad. Un ciudadano que, en definitiva, se ajusta a una pequeña parte de la población y sólo en una etapa concreta de la vida, pero que coincide con quienes planifican, construyen y teorizan sobre la ciudad, quienes están en los medios de comunicación vigilando para que sus intereses espaciales queden salvaguardados y quienes tienen el poder político y económico para definir qué es lo importante, cuáles son los valores comunitarios que deben imperar y materializan esa imagen. (Román y Pernas, 2009, p. 16)

Ahora bien, la ciudad es una construcción social y cultural que hace las veces de espacio, lugar de lo social donde se crean sentidos de pertenencia y sobrevivencia, donde coexisten sueños, deseos e imaginarios:

> La ciudad, tal y como la encontramos en la historia, es el punto de máxima concentración del poder y la cultura de una comunidad. Es el lugar donde los rayos difusos de muchas y diferentes luces de

> la vida se unen en un solo haz, ganando así tanto en eficacia como en importancia social. (Mumford, 2018, p. 15)

Dichas "luces de vida" son los actores de la ciudad, quienes dotan de significado el acto de habitar en ella, así como proveen nuevas visiones para que los gobiernos promuevan e intervengan en el desarrollo urbano alrededor del pensamiento de quienes habitan. Una de tales visiones corresponde al ambiente, el cual históricamente había sido marginalizado de los procesos de planificación urbana. Sin embargo, en algunos países, por ejemplo, Gran Bretaña, la "cultura de las ciudades" sirvió de guía para las tareas de reconstrucción y renovación, en los siguientes términos: "el concepto de lo urbano se impone como realidad territorial contribuyendo con ello al debate en torno a la necesidad de encontrar una nueva definición de ciudad" (Chaves Martin, 2013, p. 215).

Este cambio cultural de las ciudades ha implicado reconocer que los ambientes físicos de la vida diaria reflejan nuestra identidad individual y colectiva. Pero más significativo es afirmar la reciprocidad de la relación entre persona y ambiente, la cual influye en los comportamientos y justifica esfuerzos globales para abordar los problemas que afectan a los NNA que habitan en el medio urbano.

Los contextos urbanos de vulnerabilidad social, económica, ambiental, entre otros tipos, influyen directamente sobre el desarrollo de los NNA, debido a las interacciones con múltiples manifestaciones de violencia, la desigualdad de la educación en zonas urbanas pobres, los obstáculos para una calidad de vida debido a la obligación, por la pobreza, de habitar ambientes insalubres, y las políticas del desarrollo urbano que los desconocen como actores centrales de la ciudad, a pesar de la estimación, según la cual:

> [...] los parques (70 %), seguido de los hogares infantiles y los centros de desarrollo (38.2 %), se constituyen en los lugares más frecuentados por los niños. Los espacios abiertos de circulación como andenes, semáforos, pasos peatonales y demás, siguen presentando baja frecuencia en las respuestas proporcionadas. (Gómez et al., 2020, p. 149)

El barrio, tanto como la escuela y la familia, también aporta al desarrollo potenciador de la infancia, mediante los momentos de diversión, de encuentro lúdico, porque en él tienen lugar la toma de decisiones durante el juego barrial, la competencia, la recreación, entre otros. Es decir, "que la vida del barrio

desencadena aspectos importantes para la socialización y el fortalecimiento de agentes constructores de vida, pues este es un ambiente vital para el desarrollo humano" (Gómez et al., 2020, p. 149). En ese sentido, la planificación urbana de las ciudades no debería olvidar que en su elaboración se debe priorizar al niño y sus derechos.

Retos para la protección del derecho al medio ambiente sano de los NNA en espacios urbanos

La ciudad debe ser un espacio genuino y real de participación infantil. De acuerdo con el programa de UNICEF, "Ciudades Amigas de la Infancia", amparándose en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, todos los esfuerzos deberían dirigirse a promover que todos los niños y las niñas tengan voz pública, a promover la existencia de espacios públicos, la proyección de la participación infantil en las decisiones políticas y el desarrollo de estrategias de resolución de conflictos, a pesar de las escasas políticas gubernamentales en la materia (Román et al., 2009).

Sin embargo, la contaminación del aire, de fuentes de agua, el cambio climático, la falta de alimentación y vivienda segura y digna, los riesgos de desastres asociados a la naturaleza (ciclones, maremotos, sequías, movimientos en masa, avenidas torrenciales, riesgos tecnológicos, inundaciones, etc.), configuran problemáticas a las cuales se exponen con mayores probabilidades de afectación catastrófica las poblaciones vulnerables, que habitan en condiciones de pobreza, tales como los NNA, las personas adultas mayores, o las mujeres en estado de gestación (Bell, 2018).

Según UNICEF y su serie *Report Card* —creada con el propósito de supervisar y comparar el desempeño de los países económicamente avanzados en cuanto al afianzamiento de los derechos del niño en sus territorios, dirigido a 41 países de la Unión Europea (UE) y a la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE)—, se encontró que "los jóvenes de los países de ingresos altos son mayoritariamente conscientes de los problemas ambientales de nuestros tiempos" (2017, p. 42). Esto se articula a la agenda para el desarrollo sostenible, a la cual se han vinculado 193 países miembros de la ONU, con propósitos macroeconómicos e indicadores de logro de desarrollo en diferentes ámbitos.

De acuerdo con el reporte de la entidad citada, la senda más segura que pueden tomar los países para alcanzar las aspiraciones incluidas en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, suscrita en 2015, "requiere dotar a la infancia de un carácter esencial en sus prioridades políticas" (UNICEF y Centro de investigaciones, 2017, p. 50).

Para lograr lo anterior, es preciso:

1. Dotar a los niños de prioridad en el progreso equitativo y sostenible.

2. Los países deben asegurar que ningún niño se quede atrás.

3. Para futuras investigaciones se debe mejorar la recopilación de datos comparables, en especial sobre la violencia contra los niños, el desarrollo en la primera infancia, la migración y las cuestiones de género.

4. Los países deben cumplir los compromisos con el desarrollo sostenible mundial.

5. Como hallazgo importante, se sugiere emplear estas clasificaciones para elaborar respuestas normativas adaptadas al contexto nacional. (UNICEF y Centro de investigaciones, 2017)

Por su parte, el Banco Mundial (2018) caracteriza la existencia de ambientes insalubres como "graves privaciones" a causa de las cuales —y, agregando a ello, la ausencia de cariño y atención— se afecta el desarrollo cerebral de los niños pequeños, así como sus actividades de aprendizaje, lo cual obstaculiza el cumplimiento de los propósitos de poner fin a la pobreza extrema y promover la "prosperidad compartida", ya que, en concepto de la entidad citada, los NNA son "estudiantes de hoy en día que serán los ciudadanos, los líderes, los trabajadores y los padres del mañana, la buena educación es una inversión que reporta beneficios a largo plazo" (párr. 1), y afirma en consecuencia que la

> escolarización sin aprendizaje es una lamentable pérdida de recursos valiosos y de potencial humano. Y lo que es aún peor, constituye una injusticia. Sin aprendizaje, los estudiantes estarán condenados a vivir en la pobreza y la exclusión, y los niños con los que la socie-

> dad está más en deuda son los que más necesitan de una buena educación para prosperar en la vida. (Banco Mundial, 2018, párr. 1)

No obstante, más de treinta años después de aprobada la Convención de los Derechos del Niño, su implementación enfrenta múltiples retos en términos de conciliar la dignidad de los niños, niñas y adolescentes, con la responsabilidad de los gobiernos de modificar sus concepciones paternalistas sobre los NNA en las agendas políticas, cambio que debe demostrar la existencia de "diferentes formas, opuestas, de entender e interpretar los derechos de los niños como derechos humanos" (Gaitán citado por Picornell-Lucas, 2019, p. 3). A propósito, amplía Picornell-Lucas:

> Claramente, el niño continúa en una posición limitada en el mundo, resultado de las diversas concepciones sobre la infancia y adolescencia y la percepción que los gobiernos tienen sobre el interés superior del niño [...]. Sin embargo, a pesar de esta incorporación paulatina de los derechos de los niños en las agendas políticas, desafiando su negación por la entrada en vigor de la CDN, no se ha llegado a asumir plenamente la perspectiva liberacionista, aquella que considera al niño como un ser con cualidades y capacidad para tomar decisiones. (2019, p. 6)

En ese sentido, de acuerdo con Picornell-Lucas, a la interpretación de la Convención de los Derechos del Niño se agrega en complemento la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (ONU, 2015), especialmente los Objetivos del Desarrollo Sostenible, según los cuales para garantizar el bienestar de las generaciones futuras es imprescindible, entre otros aspectos, asegurar su desarrollo humano y la dignidad de persona, brindando "un entorno propicio" para asegurar "calidad de vida, educación, seguridad, prevención de traumas", con el fin de asegurar la plena capacidad para ejercer sus derechos (Sen y ONU, como se citó en Picornell-Lucas, 2019, p. 11).

A continuación, se expondrá una síntesis enunciativa de los que se considera son retos relevantes para la protección del derecho al medio ambiente sano de los NNA en espacios urbanos, para que estos efectivamente sean espacios seguros y entornos protectores para ellos.

Riesgos y desastres

Si bien los desastres asociados a la naturaleza se consideran fenómenos sociales debido a sus consecuencias directas en la vida de las personas, entidades gubernamentales y organismos multilaterales reconocen la posibilidad de prevenir y mitigar sus daños, al apelar a la protección social y a la participación ciudadana en materia ambiental, encontrándose que son tan importantes, tanto los puntos de vista de especialistas sobre el tema, como las voces de NNA afectados por un terremoto y un tsunami (CEPAL y UNICEF, 2017).

Otras aproximaciones desde el enfoque de la resiliencia enfatizan la necesidad de reconocer las vulnerabilidades de los NNA frente a los desastres, aunque, trazando como metas el fortalecimiento de la seguridad de las infraestructuras en educación y salud para reducir los índices de mortalidad infantil en los desastres, además de las capacidades de evaluación de situaciones de riesgo y desastre y del acceso a la información sobre estos (Reed y Friend, 2016).

Estos riesgos tienen especialmente relevancia en las ciudades porque estas son ecosistemas especialmente vulnerables ante cualquier situación de riesgo, emergencia, crisis, o simplemente desastre —natural, socionatural, antrópico (intervención humana)—, lo cual influye nocivamente sobre la sostenibilidad urbana.

Tales problemáticas, si no son atendidas a tiempo por autoridades e instancias de participación locales, a su vez vulneran o amenazan con vulnerar los derechos humanos a la vida, a la salud, al acceso a la justicia, a la información y a la participación ciudadana en materia ambiental de todos los ciudadanos, y especialmente de los NNA.

Retos para la construcción de la paz ambiental (caso Colombia)

El enfoque interpretativo territorial para la construcción de paz en un contexto de posconflicto enfatiza que Colombia es el país de América Latina con mayor número de conflictos socioambientales y el segundo a nivel mundial, ya que el modelo de desarrollo basado en la explotación de recursos naturales no renovables y las actuales fuentes de energía del país generan impactos negativos sobre el medio ambiente, el cual se ha analizado desde múltiples facetas: como víctima del conflicto armado, como causa del mismo, como forma de financia-

miento y sostenimiento de actores armados y como beneficiario paradójico del mismo (Rodríguez Garavito et al., 2017).

La complejidad de este fenómeno representa dificultades para la etapa de posacuerdo, en la cual uno de los retos derivados de la "democracia ambiental consisten en garantizar la participación de las comunidades y entidades territoriales en las decisiones relacionadas con el medio ambiente que los afecten" (Rodríguez Garavito et al., 2017, p. 98), para lo cual, desde su punto de vista, es imprescindible:

> [...] establecer audiencias públicas ambientales obligatorias: es necesario que se creen instancias claras y efectivas para que quienes se vean afectados por los proyectos que se piensan desarrollar puedan participar, sobre todo en aquellos casos que generan graves impactos ambientales y requieren licencia ambiental. (Rodríguez Garavito et al., 2017, pp. 67–68)

Los planteamientos de este grupo de investigadores respecto de los retos para la democracia ambiental podrían extenderse también a la participación de la infancia y la adolescencia, la cual, en temas de conflicto armado, se ha analizado desde su posición como víctima de reclutamiento forzado y abusos, mas no como actor relevante dentro de las decisiones ambientales en contextos territoriales de conflicto armado.

El medio ambiente sano para los NNA durante y después de la enfermedad COVID-19

Estar en "guerra contra la naturaleza" tiene como consecuencias la degradación ambiental, la deforestación, el tráfico de fauna silvestre y la eliminación de especies que hacen las veces de "barrera de protección" frente a eventos de virus, cuyo origen se encuentra en otras especies animales, lo cual representa mayor vulnerabilidad o exposición a los efectos de las pandemias, siendo los NNA una de las poblaciones más expuestas, más marginadas de todos los países, con repercusiones sobre su salud, su bienestar y su futuro, ya que:

> En las zonas más pobres del mundo, los niños que necesitan servicios básicos y esenciales (como aquellos que los protegen de enfermedades como la neumonía, el paludismo y la diarrea) corren el

> riesgo de no recibirlos. Las interrupciones en las cadenas de suministro y la atención de la salud amenazan con socavar los avances conseguidos recientemente en materia de salud, nutrición y desarrollo infantil y, al mismo tiempo, tienen el potencial de dar lugar a un aumento significativo de la mortalidad infantil. La suspensión de sistemas alimentarios y programas de nutrición significa que los niños desnutridos dejarán de recibir tratamiento, aumentando el riesgo de desnutrición que puede causar retraso en el crecimiento. Además, las interrupciones en los servicios de inmunización podrían desencadenar brotes de enfermedades para las que ya existe una vacuna. A medida que los sistemas de salud llegan al límite de sus capacidades, muchos niños morirán por causas que se pueden evitar. (UNICEF, 2020, párr. 6)

En efecto, durante el 2020 se estimó que aproximadamente un 40 % de la población mundial carecía de instalaciones básicas para lavarse las manos con agua y jabón en su hogar; un porcentaje que en los países menos desarrollados asciende a casi tres cuartas partes, y que afecta a los NNA más vulnerables o en condiciones de pobreza (UNICEF, 2020).

El entorno donde habitan, crecen y se desarrollan los NNA se ha visto alterado a raíz de los cambios que desestabilizan a "la familia, las amistades, la rutina diaria y la comunidad en general" (Alianza para la Protección de la Infancia en la Acción Humanitaria, 2020, p. 1). Además, las medidas de prevención y control de transmisión de la COVID-19 conllevan riesgos de protección en NNA, ya que "las medidas de cuarentena y aislamiento en el hogar, las instalaciones o zonas concretas pueden afectar negativamente a los niños, las niñas y sus familias" (Alianza para la Protección de la Infancia en la Acción Humanitaria, 2020, p. 2); en este sentido, aumenta la vulnerabilidad o exposición a situaciones de violencia y abusos, discriminación y malestar psicosocial, con mayores probabilidades de afectaciones entre los NNA que, por razones socioeconómicas, habitan zonas con condiciones de riesgo ambiental o entornos masificados (Alianza para la Protección de la Infancia en la Acción Humanitaria, 2020, p. 2).

La protección de los derechos conexos al medio ambiente sano, tales como la salud, una alimentación sana, la educación y la vivienda, deben ejercerse a

pesar de las circunstancias actuales, pero quedará aún un asunto por resolver: el derecho a la participación de los NNA en asuntos ambientales que más les son próximos.

Conclusiones

De acuerdo con las teorizaciones recientes sobre las relaciones infancia y ciudad, los NNA no son ni sujetos ni titulares pasivos de derechos. Ante la necesidad de otorgarles mayor visibilidad como actores sociales capaces de gestar una visión propia del mundo y de su bienestar, se debe garantizar un desarrollo más sostenible e inclusivo para esta población, creando un marco de gobernanza más abierto y participativo. Este debe promover la inclusión social de la infancia y su participación en el diseño mismo de las políticas públicas desde un enfoque de equidad para conocer, de manera concreta, las situaciones de los niños en cada ámbito del territorio: educación, estilo de vida, entorno familiar y social, salud y seguridad, infancia vulnerable y bienestar subjetivo, ya que:

> Los niños, niñas y adolescentes tienen que ser el centro de las decisiones políticas de manera que los esfuerzos de los gobiernos en el diseño de acciones han de ser permanentes para reducir las desigualdades y la accesibilidad al ejercicio de cualquiera de sus derechos. (Picornell-Lucas, 2019, p. 1188)

En ese sentido, posibles vínculos, relaciones y propuestas en la materia, donde los NNA deben tener plena cabida son:

- Hacer efectivo el criterio de conexidad del medio ambiente sano con el goce efectivo de todos los derechos humanos.

- Repensar el tipo de modelo de desarrollo económico de nuestros países en América Latina.

- Presionar por cumplimiento de acuerdos y tratados internacionales en asuntos ambientales.

- Ser actores de una ética del cuidado y de la salud pública, ya que todos somos agentes sanitarios.

- Evidenciar las desigualdades sociales en el acceso a recursos, bienes y servicios de salud.
- Participación en asuntos ambientales.
- Educar en la protección de la biodiversidad, la salud y la vida.

Referencias

Alianza para la Protección de la Infancia en la Acción Humanitaria. (2020). *Nota técnica: Protección de la infancia durante la pandemia de coronavirus.* https://uni.cf/2U4lxtH

Banco Mundial. (2018). *Aprender para hacer realidad la promesa de la educación.* Grupo Banco mundial. http://www.redage.org/sites/default/files/adjuntos/informe_sobre_el_desarrollo_mundial_2018.pdf

Bell, E. P. (2018). *Incidencia de la contaminación del aire en el derecho fundamental a un medio ambiente sano y equilibrado* [Tesis de grado, Universidad Cesar Vallejo, Facultad de Derecho]. http://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/31751

Cely, D. (2015). Análisis de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. *Salud & Sociedad*, *2*(1), 1-6. https://revistas.uptc.edu.co/index.php/salud_sociedad/article/view/3978/3430

CEPAL. (2017). Niñez y desastres en América Latina y el Caribe, (20), 1-10. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41842/16/Boletindesafios20_es.pdf

Cháves Martín, M. Á. (2013). Estudios Culturales Urbanos: Una aproximación interdisciplinar. *ARTE Y CIUDAD. Revista De Investigación,* (3.1). https://doi.org/10.22530/ayc.2013.N3.1.279

Congreso de la República de Colombia. (2006, 8 de noviembre). Ley 1098 de 2006. *Por la cual se expide el Código de la Infancia y Adolescencia.* DO. 46446. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1098_2006.htm

Elsevier Connect. (2020). El nuevo coronavirus SARS-CoV-2 y su enfermedad, Covid-19, ¿a qué nos enfrentamos? Elsevier. https://bit.ly/3mWETxv

Gómez, Y., Tobón, C. G., Loaiza, J. N., Lopera, L. E., Galeano, S. S., y Flórez, A. G. (2020). Ambientes protectores, seguros y potenciadores del desarrollo en la comuna 4 del municipio de Bello - Antioquia. *Revista Boletín Redipe*, *9*(1), 139-154. https://doi.org/10.36260/rbr.v9i1.903

Mumford, L. (2002). The natural history of urbanization. *Boletín CF + S21.* http://habitat.aq.upm.es/boletin/n21/almum.en.html

Mumford, L. (2018). *La cultura de las Ciudades.* Pepitas de Calabaza. https://www.zendalibros.com/la-cultura-de-las-ciudades/

Narváez, A. E. (2019). Los principios del Derecho Internacional Ambiental: evolución y aplicación en la Sentencia stc-4360 del 2018 de la Corte Suprema de Justicia colombiana. *Derecho y Cambio Social*, (56). https://lnx.derechoycambiosocial.com/ojs-3.1.1-4/index.php/derechoycambiosocial/article/view/72

Organización de Naciones Unidas. (2015). Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. A/RES/70/1.

Organización de Naciones Unidas (ONU). (1989). Convención de los Derechos del Niño (CDN). Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. https://bit.ly/3uRMSTK

Picornell-Lucas, A. (2019). La realidad de los derechos de los niños y de las niñas en un mundo en transformación. A 30 años de la Convención. *Direito e Praxis*, *10*(2), 1176-1191. https//10.1590/2179-8966/2019/40095

Reed, S. O., y Friend, R. (2016). *Child-Centered Disaster Risk Reduction and Climate Change Adaptation in the 2030 Agenda for Sustainable Development.* Children in a changing climate coalition.

Rodríguez Garavito, C., Rodríguez Franco, D., y Durán Crane, H. (2017). *La paz ambiental: retos y propuestas para el posacuerdo.* Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_924.pdf

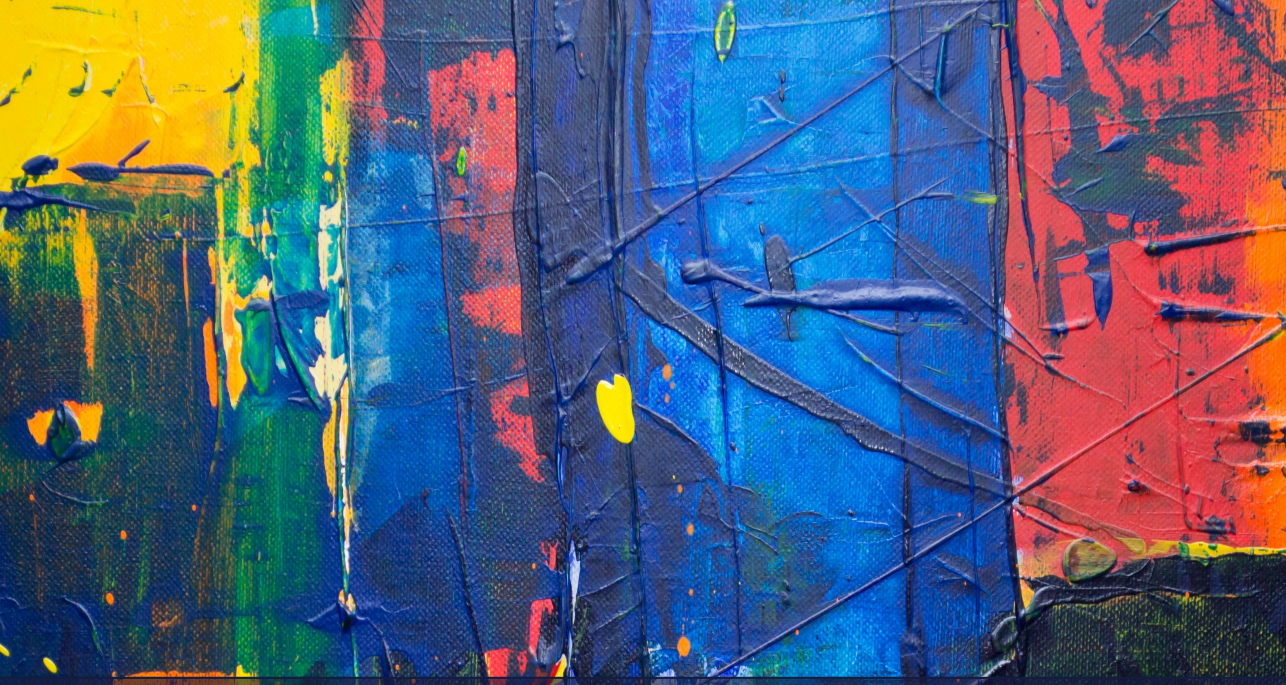
Román, M., y Pernas, B. (2009). *¡Hagan sitio, por favor! La reintroducción de la infancia en la ciudad.* Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino – Organismo Autónomo de Parques Nacionales. https://www.miteco.gob.es/es/ceneam/recursos/documentos/serieea/hagan_sitio.aspx

Tena, A. (2020, 18 de marzo). La destrucción de los ecosistemas, el primer paso hacia las pandemias. *Público.* https://bit.ly/3kXpQ65

UNICEF. (2020). Proteger a los niños más vulnerables de los efectos de la COVID-19: Programa de Acción. UNICEF. https://www.unicef.org/es/coronavirus/proteger-los-ninos-mas-vulnerables-de-efectos-coronavirus-covid19

UNICEF y Centro de investigaciones. (2017). *Construir el futuro: Los niños y los Objetivos de Desarrollo Sostenible en los países ricos.* UNICEF Office of Research - Innocenti. https://www.unicef-irc.org/publications/892-construir-el-futuro-los-ni%C3%B1os-y-los-objetivos-de-desarrollo-sostenible-en-los-pa%C3%ADses.html

Von Kotze, A. (1996). Why Disasters Are a Gender Issue. *Agenda: Empowering Women for Gender Equity*, (29), 22-26. http://www.jstor.org/stable/4065796



La protección de niños, niñas y adolescentes en tiempo de pandemia: el caso de Colombia

Yolanda Patiño Palacio[16]

[16]Licenciada en Ciencias Sociales de la Universidad Pontificia Bolivariana, abogada de la Universidad Autónoma Latinoamericana y magíster en Bioética y Bioderecho de la Universidad Pontificia Bolivariana. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-0361-0272. Contacto: yolandapat@gmail.com

Las relaciones puramente humanas no necesitan del cielo estrellado, no requieren de códigos, jueces, abogados o prisiones. Las relaciones familiares o sencillamente humanas... son una isla que el mar del Derecho solo puede lamer. Pero ese mar, con sus códigos, jueces, abogados y prisiones, de improviso, deviene necesario cuando el amor o la amistad se transmutan en atropello o violencia, cuando alguien le impide con la fuerza a otro la posibilidad de contemplar el cielo estrellado.

Claudio Magris

Presentación

Con el presente capítulo se pretende demostrar cómo la pandemia del COVID-19 afecta no solo a la salud, sino también a la vida relacional, social y económica de los niños, niñas y adolescentes (NNA), colocando en evidencia su vulnerabilidad ontológica y las múltiples vulneraciones que los afectan tanto en la pandemia como también en la pospandemia. Esto hace prioritaria la protección que les es debida como sujetos de derechos, desde los principios del interés superior del menor y la preponderancia de sus derechos sobre los derechos de los demás, y requiere de todos y cada uno lo mejor de sí, desde un sentido de responsabilidad para con los NNA, ya sea desde la virtud o desde el deber. La situación actual también constituye un desafío para la bioética a trascender el campo biomédico y forjar a la luz de la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos campos de reflexión y acción que apuesten por las realidades de justicia social que apremian a los NNA, agravadas por la pandemia.

La metodología utilizada en este capítulo es de corte cualitativo y hermenéutico. La fuente documental se organizó en resúmenes, de los cuales surgieron unas matrices de análisis que dieron origen a una lógica temática coherente con las palabras clave —pandemia, niños-niñas y adolescentes, derechos, vulnerabilidad, bioética, responsabilidad— y que se fueron fortaleciendo con los planteamientos de los diversos autores investigados.

Introducción

La Organización Mundial de la Salud (OMS) inicialmente declaró la emergencia de salud pública de carácter internacional por la aparición de una nueva cepa del coronavirus a finales del 2019 en Wuhan, China, pero dada la velocidad con la cual se propagó la epidemia a nivel mundial y el alto número de víctimas mortales por el nuevo coronavirus, COVID-19, la OMS se vio obligada a elevar la alerta a pandemia el 11 de marzo de 2020. Las pandemias han estado presentes en la historia de la humanidad. La actual es la primera pandemia del siglo XXI y presentó dos factores: el desconocimiento y el factor sorpresa. Desconocimiento, porque es una nueva cepa del coronavirus para la cual la comunidad científica no estaba preparada y por lo tanto no tenía capacidad de respuesta, pues carecía de la vacuna para afrontarla. Además, las actuales generaciones desconocen en su gran mayoría las más representativas de las pandemias sufridas por la humanidad, como lo fueron la peste negra en el siglo XIV y la gripe española en el siglo XX. Ahora, el factor sorpresa sucede de una manera exponencial, debido a que todo el mundo se vio haciendo frente a un peligro real y latente, no solo de su vida sino también de toda la especie humana, que la llevó a cambios abruptos y radicales en la forma de relacionarse, en las dinámicas personales, sociales y económicas, principalmente las relacionadas con la salud y la protección de la vida.

Así, en Colombia el primer caso se presentó el 6 de marzo de 2020, ante lo cual el gobierno colombiano, a través del Ministerio de Salud y Protección Social, expidió la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, *Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus* (Ministerio de Salud y Protección Social, 2020). Seguidamente, se expide el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 (Presidencia de la República, 2020), en el cual se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, con todas la im-

plicaciones jurídicas, políticas y sociales que estas medidas generan en cada individuo y en toda la sociedad colombiana.

Las anteriores medidas obligan a que los Estados en tiempos de pandemia deben ser garantes de los derechos humanos (derechos fundamentales) y de las obligaciones internacionales asumidas, en pro de garantizar su cumplimiento a los conciudadanos y en especial a las poblaciones históricamente vulnerables, como lo son los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA). Y es que, en los contextos de pandemia, los DESCA (derechos económicos, sociales, culturales y ambientales) adquieren toda la relevancia al constituir el soporte para responder a las necesidades básicas que garantizan la vida humana y la democracia en los Estados sociales de derecho. En este mismo sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2020) hace un llamado a los Estados Miembros de la OEA a:

> adoptar inmediata y transversalmente el enfoque centrado en los derechos humanos en toda estrategia, política o medida estatal dirigida a enfrentar la pandemia del COVID-19 y sus consecuencias, incluyendo los planes para la recuperación social y económica que se formulen, los cuales deben estar apegados al respeto irrestricto de los estándares interamericanos e internacionales en materia de derechos humanos, particularmente los DESCA. (CIDH, 2020, p. 8)

La resolución del CIDH continúa señalando que las medidas que resulten en restricciones de derechos o garantías deben ajustarse a los principios "pro-persona", para lo que se requiere un enfoque poblacional que responda principalmente a las realidades de poblaciones vulnerables y vulneradas, a fin de no intensificar las brechas a nivel derechos. Las medidas tomadas deben responder a ejercicios rigurosos de planeación a nivel nacional, departamental y municipal, para mitigar los diferentes impactos y repercusiones no solo durante la pandemia sino también en la postpandemia.

En este conjunto de circunstancias es inherente la afectación que directa o indirectamente sufre la salud, entendida como el completo bienestar mental, físico y social al que tiene derecho toda persona humana. Máxime si se está en un Estado social de derecho, en el cual la salud es un bien público, que requiere acciones contundentes, sistemáticas y diligentes por parte de los gobiernos en

tiempos de pandemia, y que permitan prevenir el contagio, además de acceder en otros contextos a todos los beneficios de las instituciones prestadoras de salud (EPS). Pero no solo es garantizar los derechos, también se hace prioritario el otro rostro de los derechos, esto es, los deberes de los ciudadanos, las familias y la sociedad, que favorezcan la participación activa, solidaria y responsable de cada uno para proteger a sus miembros más vulnerables. En ultimas, la corresponsabilidad que nos debe asistir a todos y cada uno en la protección de la vida humana.

Desde los inicios de la pandemia se identificó a las personas mayores como la población con mayor riesgo de contagiarse por el COVID-19, haciendo temer que se llegara a la selección de personas por razones de enfermedad y edad, determinando quiénes serían los beneficiarios del soporte vital en las Unidades de Cuidados Intensivos (UCI). Razonamiento que, desde una bioética personalista, no encuentra soporte, ya que "el criterio de la edad sólo puede ser empleado, pues, para priorizar, pero no para denegar o limitar la asistencia sanitaria y el recurso a determinadas medidas de soporte vital" (Comité de Bioética de España, 2020, p. 87). Claramente estas categorizaciones de las personas son violatorias de los derechos humanos, en especial a la no discriminación y respeto por la vida humana, y a la *Convención interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores*, que titula su quinto artículo como "Igualdad y no discriminación por razones de edad" (CIDH, 2015). Sumado a lo anterior, se hallan otros principios bioéticos, entre los cuales uno de sus principios fundantes es el de no hacer daño.

Se trae a colación la situación anterior porque la bioética por décadas se ocupó tanto del inicio como el final de la vida humana, desde una bioética biomédica. Así, el presente texto se ocupa del inicio de la vida, en concreto de los NNA y de los recientes desafíos de la bioética, en especial desde la intención de la Declaración Universal sobre la Bioética y los Derechos Humanos de abrir sus reflexiones y quehacer a lo que acontece no solo en los extremos de la vida humana, sino también a lo que acontece en su transcurso, particularmente en el contexto de la actual pandemia, con su afectación a las poblaciones más vulnerables y vulneradas, como lo son los NNA.

Importancia de los niños para la humanidad y su reconocimiento como sujetos de derechos

En la historia de los derechos de los niños, las grandes catástrofes humanas —principalmente las guerras— han sido antecesoras al reconocimiento de sus derechos, quizás como resultado de ser el grupo poblacional con más afectaciones en y después de estos hechos, mismos que acentúan la vulnerabilidad humana más propensa en la infancia y la adolescencia. En 1919, entre cuatro y cinco millones de niños y niñas se estaban muriendo de hambre en Europa. Eglantyne Jebb y su hermana Dorothy inician desde 1916 una serie de actividades tendientes a la protección de los niños, sin importar su nacionalidad. Así, el 19 de mayo de 1919 se da origen a Save the Children, ONG encargada de proteger los niños y niñas bajo el lema fundacional de Eglantyne Jeeb: "asegurar que todos los niños y niñas, en cualquier situación, en cualquier circunstancia y en cualquier lugar pudieran sobrevivir, aprender y estar protegidos" (Save the Children, s.f., párr. 4), estableciendo estratégicamente su sede en Ginebra, un territorio neutral. De esta manera, se convirtió en la primera organización internacional a favor de los niños y que además fuera fundada por mujeres. Desde esta organización, Eglantyne inicia su proyecto de una "Carta de la infancia" (Boffil y Cotts, 1999), que fue reconocida poco después de la Primera Guerra Mundial por la Sociedad de Naciones como la Declaración de los Derechos del niño o Declaración de Ginebra de 1924 (Boffil y Cotts, 1999). Es entonces el primer texto normativo creado para la protección específica de los niños y donde se establece la responsabilidad de los adultos y la sociedad para con ellos, en especial en los momentos de calamidad, como lo establece el artículo tercero: "el niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad" (Sociedad de Naciones, 1924). Sin embargo, ahí no finaliza la responsabilidad de la sociedad, pues "la Humanidad ha de otorgar al niño lo mejor que pueda darle" (Sociedad de Naciones, 1924), no como hasta ese momento debido a los sufrimientos de la guerra.

Casi inmediatamente después de finalizar la segunda guerra mundial, la Asamblea General de las Naciones Unidas crea en 1946 el Fondo Internacional de Emergencia de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, como respuesta a los miles de niños que habían muerto durante la guerra y centra su protección en los millones de niños víctimas de la posguerra. En su misión,

"se empeña en garantizar que se dé protección especial a los niños más desfavorecidos: víctimas de guerra, desastres, extrema pobreza, todas las formas de violencia y explotación y los niños con discapacidades" (UNICEF, s.f., párr. 5). En la actual pandemia, su misión encuentra total actualidad y aplicación para la protección de los NNA, por sus graves consecuencias para la niñez al poner en peligro su salud y bienestar, y con la posibilidad de separales de sus padres y familiares, o de dejarles huérfanos.

En esta misma línea de protección, los derechos de los niños son asumidos en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas con la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948), en la cual se convoca al reconocimiento de la igualdad de todos los seres humanos, como la base para la titularidad y la protección que les es debida, gracias al reconocimiento de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos, y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria, aplicando la tradicional "regla de justicia". Esta última se define como aquella "según la cual, se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de un modo desigual" (Bobbio, 1993, p. 64). En virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la protección jurídica a todo ser humano y los derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los que están los niños, para quienes se hace necesario un enfoque diferencial para su protección.

De lo anterior se deduce que la aplicación de la tradicional regla a la protección de los niños se da en tanto iguales, dada su dignidad que les es inherente por su pertenencia a la familia humana, y desiguales en cuanto a sus condiciones de vulnerabilidad por su proceso de desarrollo físico y psicológico, que los hace sujetos privilegiados, en la protección que les es debida, coherente con la máxima, que desde el siglo se ha venido fortaleciendo en toda normatividad referida a "las niñas y los niños primero", y que conlleva una responsabilidad intransferible de cada ciudadano, de la familia, la sociedad y el Estado.

Coherente con los avances en la normatividad relacionada con los derechos de los niños, a poco más de una década de finalizada la segunda guerra mundial, es aprobada por unanimidad de la Asamblea General de las Naciones Unidas en noviembre de 1959 la Declaración de los Derechos de los Niños. El considerando de la Declaración es fiel al espíritu de la Declaración de los Derechos del Niño

de 1924, al considerar que "la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle" (Naciones Unidas, 1959, párr. 5) y encuentra entre sus fines que los niños puedan tener "una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en el bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian" (Naciones Unidas, 1959, párr. 6). En ese sentido, no solo se preocupa por la felicidad de los niños, sino que reitera en su octavo artículo que "el niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciban protección y socorro" (Naciones Unidas, 1959, párr. 16), constituyendo estos enunciados la base del principio del interés superior del niño y de la prevalencia de sus derechos sobre los demás. La declaración, por lo tanto, presenta una clara influencia de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948.

En este mismo sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba en 1989 la Convención de los Derechos del Niño, la cual no constituye un texto meramente declarativo o indicativo, sino que por el contrario es vinculante para los Estados que lo ratifican. Así, en su articulado sustenta las razones por las que se debe al Niño la promoción y protección jurídica y social, pues "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" (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989, p. 2). Además, indica en su definición de niño hasta qué edad se le debe dar dicha protección especial, dando un marco de seguridad para su protección: "niño es todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad" (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1989, p. 2). Así mismo, la Convención garantiza y establece en sus 54 artículos las normas mínimas para proteger los derechos de los niños en un abanico amplio de circunstancias.

La Convención de los Derechos del Niño (CDN) es el resultado de procesos sociales e históricos. Los NNA "fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos" (Cillero Bruñol, 1999, p. 6). Sin embargo, hoy es una de las más ratificadas en la historia de la humanidad y obliga a los Estados que lo ratifican a garantizar igualdad en el acceso y protección de sus derechos, con acciones afirmativas que favorezcan a

los que se encuentran en condiciones más vulnerables, a fin de que puedan lograr una igualdad real, desde tres premisas: provisión, protección y participación.

> La provisión se refiere al derecho a poseer, recibir o tener acceso a ciertos recursos y servicios, a la distribución de los recursos entre la población infantil y adulta. La protección consiste en el derecho a recibir cuidado parental y profesional, y a ser preservado de actos y prácticas abusivas, la participación expresa el derecho a hacer cosas, expresarse por sí mismo y tener voz, individual y colectivamente. (Gaitán Muñoz, 2006, p. 71)

En últimas es no solo sujeto de protección, sino también un sujeto que paulatinamente se va empoderando de su proyecto de vida y de su participación social. La teleología propia de la protección de la niñez, en el caso concreto de Colombia, encuentra en el articulado 44 y 45 de la Constitución Política el fundamento en el que se reconoce que

> son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. (Asamblea Nacional constituyente, 1991, art. 44)

De dicho articulado se desprende el soporte constitucional en el que "la prevalencia de sus derechos se constituye como una regla general según la cual en caso de choque entre los derechos de un(a) menor y los derechos de otra persona que no lo es, se debe preferir prima facie la garantía del derecho del

primero" (Corte Constitucional, Sentencia C-442/09, 2009), y desde donde el interés superior del menor se concibe según la sentencia T-510/2003 como:

> Una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional, consistente en que al menor se le debe otorgar un trato preferente el interés superior del menor no constituye un ente abstracto, desprovisto de vínculos con la realidad concreta, sobre el cual se puedan formular reglas generales de aplicación mecánica. Al contrario: el contenido de dicho interés, que es de naturaleza real y relacional, sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada menor de edad, que, en tanto sujeto digno, debe ser atendido por la familia, la sociedad y el Estado con todo el cuidado que requiere su situación personal. (Corte Constitucional, Sentencia T-510/03, 2003b)

Estos principios constituyen el marco constitucional de reconocimiento de los NNA como sujetos de derecho y sujetos de especial protección, premisas normativas que en la actual pandemia adquieren relevancia para toda una generación que debe enfrentar múltiples y multidimensionales repercusiones tanto en la pandemia como en la pospandemia. Esto exigirá de la humanidad que les dé lo mejor de sí, desde la responsabilidad y corresponsabilidad que nos asiste a todos y cada uno desde diferentes estamentos, personal, familiar, social y estatal, y en los que no es posible responder desde políticas parciales y aisladas a las diferentes situaciones que afrontan los NNA, entre las que se mencionarán en los siguientes apartados.

La educación en tiempo de pandemia

La declaración de estado de emergencia llevó en muchos de los países a la restricción de la movilidad personal, con cuarentenas inicialmente nacionales y luego sectoriales, acordes a la evolución de la pandemia. Durante la pandemia, en América Latina y el Caribe, los gobiernos acudieron, entre las medidas tomadas para prevenir y controlar el contagio, al cierre masivo de las instituciones de educación, afectando alrededor de 160 millones de estudiantes, según estimaciones de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco, 2020). Los efectos de estas medidas no tardaron en hacerse visibles, y así lo referencio BBC News Mundo (Barría, 2020), el cual

identificó seis efectos que ha provocado la pandemia a nivel educacional: interrupción del aprendizaje, falta de alimentación, familias sin preparación para enseñar, desigualdad en el acceso a las clases digitales al desescolarizar a los NNA, aumento del abandono escolar y violencia doméstica y embarazos prematuros.

De ahí que la actual pandemia ha hecho visible las necesidades y desafíos del sistema educativo en América Latina y el Caribe. En el caso concreto de Colombia, las carencias no están dadas solo desde lo locativo, el acceso a la educación y la capacidad para acceder al internet, entre otros, sino también desde la inconformidad del cuerpo docente a nivel salarial y de garantías, además del déficit de formación para afrontar la virtualidad. Las estrategias tomadas por el Ministerio de Educación Nacional (MEN), esto es, de la educación en línea, por radio, televisión y otras medidas como la alternancia, no han logrado que todos los NNA puedan acceder a ellas y se queden atrás, incrementando las estadísticas de deserción, con todas las repercusiones que esta situación genera. En lo referente a los NNA, el artículo 67 de la Constitución Política señala expresamente que:

> 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 [...] corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo [...]. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

En el mismo sentido, no solo es garantizar el derecho a la educación, sino también el principio de protección integral, el cual, en tiempos de guerra, calamidad o pandemia, hace que el tema de la alimentación y nutrición de los NNA sea impostergable, ya que de esta depende su supervivencia. La directora del Programa Mundial de Alimentos (WFP, por sus siglas en inglés) manifestó que "esta pandemia está teniendo un efecto devastador en los escolares de todo el mundo, particularmente en los países en desarrollo" (PMA, 2020, párr. 4). Además, recalca la experta que "para los niños y niñas de hogares vulnerables

cuya única comida adecuada es la que reciben en la escuela, este giro de los acontecimientos es calamitoso. Podemos pasar al aprendizaje en línea, pero no a comer en línea" (PMA, 2020, párr. 4).

Y es que la realidad de desnutrición y de carencia de alimentos en la población estudiantil, especialmente de las instituciones públicas, se intensifico con la desescolarización, lo que llevó al gobierno colombiano a expedir el Decreto 470 del 24 de marzo de 2020 para mitigar esta situación. Este, en su primer artículo 1°, determinó: "permitir que el Programa de Alimentación Escolar brinde a los niños, niñas y adolescentes matriculados en el sector oficial para su consumo en casa, durante la vigencia del estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica" (MEN, 2020). Estas medidas son relevantes en la actualidad, pero son paliativas para una gran población de NNA, que en tiempos "normales" no ven garantizados sus derechos, y que en las actuales circunstancias se

> aumenta la brecha educativa y afecta desproporcionadamente a los niños y niñas de familias migrantes y de pocos recursos, los niños y niñas que viven en zonas rurales o mal comunicadas y en hogares monoparentales, y los niños y niñas con discapacidades o necesidades educativas especiales. (Alto Comisionado contra la Pobreza Infantil, 2020, párr. 3)

La educación resulta fundamental para el perfeccionamiento de todas las capacidades humanas, para la igualdad real, para la participación democrática y permite, en entre otras cosas, la justicia a todos los niveles. Por tanto, una generación de NNA sin educación es precursora de unos adultos con menos posibilidades de supervivencia.

Salud de los NNA en tiempo de pandemia

Al inicio de la pandemia se presentó a los NNA como una población de bajo riesgo para contraer el COVID-19. "Nada más lejos de la realidad", expreso Henrietta Fore, Directora Ejecutiva de UNICEF (UNICEF, 2020b, párr. 3). Todo NNA puede contraer el coronavirus, pero la diferencia está en que las complicaciones se pueden presentar con menos severidad que en los adultos. Ahora, ante esta generalidad existen condiciones que hacen más vulnerables a los niños a contraer el COVID-19: si es bebé, dado que su sistema inmunológico todavía es inmaduro; los niños con preexistencias en salud, como desnutrición,

diabetes, obesidad, asma, enfermedades cardíacas, enfermedades del sistema nervioso, entre otras, hace que estén en un alto riesgo de enfermarse gravemente con el COVID-19.

A esta situación se suma la dificultad para acceder a los centros de salud por parte de las madres gestantes, lactantes y niños pendientes para completar su esquema de vacunación, el retraso en la realización de cirugías y procedimientos programados, por la alta demanda y el riesgo de contagio en dichos centros. Todo esto con el agravante, según la ONU, que "hasta 6000 niños en todo el mundo podrían morir todos los días por causas prevenibles" (UNICEF, 2020a, párr. 1) en los próximos seis meses, debido al impacto del coronavirus en los servicios de salud de rutina. En ese sentido, en palabras del director ejecutivo de Unicef UK, Sacha Deshmukh, "esta pandemia está teniendo consecuencias de largo alcance para todos nosotros, pero sin duda es la crisis global más grande y urgente que los niños han enfrentado desde la segunda guerra mundial" (UNICEF, 2020a, párr. 8).

Esta pandemia no solo afecta la salud, sino que también amenaza la vida y la calidad de vida, constituyéndose la protección de los NNA en un gran desafío, pues se verán enfrentados a condiciones extremas, no solo económicas sino también sociales, con grandes afectaciones en la salud mental, dado el aislamiento, los miedos al contagio y los cambios en el estilo de vida por la pérdida de medios de vida.

Incremento del trabajo infantil en y postpandemia

La actual situación de pandemia que llevó a la declaración del estado de emergencia sanitaria afectó la vida de muchos NNA, por la muerte de uno o ambos padres o la pérdida de sus empleos, la disminución significativa de los recursos económicos para la subsistencia, situaciones que se están viviendo en todos los estratos sociales y que se agudizan en las poblaciones de inmigrantes, trabajadores independientes y en aquellos que trabajan informalmente. Esto aumenta exponencialmente la posibilidad de trabajo informal por parte de los miembros más jóvenes de las familias, escenario que es ratificada por la OIT, pues "los hogares pueden recurrir al trabajo infantil para hacer frente a la pérdida de empleo y a la crisis sanitaria asociadas al COVID-19, en particular, si los niños no están en el sistema educativo" (OIT, 2020, p. 3). Y es que el impacto

del COVID-19 en el incremento del trabajo infantil y el trabajo forzoso, con la correspondiente deserción de sus estudios, favorece círculos de pobreza generacionales, y en los casos extremos, la mendicidad. En Colombia la situación de los NNA es igualmente alarmante:

> En Colombia son 1 millón 38 mil niñas, niños y adolescentes que al estar condenados a la explotación laboral ven frustrados sus sueños, su posibilidad de construir un proyecto de vida y vulnerados sus derechos a la dignidad e integridad física y moral. (ICBF, 2020, párr. 3)

Lo anterior tiene repercusiones en la vida de adultos de los NNA y en las futuras generaciones, ya que, desde un enfoque de curso de vida, las afectaciones en una generación repercutirán en las siguientes.

Orfandad y pandemia

Una de las más grandes tragedias humanas después de un desastre, guerra o pandemia como la actual, son sus efectos, los cuales pueden ser devastadores para los NNA, entre los cuales están la orfandad. La UNICEF ha acuñado los términos "huérfano de padre o madre" para quienes habían perdido un solo progenitor y "huérfano doble" para quienes han perdido ambos (UNICEF, 2006, pág. 91). En su historia reciente, Colombia tiene la tragedia de Armero del 13 de noviembre de 1985, hecho que amerita ser tenido en cuenta en las actuales circunstancias por su similitud con el fenómeno de orfandad y desprotección en el que pueden verse incluidos muchos NNA que están quedando huérfanos a nivel nacional e internacional.

Y es que después del trágico suceso de Armero encontramos numerosas historias incompletas, mal contadas o sin quién las cuente, en las que muchos NNA sufrieron por la orfandad, o por su supuesta orfandad, la separación de sus familia nuclear o extensa, ya que muchos de

> los niños rescatados fueron llevados a albergues y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar —ICBF— fue el encargado de recopilar el listado de niños rescatados y sobrevivientes. Durante años la hemos pedido, pero nadie nos da razón, nunca hemos conseguido ese listado. (Cruz y Parra, 1995, p. 38)

Después de la tragedia, muchos niños fueron dados en adopción y separados de sus familias, convirtiéndose algunos casos en un hecho violatorio de la normatividad internacional y nacional, en especial del artículo 22 del Código de la Infancia y la Adolescencia: "Derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho de a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella" (Congreso de la República, 2006). Y adverso a la jurisprudencia de la Corte, en especial a la sentencia T-844/11, sobre la importancia de la "familia extensa" para el restablecimiento de derechos, y ante la ausencia de estos entornos protectores, se provee la adopción como la única y última esperanza para garantizarle una familia a los NNA.

Esta medida es coherente con lo establecido en el artículo 61 de la Ley 1098 de 2006: "La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza" (Congreso de la República, 2006). El objetivo de la adopción está en garantizarle al NNA una familia donde, desde el amor y cuidado que le brindan, pueda desarrollarse de forma integral y armónica, como lo ha sostenido la Corte: "En virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo adoptivo, a educarlo, apoyarlo, amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y solidaridad" (Corte Constitucional, Sentencia C-477/99, 1999).

En procura de fortalecer y extender esta protección debida a los NNA, se hace necesario dar cumplimiento en el ámbito internacional a lo estipulado en el "Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional" (Corte Constitucional, Sentencia C-383/96, 1996), el cual, por medio de la sentencia C-383/96, fue declarada exequible la Ley 265, por medio de cual se aprobó el Convenio, extendiendo así el radio de protección cuando los Estados originarios no encuentran familias para los NNA.

Y es que, según el ICBF, el proceso de adopción se dificulta para los NNA con "características especiales, [pues] hasta noviembre de 2019 había 4112 niños que tenían 10 años o más, que pertenecen a un grupo de dos o tres hermanos o que presentan enfermedad crónica grave o condición especial" (Molano Torres, 2020, párr. 11). Esta situación de múltiples vulnerabilidades, dada su

edad, condiciones de salud y condiciones sociales, más el riego o pérdida de sus progenitores, propicia que

> los niños, niñas y adolescentes que por diversas razones viven sin el cuidado de sus padres o los que están en riesgo de perderlo son los más expuestos a la pobreza, discriminación y exclusión, factores que, a su vez, pueden hacerlos más vulnerables al abuso, explotación y al abandono. (Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar, 2010, p. 11)

Consecuente con lo anterior, y ante el hecho de que la pandemia en Colombia ha afectado los procesos de adopción, el gobierno nacional, mediante el Decreto 567 del 15 de abril de 2020, resuelve lo siguiente:

> Por el cual se adoptan medidas para proteger los derechos fundamentales de los niños, las niñas y los adolescentes y se asignan a los procuradores judiciales de familia funciones para adelantar los procesos de adopción, como autoridades jurisdiccionales transitorias, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica. (Corte Constitucional, Sentencia C-318/03, 2003a)

Si antes de la pandemia era preocupante el hecho de garantizar el derecho constitucional de los NNA a tener una familia, en el actual contexto las estadísticas permiten prever situaciones muy complejas de vulnerabilidad para ellos, al sobrepasar la cifra de un millón de muertos a nivel mundial. A diciembre de 2021, Colombia contaba con de 128821 muertos, con el correspondiente número de huérfanos que estas defunciones dejan, en especial en las familias monoparentales.

En estos contextos, la protección constitucional e internacional, relacionada con los derechos humanos de los NNA, como sujetos de especial protección, y la prevalencia de sus derechos sobre los de los demás, encuentra fundamento en su condición de vulnerabilidad, no como una categoría genérica sino como lo expresa la Corte en la Sentencia C-318/03:

> El grado de vulnerabilidad e indefensión tiene diferentes grados y se da a partir de todos los procesos de interacción que los menores de dieciocho años deben realizar con su entorno físico y social para el desarrollo de su personalidad. Por lo anterior, el Estado, la sociedad

> y la familia deben brindar una protección especial en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, en aras de garantizar su desarrollo armónico e integral. (Corte Constitucional, Sentencia C-318/03, 2003a)

En ese sentido, la protección que se les debe a los NNA, dada su vulnerabilidad, es responsabilidad de todos y cada uno.

Vulnerabilidad en NNA

El concepto de vulnerabilidad se utiliza con frecuencia en muchas disciplinas, favoreciendo que el concepto no sea unívoco, prestándose esta situación para múltiples interpretaciones. En su significado etimológico, *vulnerabilis*, se compone de *vulnus*, que significa herida, y *abilis*, que determina posibilidad de ser herido o dañado (Real Academia Española, 2014); significado que desde un enfoque antropológico hace referencia a la condición ontológica e inherente a todo ser humano, por nuestra naturaleza frágil y finita, que es más acuciante en determinados momentos de la vida humana, como lo es en su inicio (NNA) y al final, y en circunstancias de enfermedad y discapacidad, lo que nos hace más propensos a ser dañados o la posibilidad de ser afectados por otros. Esta etimología se diferencia de la palabra vulnerado que, en el término latino, corresponde a *mulcatus*, es decir, dañado. En síntesis, no es una posibilidad, es un hecho; es un daño ya realizado. A propósito, para Rendtorff y Kemp:

> La vulnerabilidad expresa dos ideas básicas. Expresa la finitud y la fragilidad de la vida en las que, en aquellas personas capaces de autonomía, se funda la posibilidad y necesidad de toda moral. Los vulnerables son aquellos cuya autonomía, dignidad o integridad son susceptibles de ser amenazadas. Como tales, todos los seres que tienen dignidad son protegidos por este principio. Pero el principio también exige específicamente no sólo la no interferencia con la autonomía, dignidad o integridad de los seres sino también que reciban asistencia para poder desarrollar toda su potencia. (2000, p. 398)

Desde el reconocimiento de la dignidad de todo ser humano se fundamenta el respeto, el cuidado y la responsabilidad con el que es vulnerable o que ha sido vulnerado. La Declaración Universal de los Derechos Humanos señala en su preámbulo que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base

el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana" (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948), por lo que dicho reconocimiento es un deber ético y legal impostergable con grupos e individuos que requieren especial atención.

En atención a lo anteriormente planteado, encontramos que la protección a grupos poblacionales vulnerables hizo carrera en las ciencias médicas, dada la vulneración a la que eran sometidos grupos e individuos que no tenían la posibilidad de valerse por sí mismos. Así, aparece en 1947 el Código de Núremberg (Núremberg, 1947), en el que se hace exigible el consentimiento voluntario en las experimentaciones con seres humanos; en 1979, el Informe Belmont (Comisión Nacional para la Protección de los Sujetos Humanos de Investigación Biomédica y comportamental) da origen al estudio de la vulnerabilidad de los seres humanos que participan en las investigaciones (Observatori de Bioètica y Ditret, 1979); posteriormente, CIOMS-OMS (1982), en la pauta 15, propone "un enfoque tradicional ante la vulnerabilidad en la investigación ha sido el calificar a clases enteras de individuos como vulnerables. La noción de vulnerabilidad en esta pauta procura evitar considerar vulnerables a los miembros de clases enteras de personas (CIOMS y OMS, 1993, p. 65). También plantea en la pauta 10 que "las personas consideradas tradicionalmente vulnerables son aquéllas con una capacidad o libertad limitada para otorgar su consentimiento. Son materia de pautas específicas en este documento e incluyen a los niños, las personas que son incapaces de otorgar un consentimiento informado debido a trastornos mentales o conductuales y las que están recluidas en prisión" (CIOMS y OMS, s.f., párr. 3). Finalmente, CIOMS-OMS (2002) ofreció un acercamiento al concepto de vulnerabilidad mediante la directriz número 13, en el entendido de que "son personas vulnerables las absoluta o relativamente incapaces de proteger sus propios intereses" (CIOMS y OMS, 2002, p. 62).

De todo lo anterior, se puede deducir que el concepto de vulnerabilidad ha tenido una evolución en el contexto de la ética de la investigación, pero al mismo tiempo falta consenso con respecto a qué se entiende por vulnerabilidad, grupos o poblaciones vulnerables. Para Santi:

> Desde un punto de vista teórico, el abordaje del concepto de vulnerabilidad y otras nociones vinculadas como la de individuos, grupos o poblaciones vulnerables se ha complejizado y ampliado en años

> recientes. La bibliografía que se ocupa del tema en el marco de la investigación biomédica se ha incrementado exponencialmente. No obstante, en el campo de la investigación social sigue siendo un tópico escasamente abordado tanto en la bibliografía especializada como en las guías éticas a pesar de que se realizan numerosas investigaciones con grupos vulnerables. (2015, p. 54)

Lo dicho por Santi se presenta desde el contexto de lo teórico y desde la investigación, pero también se requiere el cuestionamiento desde la praxis con grupos e individuos catalogados como vulnerables, en especial en el momento actual de pandemia, y en nuestro caso concreto en la prevención y atención de los NNA. La razón de ello es que una categorización genérica desde la vulnerabilidad puede invisibilizar muchas facetas de vulnerabilidad, pero en especial de vulneración a los NNA, en los cuales se pueden dar varias vulnerabilidades —vulneraciones o estar dentro de un grupo catalogado como vulnerable y no estar en esa condición—. Lo anterior está en concordancia con el pensamiento de Luna (2008), que nos hace la propuesta de las "capas de vulnerabilidad", mismas que pueden ser removidas una a una y donde no existe la categoría rígida y única de vulnerabilidad.

Coherente con lo propuesto por Luna, encontramos el enfoque diferencial y de derechos. Según la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el enfoque diferencial presenta una doble connotación, ya sea como método de análisis o como pauta de acción:

> En el primer caso, emplea una lectura de la realidad que pretende hacer visibles las formas de discriminación contra aquellos grupos o pobladores considerados diferentes por una mayoría o por un grupo hegemónico. En el segundo caso, toma en cuenta dicho análisis para brindar adecuada atención y protección de los derechos de la población. (Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2020, párr. 2)

Este enfoque resulta garante en la protección de los derechos que les asisten a los NNA en sus situaciones específicas de vulnerabilidad. En este mismo sentido, la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (DUBDH) logró integrar la bioética y los derechos humanos desde el reconocimiento de

la dignidad de toda persona. Congruente con lo anterior, Dworkin afirma que, si de verdad se toman en serio los derechos humanos, se deben tener en cuenta al menos dos ideas:

> La primera es la idea, vaga pero poderosa, de la Dignidad. Esta idea asociada con Kant, pero que defienden filósofos de distintas escuelas, supone que hay maneras de tratar a un hombre que son incongruentes con el hecho de reconocerlo cabalmente como miembro de la comunidad humana. Mientras que la segunda idea supone que los miembros más débiles de una comunidad política tienen derecho por parte del gobierno, a la misma consideración y el mismo respeto que se ha asegurado para sí los miembros más poderosos. (2002, p. 307)

Siguiendo esta línea, el octavo artículo de la DUBDH amplía respecto al

> Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal: al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos. (ONU, 2005, p. 8)

Así, el respeto a la vulnerabilidad humana y la integridad personal encuentra en la dignidad humana el principio fundante desde el que se debe garantizar en pie de igualdad el desarrollo del proyecto de vida de todo ser humano, en especial de aquellas personas más vulnerables y vulneradas, entre las que se encuentran los NNA. Para esto se requiere de una bioética que trascienda el campo biomédico y apueste por permear y aportar a la transformación de las situaciones sociales y políticas marcadas por la pobreza, la desigualdad social y la exclusión. En ese sentido,

> el éxito de la bioética se ha debido a la necesidad que la sociedad civil siente de reflexionar y deliberar sobre los problemas relativos a la gestión del medio ambiente, del cuerpo y de la vida de los seres humanos presentes, y de nuestros deberes para con las generaciones futuras. Ya no pueden ser los médicos, ni los políticos, ni los economistas, ni tampoco los sacerdotes o los teólogos quienes detenten el monopolio de la decisión en este tipo de cuestiones. Ha

> de ser la sociedad entera la que delibere y decida sobre ellas. Sólo de este modo se conseguirá lo que, por lo demás, todos consideramos imprescindible, el alumbramiento de un nuevo mundo más humano; es decir, de una nueva cultura. (Gros Espiell, 2007, p. 13)

Por lo tanto, desde la realidad actual que nos apremia tras la pandemia, se hace impostergable la necesidad de una nueva cultura del cuidado del otro, dada su vulnerabilidad, como parte irrenunciable del yo, como dice el filósofo Levinas (citado por Muñoz, 2007):

> Sólo el yo es responsable del otro es responsabilidad o a la inversa. A su vez, la responsabilidad levinasiana es ahora intransferible, pues, el yo no es únicamente responsable de ese otro concreto, que está frente a él, sino también de todos aquellos a los que su vulnerabilidad remite y por, recursividad, de toda la humanidad. Así mismo, si el mandato del otro tiene un carácter público, se hace necesario encontrar un correlato en la identidad y conciencia del yo para la responsabilidad de la proximidad. (p. 112)

En definitiva, solo desde el reconocimiento de la vulnerabilidad, fragilidad y finitud, como rasgos inherentes a nuestra humanidad, podremos generar sentimientos de solidaridad y responsabilidad hacia los otros (NNA), quienes comparten dicha condición en su expresión más genuina y a la que se le suma una o varias vulneraciones que lo hacen aún más vulnerable, llegando a causarles sufrimiento.

En pandemia no solo hay derechos, también deberes

No es usual hablar de deberes, pues la mayoría de los discursos están direccionados a los derechos y a su vulneración. La reflexión sobre los deberes se hace acuciante en las actuales circunstancias, en procura no solo de ayudar para contener la pandemia, sino también para hacer frente a sus efectos. Se trata de una situación compleja e inusual para la humanidad, que requiere lo mejor de sí de todos y cada uno, desde un sentido de responsabilidad para con los otros, ya sea desde la virtud o desde el deber.

Dentro de la normatividad internacional, encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en especial su artículo 29, el cual reza: "toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad" (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948). Los seres humanos somos y nos realizamos con los otros que nos son más cercanos, pero también afectamos y somos afectados por otros que no están entre nuestro circulo de cercanía. En el mismo sentido, en lo referente a los deberes de las personas, en su artículo 32 correlaciona deberes y derechos:

> Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948)

En este sentido, en los estados de emergencia, el cuidado de los ciudadanos no es solo responsabilidad del Estado, pues no solo él tiene deberes, sino también cada persona, cada conciudadano, y dichos deberes tienen una doble connotación: la de obligación y la de mandato ético hacia los otros, donde la responsabilidad y la solidaridad son la máxima expresión de esos deberes.

Conclusiones

En los momentos de mayor crisis, guerra o emergencia, la humanidad ha ido evolucionando en la protección de uno de sus grupos más vulnerables, los NNA, con el fortalecimiento paulatino de los principios del interés superior del menor y la prevalencia de sus derechos sobre los derechos de los demás, que en Estados constitucionales debe trascender al empoderamiento de estos y a su participación activa, en especial en la forma de afrontar la actual pandemia. El cuidado, protección y empoderamiento de los NNA redunda, acorde al enfoque generacional, en el bienestar de las futuras generaciones.

De otro lado, el paradigma que los NNA serían los menos afectados por el COVID-19 queda desvirtuado con algunos de los temas, que de forma somera, fueron tratados en es este capítulo, como lo fueron el incremento del trabajo infantil, la afectación a su salud, el tema de desnutrición, las desigualdades en el acceso a la educación, el incremento de la violencia intrafamiliar y la

orfandad, entre otros, dando pie a futuras investigaciones que den cuenta de los efectos multidimensionales en la vida de los NNA y que se harán más evidentes en la pospandemia.

Usada como un concepto genérico, la vulnerabilidad favorece la invisibilización de la de las diversas violaciones que sufren los NNA a nivel individual o colectivo, requiriendo un enfoque diferencial, que favorezca la materialización de sus derechos acorde a sus necesidades y realidades. En las actuales circunstancias se requiere una respuesta, no solo desde la normatividad relacionada con los derechos humanos, sino también desde la bioética, en el contexto de la DUBDH, la cual parte del reconocimiento de la igualdad de todo ser humano y de la dignidad que le es inherente, desde la que se hace exigible el respeto del otro y de una forma más perfecta la responsabilidad y corresponsabilidad de cada uno con el otro, que en este capítulo corresponde a los NNA.

Referencias

Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2020). *¿Qué es el enfoque diferencial?* Naciones Unidas Derechos Humanos.

Alto Comisionado contra la Pobreza Infantil. (2020). *Brecha digital y pobreza infantil. Documento Breve 14.* Gobierno de España. https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/7063_d_BrechaDigital-PobrezaInfantil.pdf

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración universal de derechos humanos.* Naciones Unidas. https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los derechos de los niños.* Naciones Unidas. https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx

Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 20 de julio). *Constitución política de Colombia.* Gaceta Constitucional 116. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Barría, C. (2020, 14 de septiembre). *Coronavirus: 6 efectos de la "catástrofe generacional" en la educación en América Latina provocada por la covid-19 (y 3 planes de emergencia para ayudar a mitigar la crisis).* BBC News. https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-54097136

Bobbio, N. (1993). *Igualdad y libertad.* Paidós. https://socialesenpdf.files.wordpress.com/2013/09/65206640-bobbio-igualdad-y-libertad.pdf

Boffil, A., y Cotts, J. (1999). *La declaración de Ginebra. Pequeña historia de la primera carta de los derechos de la infancia.* Comissió de la Infància de Justícia i Pau. https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf

Cillero Bruñol, M. (1999). El interés superior del menor en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/el_interes_superior.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Artículo 5. En *Convención interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las personas mayores.* https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020, 10 de abril). *Resolución No. 1/2020 pandemia y derechos humanos en las Américas.* OEA. http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf

Comité de Bioética de España. (2020). Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus. Comité de Bioética de España. http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe %20CBE- %20Priorizacion %20de %20recursos %20sanitarios-coronavirus %20CBE.pdf

Congreso de la República de Colombia. (2006, 8 de noviembre). Ley 1098 de 2006. *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.* DO. 46446. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1098_2006.html

Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas y Organización Mundial de la Salud. (s.f.). *Pautas éticas internacionales para la investigación y experimentación biomédica en seres humanos.* https://www.uchile.cl/portal/investigacion/centro-interdisciplinario-de-estudios-en-bioetica/documentos/76206/seleccion-de-los-participantes-en-actividades-de-investigacion

Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas y Organización Mundial de la Salud. (1982). *Pautas éticas internacionales para la investigación y experimentación biomédica en seres humanos.* CIOMS.

Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas y Organización Mundial de la Salud. (1993). *Pautas éticas internacionales para la investigación y experimentación biomédica en seres humanos.* https://cioms.ch/wp-content/uploads/2016/08/PAUTAS_ETICAS_INTERNACIONALES.pdf

Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas y Organización Mundial de la Salud. (2002). *Pautas éticas internacionales para la*

investigación y experimentación biomédica en seres humanos. Programa Regional de Bioética. http://www.ub.edu/rceue/archivos/Pautas_Eticas_Internac.pdf

Corte Constitucional, Sala Plena. (1996, 22 de agosto). Sentencia C-383/96. (Antonio Barrera Carbonell, M. P.). https://vlex.com.co/vid/-43676228

Corte Constitucional, Sala Plena. (1999, 7 de julio). Sentencia C-477/99. (Carlos Gaviria Díaz, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-477-99.htm

Corte Constitucional, Sala Plena. (2003a, 24 de abril). Sentencia C-318/03. (Jaime Araújo Rentería, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-318-03.htm

Corte Constitucional, Sala Plena. (2003b, 19 de junio). Sentencia T-510/03. (Manuel José Cepeda Espinosa, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/t-510-03.htm

Corte Constitucional, Sala Plena. (2009, 8 de julio). Sentencia C-442/09. (Humberto Antonio Sierra Porto, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-442-09.htm

Cruz Betancourt, C. I., y Parra Sandoval, F. (1995). *Armero: treinta años de ausencia, lecciones aprendidas.* Universidad de Ibagué. https://www.academia.edu/download/58922796/Armero_30_anos_version_para_WEB.pdf

Dworkin, R. (2002). *Los derechos en serio* (M. Guastavino, Trad.). Ariel.

Gaitán Muñoz, L. (2006). El bienestar social de la infancia y los derechos de los niños. *Childhood, Social Welfare and Children's Rights*, *43*(1), 63-80.

Gros Espiell, H. (2007). La declaración universal sobre bioética y derechos humanos de la Unesco y la declaración de Santo Domingo sobre bioética y derechos humanos. *Revista Brasileria de Bioética*, *3*(1), 7-13. https://doi.org/10.26512/rbb.v3i1.8162. https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/how-the-ilo-works/flagships/ipec-plus/WCMS_747 230/lang–es/index.htm

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (2020). *El trabajo infantil pone en riesgo la dignidad e integridad de nuestros niños, niñas y adolescentes: Directora ICBF.* Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

https://www.icbf.gov.co/noticias/el-trabajo-infantil-pone-en-riesgo-la-dignidad-e-integridad-de-nuestros-ninos-ninas-y

Luna, F. (2008). Vulnerabilidad: la metáfora de las capas. *Jurisprudencia Argentina*, *4*(1), 60-67. http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20%20Comit%20de%20tica%20para%20la%20Investigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna_F[1]._Vulnerabilidad_la_metafora_de_las_capas.pdf

Ministerio de Educación Nacional. (2020, 24 de marzo). Decreto 470. Ministerio de Educación Nacional. https://www.mineducacion.gov.co/1759/w3-article-394502.html?_noredirect=1

Ministerio de Salud y Protección Social. (2020, 12 de marzo). Resolución 385 de 2020. *Por la cual se declara la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus.* Ministerio de Salud y Protección Social. https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/resolucion-385-de-2020.pdf

Molano Torres, N. (2020, 15 de enero). *Asuntos legales. El número de procesos de adopción en el país se redujo a la mitad en la última década.* Asuntos Legales. https://www.asuntoslegales.com.co/consumidor/el-numero-de-procesos-de-adopcion-en-el-pais-se-redujo-a-la-mitad-en-la-ultima-decada-2952004

Muñoz, E. (2007). Emmanuel Lévinas y la solidaridad en cuestión. En M. Figueroa y D. Michelini (comps.), *Filosofía y solidaridad* (pp. 91–115). Universidad Alberto Hurtado.

Naciones Unidas. (1959). *Declaración de los derechos de los niños.* Naciones Unidas. https://www.cidh.oas.org/Ninez/pdf%20files/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o.pdf

Núremberg. (1947). *El Código de Núremberg.* https://www.conicyt.cl/fonis/files/2013/03/El-Código-de-Nuremberg.pdf

Observatori de Bioètica y Ditret. (1979). *Principios y guías éticas para la protección de los sujetos humanos de investigación.* Observatori de Bioètica y Ditret. http://www.bioeticayderecho.ub.edu/archivos/norm/InformeBelmont.pdf

Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura. (2005). *Declaración universal sobre bioética y derechos humanos. Organización de las Naciones Unidas para la Educación la Ciencia y la Cultura.* https://bit.ly/19wMRYn

Organización Internacional del Trabajo. (2020). *El impacto del COVID-19 en el trabajo infantil y el trabajo forzoso: La respuesta del Programa de referencia IPEC+.* Organización Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/—ed_norm/—ipec/documents/publication/wcms_747230.pdf

Presidencia de la República de Colombia. (2020, 17 de marzo). Decreto 417 de 2020. *Por la cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional.* DO. 51259. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=110334

Programa Mundial de Alimentos. (2020, 26 de marzo). "Podemos pasar al aprendizaje en línea, pero no a comer en línea". Programa Mundial de Alimentos. https://historias.wfp.org/26-de-33-paises-han-suspendidos usprogramas-de-comidas-escolares-en-america-latina-y-el-caribe-5687c79e75a3>

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española.* Real Academia Española.

Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar. (2010). *Informe latinoamericano. Situación de la niñez sin cuidado parental o en riesgo de perderlo en América Latina. Contextos, causas y respuestas.* Red Latinoamericana de Acogimiento Familiar. https://www.relaf.org/Informe %20Latinoamericano.pdf

Rendtorff, J., y Kemp, P. (2000). *Principios éticos de la bioética y bioderecho, I: autonomía, la dignidad, la integridad y la vulnerabilidad.* Centro de Ética y Derecho.

Santi, M. F. (2015). Vulnerabilidad y ética de la investigación social: perspectivas actuales. *Revista Latinoamericana de Bioética*, *15*(2), 52-73.

Save the Children. (s.f.). Cien años junto a la infancia. Save the Children. https://www.savethechildren.es/centenario/100-anos-de-historia

Sociedad de Naciones. (1924). *Declaración de Ginebra de 1924.* https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/7429338/NNA-INT-NOR-IDI-

01-1924.+Declaración+de+Ginebra+.pdf/938d86c5-fc53-47c3-9716-337d6cafa05c

UNESCO. (2020). La educación en tiempos de la pandemia de COVID-19. https://repositorio.cepal.org/handle/11362/45904

UNICEF. (s.f.). *La misión de UNICEF.* UNICEF. https://www.unicef.org/es/acerca-de-unicef/mision

UNICEF. (2006). Estado Mundial de la Infancia. Excluidos e invisibles. https://www.unicef.org/colombia/media/2411/file/Estado%20Mundial%20de%20la%20Infancia%202006.pdf

UNICEF. (2020a). Mientras la COVID-19 destruye unos sistemas de salud que ya eran frágiles, cada día podrían morir 6.000 niños menores de cinco años más si no se toman medidas urgentes. https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/mientras-covid19-destruye-sistemas-salud-fragiles-cada-dia-podrian-morir-6000-menores-5-anos

UNICEF. (2020b, 19 de noviembre). Unicef pide evitar una generación perdida a medida que la COVID-19 amenaza con causar daños irreversibles a la educación, la nutrición y el bienestar de los niños. UNICEF. https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/unicef-pide-evitar-generacion-perdida-medida-que-covid19-amenaza-causar-causar-danos

La protección jurídica de las trabajadoras en estado de embarazo o lactancia: un mecanismo de protección a la primera infancia

Manuel José Gómez Restrepo[17]

[17] Politólogo de la Universidad de Antioquia, abogado de la Universidad Eafit y magíster en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Docente e investigador de la Universidad de San Buenaventura, Medellín. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6982-4858. Contacto: manuel.gomez@usbmed.edu.co

Introducción

Sin duda alguna, la primera infancia constituye la etapa más importante del ciclo vital, y es por esta razón que su protección es fundamental. Históricamente, uno de los mejores mecanismos de protección a la primera infancia ha sido la protección jurídica especial a la trabajadora embarazada y lactante. Esta se ve representada en una serie de garantías que no han sido estáticas, sino que han evolucionado con el paso del tiempo y aún presentan falencias en su función. Por esta razón es importante analizar y estudiar de dónde viene esta protección, cuáles son sus fuentes en el derecho internacional, en la legislación colombiana y en la jurisprudencia, tanto ordinaria como constitucional, y los obstáculos a los que se enfrenta.

Esta protección ha sido entendida por distintos juristas como la unión de varios derechos, siendo dos los más importantes: por un lado, el derecho subjetivo e individual a la igualdad de la trabajadora, que se materializaría en no ser despedida solo por su estado de gravidez, que se ha venido entendiendo como el derecho al fuero de maternidad; por el otro, el derecho social y económico de protección a la primera infancia, que se concreta a través de la licencia de maternidad.

Es por esta razón que se estudiará cómo estos dos derechos se han protegido históricamente en Colombia, desde la transposición de las primeras normas internacionales a la legislación colombiana en las primeras décadas del siglo XX, hasta las sentencias emitidas por la Corte Constitucional en los últimos años.

Este capítulo de libro es uno de los productos resultado de investigación del proyecto titulado "La protección jurídica de los niños, niñas y adolescentes en Colombia", financiado por la Universidad de San Buenaventura, y cuyo investigador principal es Juan Guillermo Agón Lopez. Para la elaboración de

este producto se utilizó un enfoque metodológico cualitativo, específicamente el método documental de investigación. Para ello, primero se hizo un rastreo bibliográfico de las principales fuentes jurídicas que protegen a la mujer trabajadora en embarazo o lactancia y que por lo tanto son una forma de defender a la primera infancia. En segundo lugar, se realizó la caracterización, sistematización y análisis de la información recolectada en el primer paso. Finalmente, en el tercer paso, se procedió a la construcción del capítulo.

Este capítulo se divide en cinco partes: en la primera de ellas se analizan las fuentes internacionalistas de la protección jurídica especial a la trabajadora en Colombia; en la segunda, cómo ha sido la evolución de esta protección en la legislación interna; en la tercera y cuarta, cómo ha sido la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, respectivamente; por último, en la quinta parte se formulan las conclusiones.

Derecho internacional

Desde su fundación en 1919, la protección de las mujeres trabajadoras embarazadas ha sido un tema de principal importancia para la Organización Internacional del Trabajo. El tercer convenio adoptado por la OIT fue precisamente el Convenio sobre la protección de la maternidad de 1919 (C003), aprobado tan solo después del que limitaba la jornada de trabajo a ocho horas diarias (C001) y el de protección frente al desempleo (C002).

Este convenio, que se aplica solamente a mujeres que trabajan en empresas industriales o comerciales, exige que las empresas que estén ubicados en Estados que ratifiquen el convenio impidan trabajar a la mujer durante un período de seis semanas después del parto; el derecho a abandonar el trabajo sin consecuencias, mediante la presentación de un certificado médico que declare que el parto ocurrirá en seis semanas; que en estos dos periodos mencionados sea ilegal su despido; y que se le pague prestaciones suficientes para la manutención de la mujer y del bebé por nacer, dinero que será fijado por las autoridades de cada país y las cuales serán satisfechas por el Estado; por último, que en su jornada laboral se les permita dar de lactar al bebé durante al menos treinta minutos dos veces al día (OIT, 1919).

Adicionalmente, en 1921 la OIT dictó la Recomendación 12, sugiriendo ampliar esta misma protección a las trabajadoras de las empresas agrícolas.

Aunque las recomendaciones no tienen la fuerza vinculante de los convenios, su importancia radica en que operan como criterios orientadores de las políticas de los Estados parte.

Este convenio se actualizó en 1952, por medio del Convenio C0103, el cual trajo las siguientes novedades: se amplió la protección a todas las mujeres asalariadas, tanto de empresas industriales, no industriales y agrícolas, incluidas las que laboran en sus propios domicilios. En este convenio se le llama específicamente licencia de maternidad a los periodos mencionados en el Convenio C003, que no pueden durar menos de doce semanas, de las que seis de ellas son posteriores al parto. Además, volvió a exigirse durante este periodo el pago suficiente de dinero para el mantenimiento de la trabajadora y de su hijo (se añade que este no puede ser inferior a las dos terceras partes del salario recibido por la trabajadora). Adicionalmente, que también tenía derecho a recibir prestaciones en salud durante el periodo de embarazo, durante el parto y posterior al parto.

Según el anterior convenio, estas prestaciones en salud debían asumirse por un sistema de seguridad social financiado con fondos públicos y con aportes de empleadores y trabajadores sin distinción de sexo. Aunque se volvía a exigir que se le permitiera la lactancia durante el trabajo, su duración se dejaba a las legislaciones nacionales, pero se añadía que este tiempo de lactancia durante el horario laboral se tenía que contar como tiempo trabajado. Por último, se volvió a mantener la prohibición de despedir a una mujer mientras esté en la licencia de maternidad (OIT, 1952). Ese mismo año, por medio de la Recomendación 95, se pidió a los países que adoptaran una protección integral del embarazo y que cada Estado pagara como licencia de maternidad el mismo monto devengado como salario.

Aparte de la normativa de la Organización Internacional del Trabajo, en el derecho internacional tenemos en 1979 la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés). Convención que empezó a regir en 1981 y ha sido ratificada por casi todos los países miembros de la ONU[18]. Aquí los Estados parte se obligan a eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo y, por lo tanto:

[18]Los únicos países que no la han firmado o ratificado son Irán, Palau, Somalia, Sudan, Tonga y Estados Unidos.

> a) Prohibir bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil; b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales. (ONU, 1979)

Esta convención fue ratificada en Colombia mediante la Ley 51 de 1981, pero al no incorporarse expresamente en el Código Sustantivo de Trabajo, ni en ningún otro esfuerzo codificado, esta ley no tuvo mayor aplicación en la práctica: pues "sólo valió para formar parte del gran arsenal legislativo de papel, sin aplicación práctica, que ha caracterizado la normativa nacional relativa a los derechos de las mujeres" (Moreno Flórez, 2015, p. 218). Apenas vino a ser reglamentada en 1990, es decir, nueve años después, pero esta reglamentación tampoco fue muy obedecida y a pesar de la actividad judicial de la Corte Constitucional en reconocerlo como parte del bloque de constitucionalidad, para algunos autores, "la CEDAW sigue siendo una normativa desconocida en Colombia, tanto por infringirse, como por ignorarse, por parte operadores jurídicos, agentes sociales y buena parte de la doctrina nacional" (Moreno Flórez, 2015, p. 219).

Volviendo a la OIT, en el año 2000 esta organización adopta el Convenio 183, en el que actualiza la protección jurídica a la trabajadora en estado de embarazo o lactancia, tomando como base toda la normatividad, convenios y declaraciones de derechos humanos que se habían escrito en las décadas anteriores. Lo principal de este tratado es que amplió la protección a todas las mujeres empleadas, sin importar el tipo de trabajo y aumentó el número de semanas de licencia de maternidad de doce a catorce; prohibió que se le pudiera pedir a una mujer que aspira a un trabajo una prueba de embarazo o certificado de haberse practicado dicha prueba; por último, se estableció por primera vez que la mujer pudiera regresar a su actividad normal una vez terminada su licencia de maternidad, recibiendo el mismo salario percibido con anterioridad (OIT, 2000).

Legislación colombiana

La historia de la legislación colombiana sobre la protección de la maternidad de la mujer trabajadora se puede entender en tres fases que corresponden a tres momentos históricos: i. surgimiento de la primera normatividad de los años treinta, fase que iría de 1931 a 1950; ii. consolidación de la normatividad con la expedición del Código Sustantivo de Trabajo entre los años 1950 a 1989; iii. reformismo y constitucionalización de la normatividad de 1990 a la actualidad.

La primera norma de protección de la maternidad en Colombia fue la ratificación del Convenio C003 de la OIT. Aunque Colombia había hecho parte de la OIT desde su fundación, solo en 1931 se ratifican los convenios expedidos por la organización. Por medio de la Ley 129 de noviembre 23 de 1931 se ratificaron las Convenciones 1 a 26 de la OIT[19], empezando a regir el 20 de junio de 1933 (Congreso de Colombia, 1931). Aunque en teoría este fue un avance significativo en la protección de los derechos de los trabajadores, tuvo pocos efectos en la realidad, siguiendo con una constante de la vida jurídica colombiana: una vez cumplida las formas, la mayor parte de la ley nunca se aplicó y terminó siendo letra muerta (Goyes, 2011).

Esto fue especialmente cierto para la protección de las trabajadoras embarazadas. Esto se debió a que, aunque se ratificó la Convención C003 con la Ley 129 de 1931, nunca se reglamentó. Por lo tanto, la vida jurídica del país continuó como si esta ley no existiera. Tanto es así que siete años después, en 1938b, por medio de la Ley 53 de ese año, se vuelve a tratar el tema, con un contenido casi idéntico a los artículos referidos a protección de la maternidad de la Ley 129.

La Ley 53 de 1938b, reglamentada mediante el decreto 1632 del mismo año, y que luego sería modificado por el decreto 953 de 1939, se llamó la Ley de protección de la maternidad, la cual propuso una licencia remunerada de ocho semanas en la época de parto, garantizar el mantenimiento del puesto después de la licencia y la prohibición del despido por motivos de embarazo o lactancia. Así, si una mujer era despedida sin justa causa, tenía derecho a una

[19] Esta ratificación se hizo de una manera bastante extraña, pues en la misma ley simplemente se tradujeron los veintiséis convenios y se pegaron uno detrás del otro. Cada convención volvía a empezar la numeración, por lo que no había forma fácil de distinguir a qué articulo pertenecía qué ratificación.

indemnización de noventa días de salario, adicional a las ya contempladas en la normatividad laboral. También se establecieron permisos de lactancia de veinte minutos cada tres horas durante los tres primeros meses de vida del hijo. Por último, si la trabajadora sufría un aborto o experimentaba un parto prematuro, tenía derecho a dos semanas de incapacidad (Congreso de Colombia, 1938b).

Esta ley fue posteriormente modificada por la Ley 197 de 1938a, que amplió la protección a toda la etapa del embarazo y que antes solo se daba durante los tres meses anteriores al parto (Congreso de Colombia, 1938a). El Decreto 1632, aplicado a todas las trabajadoras, ya fueran del régimen laboral o empleadas públicas (no diferenciaba entre el régimen público y el privado), indicaba que la licencia que se le pagaba a la trabajadora por la maternidad debía ser igual que el salario del último mes trabajado, y que debía ser asumida por el empleador, quien para el despido debía contar con la autorización del inspector del trabajo. Por último, obligaba al empleador a tener unas zonas contiguas al lugar de trabajo para la lactancia y estadía del niño (Presidencia de la República de Colombia, 1938). El decreto 2350 modificó el 1632, en el sentido de crear una presunción legal a favor de la trabajadora despedida durante el embarazo sin el respectivo permiso del inspector. Con respecto al Convenio de la OIT, esta normatividad redujo las doce semanas de licencia contempladas en el C003 a solo ocho[20], aunque en general estas leyes seguían lo acordado en la C003.

Es interesante detenerse un poco en las salas de lactancia establecidas en este decreto. En el 2017 se promulgó con gran estruendo por parte del gobierno la Ley 1823, cuyo fin era la creación de "Salas Amigas de la Familia Lactante del Entorno Laboral", donde se obligaba a las empresas públicas y privadas con más de cincuenta empleadas a que adecuaran espacios para que sus trabajadoras en periodo de lactancia "[pudieran] extraer la leche materna asegurando su adecuada conservación durante la jornada laboral" (Congreso de Colombia,

[20]Tal vez esta es la razón por la cual nunca se reglamentó la Ley 129 de 1931, ya que la Ley 53 de 1938b es menos garantista en este sentido. Solo hasta la Ley 50 de 1990 se volvió a fijar la licencia de maternidad en doce semanas, es decir, este Convenio de la OIT y de la Ley 129 de 1931 fue el que traspuso tal convenio en el país, de manera que el Estado colombiano lo desconoció por más de cincuenta años. A pesar de esto, el Estado colombiano nunca denunció el convenio, incumpliendo sus deberes internacionales al respecto. Hoy en día esta ley todavía es expuesta por el Estado colombiano como una de las normas vigentes que cumple un convenio de la OIT.

2017). Dejando de lado los aspectos tecnológicos que ahora permiten almacenar y conservar la leche materna en buen estado, es muy indicativo de la cultura legal colombiana, donde "se obedece, pero no se cumple"[21], es decir, en teoría se obedece el ordenamiento jurídico, pero las leyes solo se cumplen cuando la autoridad lo quiere. Es que casi ochenta años después se presentó con gran alboroto una nueva norma jurídica que obligaba a la creación de prácticamente las mismas salas de lactancia, indicando que la norma anterior no se había cumplido en lo más mínimo y hasta se había olvidado. Además, se trató de una norma más regresiva que la de 1938, ya que limitaba estas salas de lactancia a solo ciertos empleadores.

Otros ejemplos de que las normas establecidas en estos años no lograron cambios significativos en las costumbres sociales y culturales de la época se pueden ver con las formas de contratación y de trato a la mujer embarazada en ese entonces.

La ciudad más industrializada de Colombia en esos momentos era Medellín, lo que se dio principalmente gracias a la industria textil. Es necesario recalcar que, en los primeros años de la industrialización, la gran mayoría de la fuerza obrera eran mujeres, lo que sucedió por dos razones principales: la labor del tejido se veía como una labor de la esfera femenina y la mayoría de los hombres tenían trabajos agrarios. Pero especialmente se buscaban mujeres jóvenes y solteras, ya que se consideraba que la función de la mujer casada era el cuidado del hogar. En efecto, "el 73 % de la fuerza laboral obrera eran mujeres, jóvenes y solteras. El 58 % de ellas oscilaban entre los 15 y 24 años, y entre los años 1915–40, el 85 % de las mujeres obreras eran solteras" (Reyes, 1995, p. 15).

Esto implicaba que las mujeres casadas, que eran las que mayor posibilidad tenían de quedar embarazadas, no fueran contratadas, sino que se prefiriera a las solteras. Además, las empresas fabriles solían despedir a las obreras que

[21] Frase típica de la época de la Colonia: "cuando las órdenes de la corona española, que tardaban semanas y meses en llegarles a sus destinatarios de ultramar, se cumplían o no, según les diera la gana, o les conviniera, a virreyes, oidores y encomenderos. La marrulla de estos funcionarios para burlarse de las órdenes que les daba su Majestad se facilitaba, porque veedurías y auditorías viajaban en barco, y cuando llegaban eran objeto de toda clase de atenciones, incluidas francachelas con damiselas a bordo, y en medio del jolgorio a veedores y auditores se les olvidaba a qué habían venido" (Jaramillo, 2015, párr. 1)

quedaran embarazadas por fuera del matrimonio: "El trabajo de reproducción doméstica es, en todos los casos, responsabilidad exclusiva de las mujeres que se lo distribuyen y alternan. [...] El madresolterismo es excepcional entre las obreras de las dos primeras generaciones. El rechazo social a esta situación es muy fuerte [...] En Fabricato la política de la empresa es severa a este nivel y la obrera soltera que queda embarazada no tiene más remedio que salir de la fábrica" (Arango, 1991, pp. 227–229).

La oposición al trabajo de las mujeres por parte de la Iglesia, la posibilidad de instrucción[22] y ascenso solo para los hombres y los abusos sexuales por parte de estos a las obreras[23], sumados a la enorme migración del campo a la ciudad, que se dio por culpa de La Violencia[24], además de los buenos salarios que se les pagaban a los hombres[25], hicieron que para 1951 el 61 % de la fuerza laboral fueran hombres y solo un 39 % mujeres.

Se debe mencionar también que con esta legislación se seguían mezclando y confundiendo los derechos individuales de la trabajadora embarazada, como lo es el derecho a la igualdad con un tratamiento no discriminatorio por su posibilidad de dar a luz y, por otro lado, los derechos económicos y sociales como la licencia de maternidad, "cuyos beneficiarios son, la madre, el menor y la familia. Esta carencia de deslinde entre los derechos individuales de la trabajadora y los sociales del menor y la familia continuará a lo largo de todo el siglo XX" (Goyes, 2011, p. 86).

El Código Sustantivo del Trabajo, como la gran mayoría de la legislación de la época[26], fue expedido por medio de decretos presidenciales en ejercicio de las

[22] La Compañía de Jesús fundó la Escuela Nocturna San José en Medellín el 16 de febrero de 1925 para brindar educación formal específicamente a los obreros.

[23] La gran mayoría de los capataces eran hombres, incluso la primera huelga textil en 1920, en la Compañía de Tejidos de Bello, dirigida por la obrera Betsabé Espinosa, tenía entre sus principales reclamos exigir el cese de abusos sexuales por parte de los capataces de la fábrica.

[24] El conflicto bipartidista conocido como La Violencia causó entre 1946 y 1957 entre 200000 y 300000 muertos, y la migración forzosa de más de dos millones de personas, equivalente casi a una quinta parte de la población total de Colombia, que para ese entonces alcanzaba los 11 millones.

[25] Según los registros de la época, los salarios de las mujeres solían ser un 40 % más bajos que el de los hombres.

[26] Incluso en el momento en que fue expedido el código (5 de agosto de 1950), el Congreso se encontraba cerrado desde el 10 noviembre de 1949, por el miedo que tenía el presidente del mo-

facultades extraordinarias conferidas por el estado de sitio. El código se expidió por medio de dos decretos, el 2363 y el 3743 de 1950, y se transformó en legislación permanente once años después por medio de la Ley 141 de 1961.

El código, en los artículos 236, 237, 238, 239, 240 y 241, contenidos en el capítulo V del Título VIII sobre Prestaciones Patronales Comunes, regulaba todo lo relacionado con la protección a la maternidad y a los menores. En estos se recoge lo establecido en las leyes anteriores, con las siguientes características:

• Estabilidad laboral relativa desde el momento en que el empleador tuviera conocimiento del embarazo, hasta los tres meses posteriores al parto. Durante este periodo la mujer solo puede ser despedida si la trabajadora incurre en una de las "justas causas de despido" del artículo 63 del mismo código —por ejemplo, actos de violencia durante sus labores, actos delictuosos cometidos en el lugar de trabajo, etc.—, siempre y cuando tuviera autorización por parte del inspector del trabajo. En caso de ser despedida sin la autorización de la autoridad competente o sin justa causa, existía la presunción legal que se hizo por motivo de su embarazo o lactancia. Además, la mujer tenía derecho al pago de una indemnización de setenta días de salario adicional a las indemnizaciones que le correspondían por ley[27].

• Estabilidad laboral absoluta en el periodo de la licencia de maternidad (que era de ocho semanas). Durante este periodo el contrato laboral se encontraba suspendido, y el empleador tenía la obligación de conservarle el puesto de trabajo a la empleada.

• El permiso de lactancia durante el trabajo se reduce a dos periodos de veinte minutos cada uno durante la jornada, periodos que deben ser remunerados durante los seis primeros meses de edad del lactante. Se mantiene la obligación de los empleadores de tener un local contiguo para cuidar al niño y amamantarlo.

• Se mantenía la licencia en caso de aborto de dos semanas, prorrogables a cuatro si existía disposición médica que así lo ordenara.

---

mento, Mariano Ospina, de ser juzgado políticamente por el Senado de la República. El Congreso continuó cerrado hasta el 16 de septiembre de 1951, una vez se llamó a nuevas elecciones.

[27] Aquí nuevamente encontramos una norma regresiva, pues la indemnización del CST es de solo setenta días, mientras que la contemplada en la Ley 53 de 1938 era de noventa días de salario adicional a las otras indemnizaciones.

Del estudio de estas normas se puede concluir que en el Código Sustantivo de Trabajo no se protegía verdaderamente a la trabajadora en estado de embarazo o lactancia. A pesar de que el artículo 241 empieza con la advertencia de que "ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia", las consecuencias jurídicas del incumplimiento de esta norma son solo el pago de una pequeña indemnización (setenta días de salario) y no lo que sería lo más lógico para lograr una verdadera protección: el reintegro. Por otro lado, esta indemnización solo se lograría en sede jurídica, luego de un costoso y demorado proceso judicial, el cual la mayoría de las empleadas no querían o no podían llevar a cabo, por el miedo a ser aún más discriminadas laboralmente. Solo queda llegar a la conclusión de que estas normas no eran una protección efectiva a un grupo de personas que podían ser efectivamente discriminadas por los empleadores.

En sede internacional, Colombia no ratificó el Convenio C052 de la OIT, que venía a actualizar el C003 de 1919, que, como ya se señaló, aunque sí fue ratificado por Colombia por medio de la Ley 129 de 1931, no tuvo aplicación, ya que nunca se reglamentó, y las normas posteriores sobre esta misma temática fueron menos garantistas que este convenio.

Esta fue la normatividad en materia de maternidad laboral que rigió sin mayores modificaciones en Colombia por cerca de 40 años, durante la vigencia del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, desde 1950 hasta principios de los noventa. A pesar de la gran cantidad de cambios sociales, culturales, legales y demográficos que existieron en la sociedad colombiana, sobre todo relacionados con la vida de las mujeres, como lo fueron (i) el ingreso de las mujeres a las universidades y su posibilidad de acceso al conocimiento, (ii) el aumento de la participación laboral de la mujer, (iii) la aprobación del voto femenino en 1957, (iv) el Decreto 2820 de 1974, que eliminó la potestad marital y otorgó iguales derechos entre hombres y mujeres, (v) y la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) por medio de la Ley 51 de 1981, los cambios en materia de maternidad laboral tuvieron que esperar, hasta 1990, a la llamada Reforma Laboral.

Las modificaciones que introdujo la reforma consistieron en la ampliación de la licencia de maternidad de ocho a doce semanas (recuperando lo establecido mediante la Ley 129 de 1931 y el Convenio C003 de la OIT), la licencia de

maternidad a la madre adoptante del menor de siete años, además de permitir que la madre pudiera transferir una de sus semanas de licencia al padre.

Este último aspecto es lo más destacable de la reforma, puesto que se evidencian los rudimentos de un cambio en la cultura colombiana, al empezar a considerar la importancia del padre en el nacimiento de los hijos, flexibilizando los roles de género clásicos dentro de la familia, lo cual tuvo continuidad con la denominada Ley María (Ley 755 de 2002), en la cual se garantizó la licencia remunerada de paternidad, sin afectar las semanas de licencia de la madre.

En línea con lo anterior, después de la formulación de esta Ley, la Corte Constitucional, a través de las sentencias C-273/2003, C-680/2003 y C-174/2009, declaró inconstitucionales algunas restricciones que esta imputaba, tales como la obligación de convivencia mayor a dos años para considerar a la madre como compañera permanente y la reducción de días de licencia si la madre no cotizaba en el sistema de seguridad social.

Nada de lo anterior habría sido posible sin la Constitución Política de 1991, la cual permitió fortalecer al Estado, dando prioridad a la democracia participativa y a los derechos fundamentales, a través de la creación de instituciones como la Corte Constitucional y mecanismos como la acción de tutela.

La carta política introdujo modificaciones de suma importancia en cuestión de maternidad, en primer lugar, en el artículo 13, en donde se formula el derecho a la igualdad, independiente del sexo, raza, origen, lengua, religión u opinión política, y el compromiso del Estado a promover condiciones para que esa igualdad se haga real y efectiva, generando medidas para prevenir la marginación de grupos vulnerables, lo cual fortalece la determinación de que la mujer gestante no puede ser discriminada.

En segundo lugar, en el artículo 43 se establece que la mujer y el hombre gozan de iguales derechos y oportunidades, por lo que la mujer no podrá ser sometida a discriminación y recibirá protección especial en condición de embarazo y después del parto, de manera que se constitucionaliza la licencia de maternidad.

En tercer lugar, en el artículo 53 se dan lineamientos para la expedición del Estatuto de Trabajo por parte del Congreso, entre los cuales se menciona la igualdad de oportunidades para los trabajadores y el deber de una protección especial tanto a la mujer como a la maternidad. Tal cual como lo dice la Corte Constitucional:

> En desarrollo de los postulados del Estado Social de Derecho, la Constitución ha considerado que *la mujer en estado de embarazo*, conforma una categoría social que, por su especial situación, resulta acreedora de una particular protección por parte del Estado. En consecuencia, se consagran, entre otros, el derecho de la mujer a tener el número de hijos que considere adecuado (C.P. art. 16 y 42); a no ser discriminada por razón de su estado de embarazo (C.P. art. 13, 43 y 53), a recibir algunos derechos o prestaciones especiales mientras se encuentre en estado de gravidez (C.P. art. 43 y 53); y, al amparo de su mínimo vital durante el embarazo y después del parto (C.P. art. 1, 11, 43). (Corte Constitucional, Sentencia T-373/98, 1998)

En ese sentido es interesante analizar la Ley 1098 de 2006, el Código de la Infancia y la Adolescencia, y que estableció principalmente como una de las obligaciones del Estado garantizar los servicios de salud y subsidio alimentario tanto para las mujeres gestantes y lactantes, como para ciertas familias que estuvieran en situación de debilidad manifiesta y también para los niños, niñas y adolescentes. Además, la licencia de maternidad se garantizó también para el padre y la madre adoptantes de un menor de edad.

En 2011, mediante la Ley 1468, se modificaron los artículos concernientes a la licencia y al fuero de maternidad. Con respecto a la licencia de maternidad, se amplió de doce a catorce semanas. También creó una protección especial para los niños prematuros, adicionando a las catorce semanas el tiempo entre la fecha gestacional y el nacimiento a término. Además, se contempló como posibilidad, en caso de fallecimiento de la madre antes de terminar la licencia de maternidad, que se le diera un tiempo equivalente al padre del niño. La última novedad es que se estableció cómo se debían dividir las semanas en la licencia de maternidad entre el periodo preparto (dos semanas) y posparto (doce semanas). Por otro lado, se tuvo en cuenta lo dicho por la Corte Constitucional para la licencia de paternidad. Aunque también modificó el artículo 239, el del fuero

de maternidad, no hubo realmente ningún cambio con respecto a la legislación anterior, salvo que la indemnización por la licencia de maternidad debía ser equivalente a las catorce semanas, y no a las doce, si esta no se había tomado.

Finalmente, en esta misma línea, mediante la Ley 1823 de 2017 se volvieron a modificar estos mismos dos artículos. Los cambios volvieron a ser muy pocos: simplemente se aumentó la licencia de maternidad de catorce a dieciocho semanas, se modificó la licencia preparto para que fuera de solo una semana, y de diecisiete la posparto. Para madres de niños prematuros, se aumentó igualmente el término general de duración a dieciocho semanas, a las cuales se les debería sumar el tiempo equivalente a la diferencia entre la fecha gestacional y la de nacimiento a término. Además, dispuso que la trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrutara de la licencia de maternidad, tendría derecho al pago de las semanas que no disfrutó. Con respecto al fuero de maternidad, el único cambio relevante, aparte de la ampliación de las dieciocho semanas de indemnización, era que la autorización previa por despido por justa causa debía ser otorgada por el Ministerio del Trabajo.

Por otro lado, es interesante analizar la Ley 1804 de 2016, que estableció la política del Estado para el desarrollo de la primera infancia, mediante el fortalecimiento del "marco institucional para el reconocimiento, la protección y la garantía de los derechos de las mujeres gestantes y de los niños y las niñas de cero a seis años de edad, así como la materialización del Estado Social de Derecho" (Congreso de la República de Colombia). Esta Ley buscaba entonces que la atención a las mujeres gestantes y a la primera infancia no fuera fragmentada, ni pensada a corto plazo, o como una acción de un gobierno determinado, sino como una obligación del Estado en todos los rincones del país, con seguimiento, veeduría y financiación estable.

Jurisprudencia laboral

Es importante mencionar que en el orden jurídico colombiano la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado es considerada fuente de derecho[28]. Ahora bien, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido prácticamente la misma línea jurisprudencial durante las últimas décadas, en la cual han dictaminado cuáles son las condiciones necesarias para que opere la protección especial a la trabajadora en estado de embarazo:

• La trabajadora tenía la obligación de informar al empleador sobre su estado de embarazo para que pueda operar la protección.

• La presunción legal de que el despido ha ocurrido con razón del embarazo solo se daba si la terminación unilateral del vínculo laboral ocurría durante el embarazo o los tres meses posteriores al parto.

• Si se determinaba que el despido ocurrió con razón del embarazo, la única consecuencia jurídica que podía ordenar el juez era una indemnización, mas no el reintegro.

• Si el despido se daba por una de las causas justas, establecidas en el Código Sustantivo de Trabajo, y contaba con la autorización de la autoridad competente, no había ninguna indemnización para la trabajadora.

• Si la mujer se encontraba vinculada mediante un contrato de trabajo a término fijo y este no se le renovaba, a pesar de que la fecha de terminación fuera en la época de embarazo o lactancia, para la Corte Suprema de Justicia no existía presunción de despido unilateral e injusto, sino terminación del contrato de conformidad con las disposiciones legales.

[28] Para más información, véanse las sentencias C-113/93, C-131/93, C-083/95, C-037/96, C-037/00, C-836/01, T-292/06, C-335/08, C-539/2011, C-634/2011 de la Corte Constitucional, como también López Medina (2002).

Jurisprudencia constitucional

Al igual que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la de la Corte Constitucional también se considera fuente de derecho. La Corte Constitucional, a partir

> de los derechos fundamentales a la dignidad y la igualdad (Arts. 1 y 13), y su incidencia en el establecimiento del Estado Social de Derecho, [...] ha elevado en su jurisprudencia a la categoría de fundamentales a derechos que en estricto sentido la Constitución no los reconoce como tales, entre los que se hallan: el derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada por razón de maternidad. (Moreno Flórez, 2015, p. 117)

El derecho a la maternidad de la trabajadora ha sido creado a través de una larga línea jurisprudencial que se remonta a 1992 y que no ha sido homogéneo, ya que, al estar inspirado, como toda la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la fórmula política del Estado Social de Derecho, no solo es una interpretación jurídica, sino también una interpretación política. Esto ha sido entendido así por la doctrina, cuando afirma que

> el Estado Social de Derecho como fórmula política ha sido objeto por parte de la Corte Constitucional, de un amplio y permanente estudio y a propósito de los más diversos temas. Su correcta caracterización permitirá entender el proyecto que orienta de manera integral la norma de normas. La solución del caso más difícil de todos podrá resolverse, en última instancia, recurriendo a la fórmula política. Con razón se ha dicho que toda interpretación jurídica es siempre una interpretación política. (Pinilla, 2002, p. 250)

Analizar esta línea jurisprudencial llevaría a un artículo en sí mismo, por lo que solo se van a mencionar los aspectos más importantes. Así, como se vio en el anterior apartado, el único mecanismo al que tenían acceso las mujeres que eran despedidas por motivo de su embarazo o lactancia en la justicia ordinaria era una indemnización. Para la Corte Constitucional este instrumento es insuficiente, ya que esta es la misma protección que tiene cualquier otro trabajador, y la trabajadora en estado de gravidez debe tener una protección especial, porque existe un derecho fundamental a la maternidad.

Una de las sentencias más importantes sobre la protección especial a las trabajadoras en estado de embarazo y lactancia es la Sentencia de Constitucionalidad 470 de 1997. En esta se decide la exequibilidad del Artículo 239 ordinal tercero del Código Sustantivo del Trabajo, que determinaba el tipo de sanción económica contra el empleador que despidiera a una mujer por motivos de embarazo o lactancia. En esta sentencia, la Corte llega a la conclusión que declarar la inexequibilidad de la norma no es la solución correcta, ya que generaría una mayor desprotección, por lo que decide hacer una sentencia integradora en la que se proyecten "los mandatos constitucionales en la regulación legal" (C-470/97). Por lo tanto,

> la Corte Constitucional concluye que la única decisión admisible en este caso es integrar en el ordenamiento legal los mandatos constitucionales sobre la igualdad (CP art 13) y la protección a la maternidad en el ámbito laboral (CP arts. 43 y 53), de suerte que debe entenderse que carece de todo efecto el despido de una trabajadora durante el embarazo, o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario competente. Esto significa que para que el despido sea eficaz, el patrono debe obtener la previa autorización del funcionario del trabajo, para entonces poder entregar la correspondiente carta de terminación del contrato. Y en caso de que no lo haga, no sólo debe pagar la correspondiente indemnización, sino que, además, el despido es ineficaz. (Corte Constitucional, Sentencia C-470/97, 1997)

Al hacer esta interpretación constitucional, misma que genera una mayor protección, se ha producido una diferencia hermenéutica y de interpretación con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que algunos autores han llamado un choque de trenes (Goyes, 2011). Esto se debe a que para este órgano el embarazo no es una enfermedad, por lo cual no puede darse la protección jurídica que prevé el ordenamiento para las personas que son despedidas por motivo de su enfermedad, sino la prevista para despido por motivo de embarazo, el cual equivale simplemente a una indemnización. Por lo tanto, para la Corte Suprema la única consecuencia jurídica posible en un despido de una mujer embarazada, por ese mismo motivo, es la respectiva indemnización y no la nulidad de ese despido como sí lo considera la Corte Constitucional.

Basta con interponer una acción de tutela para poder acceder al reintegro, siendo los requisitos establecidos por la Corte los siguientes: en primer lugar, que el despido haya sido ocasionado por motivo de embarazo o lactancia; en segundo lugar, que exista conocimiento del empleador de la condición de la trabajadora; en tercer lugar, que el despido se haya dado sin la respectiva autorización del inspector del trabajo; por último, que exista una vulneración al mínimo vital como consecuencia de tal situación.

La protección que ha hecho la Corte Constitucional del derecho a la estabilidad laboral, reforzada por motivo de embarazo o lactancia, no ha sido estática, sino que con el estudio de nuevos casos ha evolucionado. El estudio de esta evolución lo hemos analizado a fondo en otro texto (Gómez Restrepo et al., 2020), por lo que se invita al lector interesado a revisarlo. Sin embargo, podemos decir que este derecho a la maternidad es actualmente considerado por la Corte Constitucional como un auténtico derecho fundamental autónomo (Sentencia T-1084/02), irrenunciable (Sentencia T-1084/02), de aplicación inmediata (Sentencia T-102/16) y protegible mediante la acción de tutela (Sentencia T-102/16). Por lo tanto, no se considera como un derecho programático del cual se necesite regulación legal.

Conclusiones

En Colombia, uno de los mecanismos de protección a la primera infancia, la protección a las trabajadoras en estado de embarazo o lactancia, tiene fuertes raíces en la Constitución, el derecho internacional y la legislación interna. En materia de derecho internacional, Colombia ha ratificado el Convenio 003 de la OIT y la CEDAW. Ambos consagran la licencia de maternidad y la prohibición de discriminación y despido de la mujer embarazada. Hoy en día, debido a la Constitución de 1991 y a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, estos tratados también hacen parte del bloque de constitucionalidad.

La protección a la trabajadora en estado de embarazo o lactancia en el ordenamiento se puede entender en tres fases: surgimiento, consolidación y constitucionalización. Cada fase ha tenido su correspondiente momento histórico. Esta protección se ha caracterizado por la implantación de una gran cantidad de normas jurídicas, que en lo formal se obedecían, pero que en la prác-

tica generaban un total incumplimiento. A esta práctica se le conoce coloquialmente como "se obedece, pero no se cumple".

He aquí dos ejemplos de esta práctica. El primero es la Ley 129 de 1931, con la cual se transcribieron los primeros dieciséis convenios de la OIT al ordenamiento colombiano. Específicamente, el Convenio 003 nunca se reglamentó ni se cumplió y a los pocos años fue derogado tácitamente por una norma menos protectora (Ley 53 de 1938b). A pesar de eso, el Estado colombiano sigue manteniendo el discurso de que cumple cabalmente con el Convenio 003 de la OIT. Un segundo ejemplo tiene que ver con las salas de lactancia, implementadas ochenta años más tarde (Ley 1823 de 2017), cuando algo similar ya se encontraba vigente en el decreto 1632 de 1938.

La prohibición de despido de la mujer embarazada o en lactancia la podemos encontrar por primera vez en 1950 con el Código Sustantivo de Trabajo, pero la única consecuencia jurídica de este despido es una indemnización, por lo que se asemeja a las normas anteriores de 1931 y 1938, solo que estas eran incluso más garantistas (noventa días de indemnización vs. setenta del CST). De esta manera, nos encontramos frente a una norma regresiva.

La interpretación que hace la jurisdicción ordinaria laboral de estas normas no cumple con lo pactado por Colombia en sus convenios internacionales, ni tampoco brinda una verdadera protección a la mujer embarazada o en estado de lactancia, ya que no se da una real prohibición al despido o a la discriminación por razón de gravidez o lactancia.

Desde la Constitución de 1991, nuevas leyes han aumentado progresivamente la licencia de maternidad y han implementado la licencia de paternidad. Además, la Corte Constitucional, creación de la Constitución del 91, se ha tomado en serio su labor, como pocos organismos colombianos lo han hecho en la historia, a través de la protección de los derechos de los ciudadanos.

Uno de los grupos que ha protegido la Corte ha sido el de la primera infancia y lo ha hecho con la defensa de las madres en estado de embarazo y lactancia. Este grupo ha sido catalogado como de especial protección constitucional, que además son el objeto de un derecho creado jurisprudencialmente por la Corte Constitucional: el derecho fundamental a la maternidad.

Este derecho tiene varias aristas, y una de ellas es el derecho a la estabilidad reforzada por razón de maternidad o lactancia o fuero de maternidad. Este fue un instrumento creado por la Corte para que se cumplieran los derechos fundamentales de las mujeres a la igualdad y no discriminación.

Aunque este instrumento creado por la Corte Constitucional ha funcionado en los últimos años, no ha logrado que la Corte Suprema de Justicia cambie su jurisprudencia, ni ha conseguido un cambio en la legislación que haga ineficaz el despido de la trabajadora por motivo de embarazo o lactancia, por lo que se necesita, primero, un cambio legislativo que proteja verdaderamente los derechos de las mujeres y, segundo y más importante, un cambio en la mentalidad de los empleadores, que entiendan que no está bien discriminar por cuestiones de género y que específicamente no despidan a sus trabajadoras simplemente por el hecho de que estas queden en embarazo o estén en estado de lactancia.

Referencias

Arango, L. (1991). *Mujer, religión e industria. Fabricato 1923 – 1982*. Editorial Universidad de Antioquia.

Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 21 de julio). *Constitución política de Colombia.* Gaceta Constitucional 116. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Congreso de la República de Colombia. (1931, 23 de noviembre). Ley 129. *Por la cual se aprueban varias convenciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo.* DO. 21865. https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_0129_1931.htm

Congreso de la República de Colombia. (1938a, 30 de noviembre). Ley 197. *Por la cual se reforman las Leyes 178 y 162 de 1936.* DO. 23938. http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1654907#ver_1654911

Congreso de la República de Colombia. (1938b, 22 de abril). Ley 53. *Por la cual se protege la maternidad.* DO. 23764. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=86150

Congreso de la República de Colombia. (2002, 23 de julio). Ley 755 de 2002. *Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María.* DO. No. 44878. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5520

Congreso de la República de Colombia. (2006, 8 de noviembre). Ley 1098 de 2006. *Por la cual se expide el Código de la Infancia y Adolescencia.* DO. 46446.

Congreso de la República de Colombia. (2016, 2 de agosto). Ley 1804. *Por la cual se establece la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre y se dictan otras disposiciones.* DO. 49953. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1804_2016.htm

Congreso de la República de Colombia. (2017, 4 de enero). Ley 1823. *Por medio de la cual se adopta la estrategia salas amigas de la familia lactante del entorno laboral en entidades públicas territoriales y empresas privadas y se dictan otras disposiciones.* DO. 50106. http://es.presidencia.gov.co/normativa/ normativa/LEY %201823 %20DEL %204 %20DE %20ENERO %20DE %202017.pdf

Corte Constitucional. (1997, 25 de septiembre). Sentencia C-470/97 (Alejandro Martínez Caballero, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/C-470-97.htm

Corte Constitucional. (1998, 22 de julio). Sentencia T-373/98 (Eduardo Cifuentes Muñoz, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-373-98.htm

Gómez Restrepo, M., Arboleda, A., y Bízkova, T. (2020). ¿Un precedente regresivo?: Análisis crítico de la SU-075/2018. En J. Sepúlveda (comp.), *Derecho, sociedad y justicia para el desarrollo* (pp. 84–99). Sello Editorial Coruniamericana.

Goyes, I. (2011). *Mujer y maternidad en Colombia. Evolución legislativa y jurisprudencial con perspectiva de género* [Tesis de doctorado, Universidad de Nariño, San Juan de Pasto, Colombia]. http://alejandria.ufps.edu.co/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=18087

Jaramillo, J. (2015, 16 de febrero). Se obedece, pero no se cumple. *La Patria. http://www.lapatria.com/columnas/28/se-obedece-pero-no-se-cumple*

López Medina, D. (2002). *El derecho de los jueces.* Legis-Uniandes.

Moreno, S. (2015). *La construcción jurisprudencial de los derechos fundamentales de los trabajadores en Colombia* [Tesis doctoral, Universidad de Salamanca]. https://gredos.usal.es/handle/10366/133202

Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Naciones Unidas. http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1919). Convenio sobre la protección de la maternidad [C003]. Organización Internacional del Trabajo. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C003

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1921). Recomendación sobre la protección de la maternidad (maternidad) [R012]. Organización Internacional del Trabajo. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312350

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (1952). Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado). [C103]. Organización Internacional del Trabajo. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C103

Organización Internacional del Trabajo [OIT]. (2000). Convenio sobre la protección de la maternidad (C183). Organización Internacional del Trabajo. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183

Pinilla, E. (2002). ¿Es viable el estado social de derecho en la sociedad colombiana? *Pensamiento Jurídico*, *15*, 237-263.

Presidencia de la República de Colombia. (1938, 10 de septiembre). Decreto 1632 de 1938. *Por el cual se reglamenta la Ley 53 de 1938, que protege la maternidad.* DO. 23884. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/decreto_1632_1938.htm

Reyes, C. (1995). Cambios en la vida femenina durante la primera mitad del siglo xx. *Credencial Historia.* https://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-68/cambios-en-la-vida-femenina-durante-la-primera-mitad-del-siglo-xx

El consentimiento informado: derecho fundamental de niños y niñas en la filiación asistida

Sonia Fátima Atehortúa Rengifo[29]

[29] Licenciada en Historia y Filosofía, abogada y especialista en Derecho de Familia de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Especialista en Educación con Énfasis en Evaluación de la Universidad Santo Tomás de Medellín y magíster en Educación de la Universidad de Medellín. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-8612-9590. Contacto: asesora.th@usbmed.edu.co

A todos aquellos que siguen pensando que es más importante parecer que ser y se obstinan en centrar su atención en el ropaje externo, restando importancia a los principios éticos y morales que deben acompañar la vida del hombre y la mujer, y siguen produciendo obras vacías intelectualmente, verbalmente sofisticadas, pero moralmente peligrosas.

El primer afecto del niño es amarse a sí mismo; y el segundo, que del primero se deriva, amar a los que lo rodean, porque en el estado de flaqueza en que se halla, sólo conoce a las personas por la asistencia y las atenciones que recibe.

Jean Jacques Rousseau

Presentación

Con el presente capítulo se busca señalar la imprescindibilidad del consentimiento informado, libre y cualificado, por parte de las personas que recurren y participan en el uso de técnicas de reproducción humana asistida, para la protección de la personalidad jurídica de los niños y niñas nacidos con estos métodos, puesto que con el consentimiento se establece el tipo de filiación y los derechos y obligaciones derivados de ella. Con el fin de señalar la relación entre técnicas de reproducción humana asistida, consentimiento y filiación, se hace una aproximación a las características de la filiación asistida, del consentimiento informado y los planteamientos de la jurisprudencia colombiana respecto a la reproducción asistida, en el marco de la protección jurídica de los niños y niñas. En suma, la filiación asistida garantiza la personalidad jurídica y el estado civil del niño o niña nacido con mediación de estas técnicas, con lo cual sus derechos son salvaguardados. Este capítulo se realizó bajo un método

de investigación teórico documental con enfoque cualitativo, donde se devela la obtención de la información, el análisis y la interpretación y, como estrategia cualitativa, se combinaron diversas fuentes (primarias y secundarias).

Introducción

La medicina de la reproducción humana engloba las técnicas de tratamiento de la esterilidad o infertilidad de alguno o de ambos miembros de la pareja. Apoyada en los avances de la biología y la genética, la reproducción asistida o fecundación artificial es una técnica que implica la manipulación de los gametos, es decir, de las células sexuales femeninas —óvulos— y masculinas —espermatozoides— (Sociedad Española, 2012). La reproducción humana asistida constituye un asunto de suma importancia para el derecho de familia: se establecen relaciones de orden familiar, se crean derechos y obligaciones de padres a hijos y de hijos a padres y se otorga el reconocimiento de la personalidad jurídica a los niños y niñas nacidos bajo esta técnica de reproducción humana. Se estima que aumentarán los casos de personas con problemas de fertilidad, debido a factores de distinta naturaleza (Sociedad Española, 2012). Por lo tanto, se prevé que también muchas más personas recurrirán a las técnicas de reproducción asistida, así que el número de niñas y niños nacidos con estas técnicas también crecerá. Incluso, en países como Colombia, en donde los nacimientos con técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) no son tan comunes en comparación con otros países con avances médicos relevantes y aplicación más extendida, tales como España o Dinamarca, es factible pensar que habrá más nacimientos de este tipo, a pesar de las desigualdades que se avistan en el acceso a este tipo de servicios[30].

Los avances médicos en relación con la utilización de TRHA no son correspondidos con un desarrollo jurídico a la par; en esta discusión de gran alcance intervienen miradas desde la moral y la ética que de alguna manera hacen que

[30] En la Sentencia SU074/20, emitida por la Sala Plena de la Corte Constitucional, se afirma que las personas con problemas de fertilidad podrán acudir a la acción de tutela para exigir que sus empresas prestadoras de salud brinden tratamientos de fertilidad y reproducción asistida, aun si este tipo de tratamientos no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud, de acuerdo con la Ley 1953 de 2019. El trasfondo de este fallo es que, si bien los tratamientos para superar la infertilidad son costosos, su acceso no debe limitarse a aquellas personas que sí puedan pagarlos, sino que se configuran en derechos exigibles para todas y todos.

cualquier decisión por tomar implique un detenimiento especial. Colombia es un país con vacíos jurídicos y con fallos judiciales insuficientes sobre este tema, por lo cual ha tenido que remitirse a legislaciones como la española y argentina, para encontrar en el derecho comparado una valiosa herramienta para dirimir las controversias puntuales que han surgido. Junto con este soporte, en Colombia se ha venido produciendo jurisprudencia que absuelve situaciones jurídicas sobre consentimiento informado cualificado como requisito obligatorio en la utilización de cualquier técnica de reproducción humana asistida.

El consentimiento informado cualificado en la filiación asistida configura un derecho fundamental de los niños y niñas que nacen producto de la voluntad; tiene carácter obligatorio respecto de quienes lo emitieron y proscribe cualquier tipo de impugnación respecto a la paternidad o maternidad. La decisión anticipada libre y voluntaria de quienes quieren ser padres y madres legitima al Estado para la protección de la personalidad jurídica de niños y niñas.

En 1991, la Asamblea Nacional Constituyente Colombiana abrió la posibilidad de conformar familia a partir del uso de técnicas de reproducción humana asistida. El artículo 42 de la Constitución Política señala que:

> La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. [...] Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. [...] Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable. (1991)

Lo anterior admite que los hijos existentes dentro del matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados de manera asistida, deben recibir el mismo trato jurídico, sin importar el origen diverso que pueda tener la familia. Conceptos como familia, filiación, matrimonio, unión marital de hecho son nociones que establecen significaciones culturales, a la vez que se transforman a lo largo del tiempo. Todas ellas son reguladas por el derecho para proteger los intereses de las personas que están vinculadas afectiva y/o biológicamente.

En el derecho de familia se establece que la filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo con su madre o con su padre y que consiste en la relación de parentesco establecida por la ley entre un ascendiente y su descendiente de primer grado (Guardiola, 2015). Asimismo, dicho nexo da lugar a un estado civil indivisible, indisponible e imprescriptible. La conexión, en principio, puede ser natural o adoptiva. Sin embargo, gracias a los avances y descubrimientos científicos actuales en los campos de la biomédica y la biotecnología, las formas de reproducción de la especie humana se han modificado al punto de ser posible acceder a la fecundación *in vitro*, inseminación artificial, transferencia de embriones y demás. Por lo tanto, el paradigma en materia de filiación también ha cambiado, lo que ha determinado nuevos lineamientos jurisprudenciales.

De este modo, los avances científicos convocan al derecho a establecer y mantener nexos con otras ciencias. Específicamente, la medicina de la fertilidad imbuye al derecho a repensar sobre la protección de derechos sexuales y reproductivos, de acuerdo con las transformaciones no solo en el campo de la biotecnología sino además sobre aspectos esenciales del campo jurídico. Conforme a lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2012), en el sentido de que de los derechos a la vida privada, a la autonomía reproductiva, a fundar una familia y a beneficiarse del progreso científico, se deriva el de acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva. Así, el consentimiento informado debe garantizar una decisión voluntaria y suficientemente informada, la cual protege el derecho del paciente a participar en las decisiones médicas, y a su vez impone obligaciones en los prestadores del servicio de salud.

La reproducción asistida constituye una opción y un derecho para quienes pretenden ser progenitores, pero biológicamente no lo consiguen. Dentro de este proceso de ser padres a través de cualquier técnica de reproducción humana asistida, el consentimiento informado cualificado es el elemento central y fundante de este tercer tipo de filiación; es la voluntad procreacional, que a efectos de exteriorizarse debe quedar debidamente plasmada en el consentimiento previo, libre e informado que es revocable hasta antes de la implantación del embrión. El concepto de filiación nacido de las TRHA ha ganado nuevas proximidades y se ha comenzado a hablar de parentalidad voluntaria. Acá el vínculo materno-paterno filial queda determinado sobre la base de este

consentimiento y no de la presunción contenida en el segundo artículo de la Ley 1060 de 2006. De esta forma, la filiación que nace entre los progenitores con su hijo nacido a través de las TRHA garantiza el estado civil y la protección de la personalidad jurídica de los niños y niñas.

Se presume que aquellos hijos que nacen de la utilización de métodos de reproducción humana asistida tienen por padres a los cónyuges o compañeros permanentes que han dado su autorización expresa para que su cónyuge o compañera se embarace mediante algún tipo de técnica de inseminación artificial. La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho al respecto que:

> El consentimiento de su marido, manifestación que, por una parte, es el fundamento de una relación de filiación entre el hijo así concebido y el esposo de quien es su madre —lo que en el derecho nacional reforzaría la presunción establecida en el artículo 213 del Código Civil, modificado por el artículo 1° de la Ley 1060 de 2006, y podría ser extendido al compañero permanente en los casos de unión marital de hecho—, y, por otra, impide que aquél posteriormente pueda entablar acción de impugnación de la paternidad así determinada, pues se considera que quien así actúa contradice los parámetros de la buena fe objetiva al comportarse en forma incoherente con sus precedentes determinaciones, restricción con la cual, además, se protegen de mejor manera los intereses del menor y de la familia. (SC-6359/17, 2017)

Por lo tanto, se puede argumentar que aquellos cónyuges o compañeros permanentes que no hayan dado su consentimiento para que su pareja se embarace mediante cualquier método de inseminación artificial pueden ejercer la acción de impugnación de dicha paternidad. Para esto bastará demostrar que hubo ausencia total de consentimiento o que se encontraba viciado. Específicamente, en los casos de filiación asistida, la impugnación del hijo o hija nacida deberá basarse en demostrar la falta de consentimiento del padre para que la pareja hubiera utilizado una de las técnicas de la reproducción humana artificial. Dicho de otro modo, la filiación asistida puede ser impugnada cuando falta el consentimiento informado o este no se ha otorgado de manera expresa y escrita. La pretensión sería desvirtuar que el consentimiento tuvo un vicio y, por tanto, quien pasa por padre de ese hijo no lo es. Sería absurdo preten-

der demostrar la ausencia de un vínculo consanguíneo cuando el hijo o hija producto de una inseminación asistida no es un descendiente biológico.

La intención de este escrito al preguntar qué se entiende por filiación asistida, qué se entiende por consentimiento informado cualificado en la filiación asistida y por qué el consentimiento informado constituye un derecho fundamental de los niños y las niñas nacidos de la procreación humana asistida, es mostrar nuestro compromiso incondicional con la protección de los derechos de los niños y las niñas que nacen producto del consentimiento informado en la filiación asistida.

El consentimiento informado en esta nueva forma de filiación es determinante para establecer la responsabilidad en la procreación humana asistida, porque: primero, hoy en día es cada vez más usual que las parejas opten por tener hijos mediante métodos científicos de reproducción humana asistida; segundo, los padres pueden o no aportar material genético, pero desean asumir la responsabilidad en la procreación y en la misma progenitura, es decir, ejercer la función de padres con todas las obligaciones y derechos que ella implica; tercero, el consentimiento informado no es más que la expresión libre de dar el aval para que el cónyuge o compañera permanente se someta a procedimientos tendientes a obtener científicamente un embarazo exitoso. Visibilizar esta discusión desde el ámbito del derecho inscribe la producción académica y jurídica en sendas esperanzadoras que buscan salvaguardar los derechos de los niños y niñas que, en ocasiones, suelen vulnerarse por la omisión y negligencia de los adultos.

Filiación asistida

El concepto de filiación puede entenderse, de acuerdo con Escudero (2020), desde dos puntos de vista. En un sentido amplio hace referencia tanto a la relación que tiene el apoyo biológico tradicional, en la que el hijo o hija es fruto de la unión sexual de la pareja, como aquellos eventos donde el derecho configura el emplazamiento paterno-maternofilial, por ejemplo, cuando se recurre a técnicas de procreación humana asistida. En un sentido restringido, la filiación queda limitada a la relación de un hijo con sus progenitores inmediatos, siempre y cuando exista coincidencia entre vínculo jurídico y relación biológica (Escudero, 2020).

El reconocimiento jurídico de la filiación en Colombia y la nominación de las formas de filiación han tenido cambios. En 1873, los hijos legítimos podían ser considerados hijos naturales o hijos de padres que se podían casar al momento de la concepción o hijos de dañado y punible ayuntamiento, que a su vez se consideraban de dos clases: adulterinos o incestuosos. Por otro lado, los hijos ilegítimos eran aquellos no reconocidos por sus padres. Con dicha clasificación de los hijos ilegítimos terminó el Congreso de Colombia en 1936. Con el Decreto 2820 de 1974 se modificó la denominación de hijos e hijas naturales por la de hijos e hijas extramatrimoniales, denominación que actualmente continúa vigente. Posteriormente, la Ley 29 de 1982 estableció la clasificación de los hijos en legítimos, extramatrimoniales y adoptivos, y otorgó igualdad de derechos a todos los hijos e hijas e hizo los ajustes correspondientes a los diversos órdenes hereditarios. Con la entrada en vigor de la Ley 1060 de 2006 se introdujeron cambios en materia de filiación matrimonial y a la proveniente de la unión marital de hecho. Así, la filiación produce efectos civiles cuando se determina legalmente, por lo que el tratamiento no puede ser igual a la filiación que tiene su origen en el matrimonio y a la originada en la unión marital, en tanto que se trata de fenómenos distintos y por tanto no se pueden equiparar totalmente.

En esta clasificación legal no se incluyó la filiación asistida y de hecho hasta el momento no hay regulación en el Código Civil sobre los hijos nacidos con TRHA, lo cual no quiere decir que su existencia jurídica sea negada, pues está reconocida en el artículo 42 de la Constitución Política, además de que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han proferido jurisprudencia al respecto, apoyadas en elementos del derecho comparado. En todo caso, los hijos y las hijas gozan de igualdad de derechos, trátese de cualquier tipo de filiación. Son también sus derechos como niños y niñas, entre los cuales también están:

> 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 [subrayado fuera de texto], el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. [...] Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. [...] Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás. (Constitución Política, 1991, art. 44)

La Corte Constitucional (2001) también se ha referido al respecto en la Sentencia T-641/01, al indicar que los niños y niñas tienen el derecho de gozar de una personalidad jurídica y un estado civil:

> Todo ser humano tiene derecho a todos los atributos propios de la personalidad jurídica. Para la Corte Constitucional es claro que la filiación es uno de los atributos de la personalidad jurídica, puesto que ella está indisolublemente ligada al estado civil de la persona. 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.

Igualmente, la Corte Constitucional se ha referido a la filiación en los siguientes términos:

> La filiación es el vínculo que une al hijo con su padre o madre, es el derecho que tiene todo individuo al reconocimiento de su personalidad jurídica y conlleva atributos inherentes a su condición humana como el estado civil, la relación de patria potestad, orden sucesoral, obligaciones alimentarias y nacionalidad, entre otros. Además, a través de la protección del derecho a la filiación se concreta el contenido de otras garantías superiores como tener una familia, el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana. (Sentencia T-207/17, 2017)

De lo anterior se colige que la filiación es el vínculo jurídico que une a un hijo o hija con su padre o con su madre, y tiene como asidero, en principio, un hecho natural: la procreación. Sin embargo, la filiación también puede tener otras fuentes jurídicamente, como la adopción o la reproducción asistida. La filiación, por constituir un vínculo jurídico entre un hijo con sus padres, establece a su vez el estado civil y el parentesco entre la madre o padre de la otra, derivado de la procreación (parentesco de consanguinidad), de la adopción (parentesco civil) o de las TRHA, reconocidas constitucionalmente por el legislador de 1991, como se anotó anteriormente.

En este sentido, la filiación asistida es aquella que se deriva de la concepción mediante la aplicación de TRHA: se afianza en la socioafectividad y es una de las formas en que las personas pueden lograr satisfacción, por cuenta de

la superación de trastornos de fertilidad que les afectaba emocionalmente. En este sentido, la filiación asistida debe reconocerse como principio derivado de la dignidad de la persona humana, de su libertad, autodeterminación, igualdad, intimidad, no discriminación y del pluralismo que inspira a la familia moderna.

Las TRHA implican la utilización de tecnología especializada que sustituye o complementa el contacto sexual para que ocurra la fertilización; hay una actuación directa sobre los gametos (ovocitos y/o espermatozoides), con el fin de favorecer la fecundación y la transferencia o depósito de embriones en la cavidad uterina. Existe en la actualidad una variedad de técnicas que permiten, dentro de los niveles de éxito y riesgos aceptables, ser padres y madres a quienes acuden a tratamientos para la infertilidad.

Según la Organización Mundial de la Salud, las técnicas de reproducción asistida incluyen la fecundación *in vitro*, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado (Glosario de terminología, 2010). Aunque la OMS afirma que las TRHA no incluyen inseminación asistida (inseminación artificial) usando espermatozoides ni de la pareja ni de un donante, otros autores sí la incluyen (Mendoza, citado por Bernal Crespo, 2013, p. 137), e incluso la misma Sociedad Española de Fertilidad (2012).

El consentimiento informado

Aunque en Colombia existen vacíos jurídicos sobre la aplicación de las TRHA, el bloque de constitucionalidad (Uprimny, como se mencionó en Giraldo, 2018), es decir, el conjunto de convenios y tratados de carácter internacional que el Estado colombiano ratifica y da cuenta de un marco jurisprudencial que de alguna manera orienta a los jueces y demás instancias decisorias en esta y otras materias de suma importancia para la vida de las personas. Además, la Corte Constitucional, a través de un número significativo de sentencias, se ha pronunciado sobre el consentimiento informado en el marco de la reproducción asistida en casos determinados. Este conjunto de fallos son precedentes importantes para ir unificando criterios en torno a la jurisprudencia sobre el asunto.

Dicho de otro modo, las sentencias, junto con el derecho comparado y el bloque de constitucionalidad, se constituyen como precedentes que pueden ser guía para casos análogos y similares, mientras las omisiones legislativas se subsanan.

El consentimiento informado en el proceso de reproducción asistida debe ser expresado libre y voluntariamente por todos los involucrados en la superación de los problemas de fertilidad, al igual que ocurre en los casos donde hay intervención médica. La Corte Constitucional ha manifestado que el consentimiento debe ser

> (i) libre, es decir, debe ser voluntario y sin que medie ninguna interferencia indebida o coacción; (ii) informado, en el sentido de que la información provista debe ser suficiente, esto es oportuna, completa, accesible, fidedigna y oficiosa- y en algunos casos; (iii) cualificado, criterio bajo el cual el grado de información que debe suministrarse al paciente para tomar su decisión se encuentra directamente relacionado con la complejidad del procedimiento. Así, en los casos de mayor complejidad también pueden exigirse formalidades adicionales para que dicho consentimiento sea válido, como que se dé por escrito para los eventos en los que la intervención o el tratamiento son altamente invasivos. (Sentencia C-246/17, 2017)

En el marco de aplicación de TRHA, el hecho de que el consentimiento deba ser cualificado es sumamente importante, porque es un procedimiento que no solo afecta directamente al cuerpo de la persona intervenida y su pareja, en caso de que la haya, sino a los posibles hijos e hijas producto de este tipo de filiación. Por lo tanto, es necesario que se manifieste por escrito y que sea persistente, de acuerdo con la misma sentencia anteriormente citada, de manera que el consentimiento debe ser expresado por todos los involucrados en el proceso de reproducción humana asistida.

Cuando se insemina en el cuerpo de la mujer material genético del marido o cuando hay fecundación *in vitro* del óvulo de la mujer y el semen de su marido, se habla de inseminación homóloga, es decir, que al igual que en una concepción biológica participa el material genético de la pareja, solo que en este caso la fertilización sucedería de otro modo gracias a las TRHA. En este

caso, tanto el padre como la madre deben manifestar su consentimiento. El tipo de filiación que se deriva depende del tipo de unión de la pareja:

> Si el nacimiento se realiza dentro del matrimonio, el hijo fruto del procedimiento de la inseminación artificial homóloga se verá cobijado por la presunción de paternidad y será reputado como hijo legítimo. [...] Serán también hijos legítimos los concebidos fuera del matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres. [...] Si la inseminación artificial homóloga se realiza con anterioridad al matrimonio de la mujer y del donante del semen, pero el nacimiento se produce después de la celebración del matrimonio, el hijo será legitimado ipso jure. [...] Si el procedimiento de la inseminación artificial homóloga se lleva a cabo antes del matrimonio y el nacimiento se produce con anterioridad a la celebración de éste, [...] el hijo ya no tendrá la calidad de legítimo y según las normas legales será considerado como extramatrimonial. (Awad Cucalón y De Narváez Cano, 2001, pp. 117–118)

Por su parte, cuando en el proceso participa un tercero, es decir, un donante de gametos femeninos o masculinos o se acude a la maternidad sustituta o subrogada, se habla de inseminación heteróloga, pues interviene material genético y biológico de un tercero. Entre este tercero que dona su producto seminal y el nacido o nacida con TRHA no habría filiación de ningún tipo, en el caso de que esta donación haya sido anónima, pues renunciaría expresamente a cualquier vínculo; el cónyuge o compañero permanente asumiría la paternidad de ese niño o niña, como si se tratase de una adopción, en el sentido de que la filiación descansa en la voluntad de querer ser padre asociada a un conjunto de responsabilidades irrenunciables e inherentes a la paternidad. Esta situación genera debates: si se les exige a los donantes su identificación, probablemente se reduzca el número de donaciones y, como se ha señalado y de acuerdo con el desarrollo de los comportamientos, los problemas de fertilidad tienden a aumentar o buscan ser superados efectivamente. En las situaciones de maternidad sustituta o subrogada sucedería de la misma forma: la mujer aceptaría la inexistencia futura de algún vínculo con el ser que ayudó a concebir y nacer. Así, la configuración de filiación en el caso de la madre se basaría en un hecho biológico y genético.

El consentimiento libre y voluntario, manifestado a la institución que realizará la intervención en la que empleará TRHA, permite establecer la filiación padre-hijo y madre-hijo:

> En la actualidad, el consentimiento cuenta con un impulso gracias al principio de la responsabilidad en la procreación, el cual cada vez tiende a ser más relevante con la evolución y avances de la reproducción asistida. De acuerdo con lo anterior, el consentimiento, el deseo y la voluntad de las personas que se someten a ese tipo de tratamientos, juegan un papel preponderante al momento de determinar la filiación de la persona concebida bajo el uso de alguna de las TRHA. La Corte Constitucional en la sentencia T-207 de 2017 indicó que en el ordenamiento jurídico colombiano hay una: Especial supremacía al derecho sustancial, para así proteger los derechos que se encuentran implícitos en la filiación de todos los interesados. (Giraldo, 2018, p. 50)

De esta forma, el consentimiento informado establece un conjunto de responsabilidades para los intervinientes, que asegura la protección de los derechos de los nacidos y nacidas con TRHA en la medida en que establece el tipo de filiación y sus consecuencias jurídicas. En el caso del uso de técnicas homólogas parece ser que no hay mayor conflicto en el establecimiento del tipo de filiación, porque cuenta con el material genético de padre y madre. Sin embargo, hay que considerar que, si la concepción y nacimiento se produce antes del matrimonio, la filiación del nacido es extramatrimonial, aunque luego pasaría a ser legitimado si se lleva a cabo el matrimonio. En caso de que la concepción ocurra por fuera del matrimonio, pero el nacimiento se produzca dentro de él, el hijo se considerará también legitimado y todo hijo legitimado es un hijo matrimonial. Ahora bien, en el entendido de que no se lleve a cabo el matrimonio entre los progenitores que hacen uso de las técnicas homólogas, la filiación del hijo es de carácter extramatrimonial. Como corolario de lo anterior, hay que resaltar que tanto unos como otros tienen los mismos derechos, gracias a la evolución legal del derecho de familia que pregona la igualdad ante la ley de todos los hijos e hijas. Aunque puede suceder que se presenten casos en los cuales se impugne la paternidad por vicios en el consentimiento, este pudo no ser libre e informado.

La situación puede complejizarse cuando interviene un donante. En este caso es sumamente importante el consentimiento que "declara que los esposos o concubinos [sic] que, para procrear, recurran a una asistencia médica que implique la participación de un tercero donante, deberán hacerlo bajo condiciones que garanticen la confidencialidad, dar su consentimiento ante juez o ante notario, quién a su vez les informará de los efectos de su acto con respecto a la filiación" (Giraldo, 2018, p. 27). En otros países que han creado jurisprudencia al respecto hay un debate en torno a las consecuencias de la confidencialidad del donante en el desarrollo mental del nacido o nacida con TRHA, por cuenta de que no tendría posibilidad de conocer su origen biológico. En la Convención sobre los Derechos del Niño se establece que sus derechos priman sobre los demás y dentro de estos está conocer su origen biológico. Además, según Bernal Crespo,

> se debate si el donante de gametos puede válidamente renunciar a la paternidad o maternidad, y por la otra, si con la aceptación de la donación y la fecundación con el gameto o gametos donados se genera el vínculo jurídico paterno-materno filial de un hijo que no lo es biológicamente. (2013, p. 138)

Si bien hay países que han construido un marco jurídico sólido sobre las TRHA, hay discusiones vigentes que se tienen que resolver de acuerdo con las características políticas, históricas y culturales de cada país.

En el caso de la maternidad sustituta o subrogada, dado que en Colombia no está expresamente regulada ni prohibida (Beetar Bechara, 2019), es necesario que el consentimiento dado por la mujer gestante exprese que conoce los riesgos de la intervención médica, así como que cumpla una serie de requisitos, tales como un rango de edad que permita el desarrollo adecuado del embarazo, un examen psicológico, entre otros, de acuerdo con las exigencias que hacen otros países que sí tienen un marco jurídico más sólido sobre este respecto. La madre que gesta el hijo o hija de una pareja o de una persona, ya sea de una manera total o plena o de un manera gestacional o parcial, cede todos los derechos sobre el nacido o nacida a estas personas (Beetar Bechara, 2019), es decir, renuncia a la filiación materna. Y, quizás, es aquí donde radica uno de los principales cuestionamientos a las maternidades subrogadas, pues se pretende que la relación física y biológica entre la madre subrogada y el nacido

quede totalmente anulada; la situación en la que la filiación descansa en una verdad biológica vira completamente para basarse en un acuerdo volitivo. Se sabe de situaciones en las que una vez la criatura ha nacido, la mujer que firmó un contrato se niega a entregar al que considera su hijo o hija[31]. Quizás los asuntos de la psiquis y del cuerpo no se resuelven tan fácilmente como algunos pretenden. El caso es que la filiación asistida en los casos de maternidad subrogada también se basa en un consentimiento entre las partes.

Por otra parte, hay que considerar ciertas situaciones en las que se podría aplicar TRHA y que constituirían una controversia jurídica en cuanto a la filiación y las obligaciones vinculadas a ella. La primera es la inseminación *post mortem*, que es cuando una mujer concibe un hijo a partir del material seminal del cónyuge muerto. Si bien la Corte Constitucional dictó sentencia sobre un caso emblemático de inseminación *post mortem*[32], en el cual reconoce la filiación de los hijos nacidos después de la muerte del padre, aún quedan preguntas sobre si es necesario el consentimiento libre y expreso del cónyuge antes de su fallecimiento. Igualmente, surgen interrogaciones cuando una mujer soltera concibe hijos con TRHA con un donante anónimo, pues se discutiría el derecho del niño o niña a conocer su origen biológico. Sobre este asunto, Turner-Saelzer et al. (2000) señalan que:

> Aplicado el derecho a nacer y a crecer en una familia en el ámbito de las TRHA, se puede concluir de igual manera que existen situaciones en que éste se vería afectado. Ello ocurre especialmente en la fecundación artificial *post mortem* y en la inseminación heteróloga de mujeres solas. En estos casos, aún antes de comenzar la vida del hijo, éste estará condicionado a nacer y a vivir con uno solo de los padres. (p. 20)

[31] Bernal Crespo (2013) trae a colación el caso de una mujer que concibió hijos gemelos de un hombre colombiano a través de un contrato de maternidad sustituta. Después del parto, la mujer se rehusó a entregar a sus hijos al padre por considerar que era violatorio del derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali apoyó el pedido de la madre, sustentándose en el bloque de constitucionalidad que exhorta a no separar a los niños de corta edad de su madre.

[32] Sentencia del Tribunal Superior del Distrito de Judicial de Bogotá-Sala de Familia (Agosto 2, 1994, como se mencionó en Bernal Crespo, 2013).

Ahora bien, este tipo de cuestionamiento ignora las nuevas reconfiguraciones de la familia en las sociedades modernas, es decir, junto con la adopción y procreación por parte de parejas del mismo sexo, estas nuevas formas de habitar y de dar cobijo, cariño y alimento a otros seres son una realidad y el derecho debería legislar sobre los asuntos de facto y no guiado por principios y valores morales que no se corresponden con la realidad. Actualmente en Colombia muchas familias están constituidas por abuelas, madres e hijas e hijos, lo que indica que el padre o cónyuge no ha estado presente por más dictámenes que den las leyes y la moral (Velásquez, 2018). De hecho, la definición de familia en Colombia ha superado los marcos que la ceñían a criterios biológicos. Así lo demuestran varias sentencias de la Corte Constitucional, como la Sentencia T-292/16, la Sentencia SU214/16 y la Sentencia T-281/18.

En este conjunto de circunstancias, se reitera que el consentimiento informado es una garantía que permite al niño o niña gozar de la personalidad jurídica al pertenecer a una familia y, consecuentemente con ello, a reclamar de sus progenitores el cumplimiento de las obligaciones propias que le otorga la filiación producto de las TRHA. Por lo tanto, "deja sin efectos toda acción de contestación o reclamación de la filiación, al menos de que se pruebe que el hijo no es producto de la procreación medicamente asistida o que el consentimiento ya no tenga efecto" (Giraldo, 2018, p. 27). Según Giraldo, el consentimiento no tendrá efectos cuando haya disolución de la unión marital, incluyendo divorcio, separación de cuerpos y la muerte de alguno de los cónyuges. En este último punto se debe agregar que hay excepción cuando el padre manifiesta expresamente que incluso después de su muerte reconocerá su paternidad, esto es, los deberes relacionados con los derechos sucesorales y de pertenencia a una familia que le permite el reconocimiento de su personalidad jurídica. En conclusión, la filiación asistida genera derechos y obligaciones en cualquier tipo situación.

El consentimiento informado y el derecho fundamental de la personalidad jurídica para los niños y niñas nacidos de la filiación asistida

El consentimiento informado constituye una herramienta central para salvaguardar el derecho a la personalidad jurídica de los niños y niñas nacidos por TRHA, específicamente en los casos de fecundación heteróloga, porque la filiación no se basa en vínculos consanguíneos, sino en la manifestación expresa de la voluntad de querer ser padre o madre de un hijo procreado con asistencia técnica. En caso de impugnación de paternidad o maternidad, no se podría acudir a pruebas genéticas, sino a vicios en el consentimiento, por ejemplo, apelar al hecho de que no fue libre ni informado ni cualificado. Este consentimiento, a diferencia de otros consentimientos de intervenciones médicas, no puede ser simplemente revocado una vez se ha utilizado cualquier TRHA, porque esa voluntad expresa de establecer la filiación se debe mantener para la protección de los derechos de los niños y niñas nacidos, al igual que ocurre con la filiación a partir de procesos de adopción.

Con el consentimiento informado de las personas involucradas en la procreación a través de THRA se puede establecer la filiación de estos niños y niñas, que es junto con la posesión de un nombre, nacionalidad, pertenencia a una familia y demás derechos derivados del otorgamiento del estado civil, atributos de la personalidad jurídica.

> Este tribunal ha señalado de manera reiterada que el derecho a la personalidad jurídica no solo comprende la posibilidad que tienen los individuos de ingresar al tráfico jurídico, sino que también incluye todas las características individuales asociadas a su condición de persona. En tal virtud, especialmente en el caso de los menores de edad, el registro civil se convierte en el instrumento necesario para concretar dicho derecho y el Estado debe remover todos los obstáculos, materiales y formales, para garantizar su protección y eficacia. [...] Si no se protege dicha relación, que solo se da en el marco de la familia, la persona queda expuesta a una situación gravosa que atenta contra sus derechos fundamentales. (Corte Constitucional, Sentencia SU-696/15, 2015)

De esta manera, el registro civil se configura en una suerte de garante de la protección de los derechos de los niños y niñas nacidos con TRHA, es decir, que junto con el consentimiento de la voluntad de ser padres y madres y la renuncia a la maternidad o paternidad por parte del donante, es necesario que una vez nacido o nacida se realice el registro civil en la institución encargada, la Registraduría Nacional del Estado Civil, para otorgar el estado civil respecto a la familia que emitió el consentimiento.

Es importante tener en cuenta el interés superior de los derechos de niños y niñas nacidos con TRHA, porque las discusiones en torno a sus implicaciones suelen centrarse en el interés de las personas adultas afectadas.

> Frecuentemente se analiza la problemática de las TRA sólo o, en gran medida, desde el punto de vista de la pareja, hombre o mujer (unidos o no por matrimonio), que se someten a ellas para tener un hijo, o desde la perspectiva del tercero. Muchas veces se posterga la protección del hijo privilegiando los intereses de los padres y de los terceros, olvidándose de que es justamente el hijo el que mayor amparo requiere por su incapacidad de defender sus derechos por sí mismo. (Turner-Saelzer et al., 2000, p. 14)

Visto así, los derechos de los adultos no obnubilan los derechos de los niños y niñas, pues toman en consideración sus intereses. En estas circunstancias, el deseo de ser madres y padres no debe superponerse al derecho de los niños y niñas; debe haber una correspondencia que correlacione horizontalmente el uno con el otro.

Conclusiones

En el ordenamiento jurídico colombiano hay vacíos respecto a las TRHA, pues no hay una norma unificada a la cual recurrir para dirimir potenciales conflictos en materia de filiación asistida. Así, en la medida en que surgen controversias de casos particulares relacionados con este asunto, los jueces presentan sus conceptos a través de sentencias. La jurisprudencia en Colombia encuentra en la producción normativa de otros países un apoyo importante. Sin embargo, no quiere decir que los órganos del Estado colombiano estén atados para pronunciarse sobre asuntos de esta naturaleza. La situación normativa actual permite que los derechos de los niños y niñas nacidos con TRHA se salvaguarden. La personalidad jurídica derivada de la filiación asistida, reconocida en el artículo 42 de la Constitución Política, es la herramienta que permite su protección al conceder el estado civil de estos niños y niñas, que fruto del consentimiento cualificado gozan de los derechos y garantías del mismo modo que los hijos e hijas nacidos de manera biológica.

La filiación asistida conlleva a asumir obligaciones y responsabilidades que derivan del consentimiento informado, al otorgar vida a los hijos que nacen producto de estas técnicas. De ahí que sea clave, en la superación de la infertilidad mediante estas técnicas, la manifestación libre y voluntaria del consentimiento en participar, bien sea como futuro padre y/o madre, como donante de gametos o como madre sustituta. Una vez nacido el niño o la niña se debe proceder al registro civil en la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que su derecho a la personalidad jurídica y lo que de ella se deriva tenga efecto.

Hay situaciones en las que puede haber impugnación de paternidad o de maternidad, cuando hay reproducción asistida homóloga, porque hubo vicios en el consentimiento. A diferencia de la filiación biológica, que no puede impugnarse por incompatibilidad en la consanguineidad entre padre e hijo o madre e hijo. En la filiación asistida, la impugnación tendría como sustento vicios en el consentimiento: información parcializada, coacción, suplantaciones, en fin, un conjunto de acciones que desvirtuarían el sentido del consentimiento libre, informado y cualificado. En cualquier caso, mientras ocurren este tipo de situaciones, los derechos de los niños y niñas nacidas con TRHA serán protegidos por el Estado, pues su derecho a tener una familia y no ser separados de ella prevalece. En el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño se lee

claramente la obligación de proteger jurídicamente y de otras maneras a los niños y niñas antes y después de su nacimiento (Organización de las Naciones Unidas, 2006, p. 8). Colombia es uno de los Estados firmantes, por lo tanto, debe hacer las acciones que sean necesarias para garantizar la protección de los derechos de los niños y niñas del país.

Al reconocer que existe filiación, es decir, que hay una vinculación querida y deseada entre un padre o madre y un hijo o hija, aunque no haya una relación biológica, hay una apertura hacia nuevas formas de entender la procreación humana y las relaciones socioafectivas, que conlleva a una aceptación social que pasa por lo jurídico. Las sociedades se transforman vertiginosamente de la mano del desarrollo técnico y tecnológico en distintas áreas. Sin duda, estos desarrollos expresan las potentes capacidades y habilidades de los seres humanos para transformar la vida en todos los ámbitos. Sin embargo, entre tanta velocidad es necesario detenerse y pensar en las consecuencias de los actos. La técnica y la tecnología deben comprenderse también dentro del marco de significaciones sociales que atraviesa las subjetividades individuales y colectivas. Esto significa, entre otras cosas, que los avances producto de la aplicación racional y objetiva de la ciencia se imbrican con aspectos opacos de la existencia humana que no se pueden resolver con fórmulas o dictamines. Dicho de otra manera, en este asunto de la TRHA, al igual que en otros, es necesario mantener y hacer público el debate bioético, pues puede pasar que dichos avances deslumbren de tal manera que impidan ver los puntos ciegos. En cualquier caso, en las consideraciones éticas, técnicas y jurídicas es ineludible la búsqueda del bienestar de todas y todos, teniendo en cuenta el interés superior de los niños y niñas.

Referencias

Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 21 de julio). *Constitución política de Colombia.* Gaceta Constitucional 116. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Awad Cucalón, M. I., y De Narváez Cano, M. (2001). *Aspectos jurídicos en las técnicas de reproducción asistida humana en Colombia* [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana]. https://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis02.pdf

Beetar Bechara, B. (2019). La maternidad subrogada en Colombia: hacia un marco jurídico integral e incluyente. *Revista Estudios Sociojurídicos*, *21*(2), 135-165.

Bernal Crespo, J. S. (2013). Reproducción asistida y filiación. Tres casos. *Opinión jurídica Universidad de Medellín*, (24), 135-150.

Congreso de la República de Colombia. (1936, 30 de marzo). Ley 45. *Sobre reformas civiles (filiación natural).* DO. 23147. https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/IGUB/ley-45-de-1936.pdf

Congreso de la República de Colombia. (1982, 9 de marzo). Ley 29. *Por la cual se otorga la igualdad de derechos gerenciales a los hijos legítimos, extramatrimoniales y adoptivos y se hacen los correspondientes ajustes a los diversos órdenes hereditarios.* DO. 35961. https://normograma.info/men/docs/pdf/ley_0029_1982.pdf

Congreso de la República de Colombia. (2006, 26 de julio). Ley 1060. *Por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad.* DO. 46341. https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/ley_1060_de_2006.pdf

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (2001, 15 de junio). Sentencia T-641/01. (Jaime Córdoba Triviño, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-641-01.htm

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (2017, 4 de abril). Sentencia T-207/17. (Antonio José Lizarazo Ocampo, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-207-17.htm

Corte Constitucional, Sala Plena. (2015, 12 de noviembre). Sentencia U-696/15. (Gloria Stella Ortiz Delgado, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/SU696-15.htm

Corte Constitucional, Sala Plena. (2017, 26 de abril). Sentencia C-246/17. (Gloria Stella Ortiz Delgado, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/c-246-17.htm

Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2012, 18 de noviembre). Sentencia Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica. (Eduardo Vio Gross, J.). Corte Interamericana de Derechos Humanos. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. (2017, 10 de mayo). Sentencia SC-6359/17. (Ariel Salazar Ramírez, M. P.). https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/csj_scc_sc6359-2017_[2009-00585-01]_2017.htm

Escudero, M. C. (2020). *Procedimiento de familia y del Menor*. Leyer.

Giraldo, L. (2018). *Análisis de la filiación por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida entre parejas con vínculo matrimonial o en unión marital de hecho en Colombia* [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana]. https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/38046/TESIS%20FINAL%20-%20LINA%20GIRALDO.pdf?sequence=2

Guardiola, V. J. (2015). *Teoría y práctica de derecho de familia*. Doctrina y Ley.

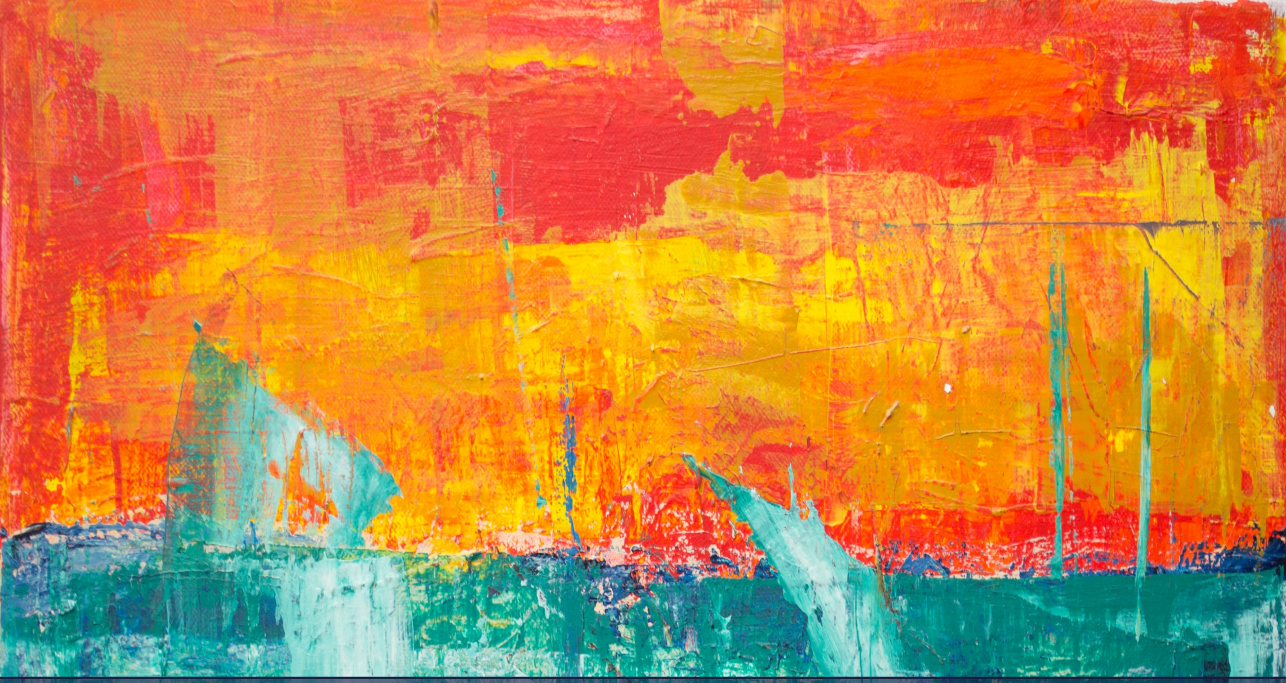
Organización de las Naciones Unidas. (2006). *Convención sobre los Derechos de los Niños*. UNICEF. https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf

Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2010). *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA)*. Organización Mundial de la Salud. https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf

Sociedad Española de Fertilidad. (2012). *Saber más sobre Fertilidad y Reproducción Asistida.* Sociedad Española de Fertilidad. https://www.sefertilidad.net/docs/pacientes/spr_sef_fertilidad.pdf

Turner-Saelzer, S., Molina Pezoa, M., y Momberg Uribe, R. (2000). Técnicas de reproducción humana asistida. Una perspectiva desde los intereses del hijo. *Revista de Derecho*, *11*(1), 13-26.

Velázquez, S. (2018). Ser mujer jefa de hogar en Colombia. *Revista de la Información Básica.* https://sitios.dane.gov.co/revista_ib/html_r8/articulo4.html



Niños, niñas y adolescentes con discapacidad: su protección en el ordenamiento jurídico colombiano

Juan Guillermo Agón López[33]

[33] Abogado de la Universidad de Medellín, magíster en Derecho Sanitario y Bioética de la Universidad de Granada y doctor en Derecho Privado de la Universidad de Salamanca. Profesor titular de la Universidad de San Buenaventura, Medellín. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2335-4739. Contacto: dirección.derecho@usbmed.edu.co

Introducción

Los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) son personas titulares de los derechos establecidos por normas jurídicas nacionales e internacionales. Además de tener derechos inherentes e inalienables por su condición humana, también tienen unos derechos específicos por su especial condición de ser sujetos en proceso de formación, lo que implica una protección prioritaria. Aunque, en principio, aparecen con claridad tales derechos en normas superiores, subsisten escollos en la legislación para su efectiva protección. Esto se hace mucho más patente en relación con los NNA. El Estado colombiano ha incorporado a su ordenamiento jurídico la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD), que supuso un cambio trascendental en el concepto de discapacidad, pues se parte desde una perspectiva de derechos humanos que debe influir decisivamente en las políticas, actores y estrategias respecto a la discapacidad.

Antes de la CIDPD, Colombia ya contaba con un sólido marco jurídico para la protección de los NNA. Esto se observa en los instrumentos internacionales, pero también a partir del establecimiento de un Estado social de derecho y en ciertas normas específicas de la Constitución Política de 1991 encaminadas a tal fin. Estas normas existentes y la convención han generado la promulgación de ciertas leyes en este sentido, pues, en palabras de la Corte Constitucional, este colectivo está conformado por sujetos de especial protección constitucional por ser niños, niñas y adolescentes, y su condición de discapacidad.

Ahora bien, a pesar de existir unas normas claras que buscan garantizar los derechos y la integración de estas personas, la situación actual denota que existe mucho trabajo pendiente. Empezando por los sistemas de información y

pasando por el andamiaje institucional, los actores involucrados, así como los recursos y políticas públicas necesarias para proteger a estas personas.

Este capítulo resultado de investigación es de tipo teórico, básico, en el que se hace un estudio jurídico descriptivo de la protección que da el ordenamiento jurídico colombiano a los NNA. Su carácter cualitativo utiliza la hermenéutica jurídica para estudiar las fuentes del derecho, a partir de técnicas de revisión bibliográfica, selección, análisis y sistematización de la información, para construir un texto que dé respuesta a la pregunta: ¿cuál es la protección que da el ordenamiento jurídico colombiano a los NNA? Este capítulo es producto del proyecto de investigación titulado "La protección jurídica de los niños, niñas y adolescentes en Colombia", financiado a partir de la convocatoria interna para la financiación de proyectos de investigación de la Universidad de San Buenaventura, seccional Medellín.

Concepto y modelos teóricos de discapacidad

Para abordar con mayor solvencia el propósito de este capítulo, es necesario acercarse al concepto de discapacidad y a los modelos teóricos que han tratado de explicarlo.

Cuando se habla de modelos teóricos de discapacidad, se hace referencia a las teorías que sirven como instrumentos para estudiar y examinar desde una perspectiva diferente el mundo de la persona con discapacidad. Hasta hace poco, a mediados del siglo XX, la discapacidad tenía una perspectiva individualista y se entendía como una tragedia personal o una deficiencia individual, en la que la persona debía adaptarse a su entorno o aceptar la medicalización. Esos modelos teóricos individualistas eran, principalmente, el tradicional, moral o religioso y el médico, rehabilitador o individual. Posteriormente, a partir de los esfuerzos de los movimientos a favor de los derechos de estas personas, surgieron diversos modelos como el social británico y el modelo minoritario norteamericano, que buscan enfocar la discapacidad en relación con la sociedad (Pérez y Chhabra, 2019).

El modelo tradicional está basado en creencias religiosas y la discapacidad se ve como un defecto moral o un pecado. Estas personas se perciben como un peso para los demás, sumado a que ven como un inconveniente el crecimiento de

niños y niñas con discapacidad, pues su vida no merecía ser vivida. Es por eso que en la antigüedad eran comunes las prácticas eugenésicas (Hernández, 2015).

Bajo el modelo tradicional, el padecer enfermedades se explicaba por fuerzas espirituales y la discapacidad era el castigo por un pecado. Estas personas se percibían como inferiores biológica y psicológicamente y, por ende, sujetos de caridad y cura (Pérez y Chhabra, 2019).

Según el modelo médico, rehabilitador o individual, la persona tiene un cuerpo defectuoso, que se desvía objetivamente de la norma que se presume universalmente válida (Ferreira, 2010). Por lo anterior es que en este modelo es fundamental el diagnóstico clínico y la categorización, donde tiene entonces gran preponderancia la opinión de médicos, enfermeras, educadores y otros profesionales que puedan curar el defecto o la enfermedad (Pérez y Chhabra, 2019).

Aunque este modelo ha traído beneficios porque los tratamientos han mejorado su calidad de vida, no se puede dejar de lado que esta perspectiva circunscribe el problema a una tragedia personal y la sociedad se sustrae de su responsabilidad, dejándosela a las instituciones médicas (Pérez y Chhabra, 2019). Este modelo ha sido criticado porque puede llevar a la estigmatización, pues se centra en el impedimento de la persona (Padilla-Muñoz, 2010).

Hacia los años setenta del siglo veinte, en Europa, EE. UU. y Canadá, las personas se empezaron a organizar para luchar por sus derechos y contra la exclusión laboral. En este contexto surgió el modelo social británico, que se caracteriza porque distingue entre impedimento y discapacidad. El impedimento es individual; la discapacidad, pública y estructural. Así, la discapacidad es una construcción social no ligada al individuo sino al entorno, por eso lo que se reclama es un cambio social (Pérez y Chhabra, 2019).

El modelo social implica que los inconvenientes que tienen las personas con discapacidad provienen de las actitudes sociales y no de sus limitaciones. Muchos factores son exógenos a las propias limitaciones de una persona con discapacidad y son realmente los que determinan hasta qué punto puede el individuo funcionar en una sociedad. El modelo social se diferencia del modelo tradicional o médico ya mencionado, en el sentido de que señala que las personas con discapacidad no pueden funcionar socialmente, pues su situación médica ha afectado sus principales actividades vitales (Stein, 2007). Aunque

este modelo ha inspirado las normas jurídicas nacionales e internacionales, ha sido criticado por derivarse de la teoría formal de la igualdad, ya que como se invocan las nociones de justicia correctiva, debería superar creencias infundadas, pero fuertemente arraigadas, y no centrarse solo en la protección de los derechos de primera generación, sino también en los derechos económicos, sociales y culturales (Stein, 2007).

El modelo minoritario norteamericano surge inspirado en el activismo de otros movimientos de derechos humanos durante los sesenta y setenta, y se basa en que las personas con discapacidad son las conocedoras de sus circunstancias y son las que deben tener la iniciativa para buscar mejoras. Este modelo buscaba la desmedicalización y desinstitucionalización, además de la independencia, oponiéndose a la potestad profesional, así como a la burocracia y escasez de los servicios sociales (Palacios y Romañach, 2006).

Los modelos social y minoritario han inspirado la elaboración de la Clasificación internacional de Deficiencia, Discapacidad y Minusvalía (CIF) divulgada en 1980 por la Organización Mundial de la Salud, y que han sido incluidos en la CIDPD, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2006.

El modelo biopsicosocial o CIF se fundamentó en las definiciones dadas por la Clasificación internacional de Deficiencia, Discapacidad y Minusvalía y fue criticado por basarse en el modelo médico y centrarse en el concepto de enfermedad. Posteriormente, en 2001, se creó la Clasificación internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, que buscó tener en cuenta no solo el modelo médico sino también el social. La CIF ha servido para que las personas involucradas, los investigadores y los políticos puedan entender el concepto de discapacidad. Además, el marco teórico del modelo CIF ha sido adoptado por la CIDPD (Pérez y Chhabra, 2019).

El modelo escandinavo o relacional afirma que los profesionales y servicios sociales tienen un efecto positivo en las personas, es decir, que es un modelo más flexible (Pérez y Chhabra, 2019). En este modelo es fundamental la relación del sujeto con el medio donde realiza sus actividades y parte de que la discapacidad es contextual y relativa (Goodley, 2017).

Con la adopción de la CIDPD emergió el modelo de los derechos humanos, que se basa en que la discapacidad no puede utilizarse para apoyar la

restricción de los derechos humanos de las personas con discapacidad. En este sentido, este modelo se sostiene en la dignidad humana inherente a todos los individuos, pues se considera que cada uno tiene un valor inestimable. Las personas deben valorarse no solo porque son útiles económicamente, pues cada uno tiene una dignidad humana que debe ser lo central, para luego detenerse, si es necesario, en las condiciones médicas de la persona (Degener, 2016).

El modelo cultural no asume la discapacidad como una tragedia personal ni como un efecto de la discriminación, sino que cuestiona el concepto de normalidad. Desde esta perspectiva, no existe diferencia entre discapacidad e impedimento, ya que la biología y la cultura se retroalimentan, lo que conlleva a ver al cuerpo como una entidad sociocultural y no como un error biológico (Pérez y Chhabra, 2019).

El modelo de diversidad funcional se inspira en los movimientos de vida independiente y en el modelo minoritario norteamericano visto anteriormente. Este modelo asume que la cuestión no es la falta de capacidades, sino la falta de reconocimiento de modos distintos de desenvolvimiento. Hemos aprendido a convivir con diferentes diversidades, como de etnia, cultura, orientaciones sexuales, pero no se ha querido integrar tal diversidad para verla como otra manifestación de la existencia humana (Ferreira, 2016). Así, este modelo busca que se sustituya el eje teórico de la capacidad por el de la dignidad, concepto que se relaciona con igualdad de todas las personas y la igualdad de derechos de los seres humanos (Pérez y Chhabra, 2019).

Los derechos humanos de las personas con discapacidad

La Asamblea General de la ONU acogió la CIDPD el 13 de diciembre de 2006, lo que supuso un hito en el reconocimiento de los derechos de las personas de este colectivo. Así mismo, se aprobó un Protocolo Facultativo, que admite que se puedan presentar reclamaciones para lograr la efectividad de los derechos consagrados en la norma.

La CIDPD supone un cambio de paradigma respecto al modelo que se tenía desde los años ochenta del siglo veinte. Este giro supone considerar a la discapacidad como un asunto de derechos humanos, lo que implica que las po-

líticas públicas y la respuesta a los problemas de las personas con discapacidad deben asumirse desde la perspectiva de la protección a los derechos humanos (Palacios y Bariffi, 2007).

Este cambio de paradigma resulta fundamental desde la perspectiva jurídica, pues los países que incorporaron la convención a su ordenamiento jurídico deben ir adaptando su legislación y políticas. Además, esto ha generado que los organismos promotores de derechos humanos se interesen por la discapacidad y han servido de enlace para acercar el derecho internacional de los derechos humanos y los debates internos en torno a la legislación sobre discapacidad. Así mismo, las organizaciones no gubernamentales relacionadas con la discapacidad se han venido considerando como ONGs de derechos humanos, lo que trae como consecuencia que la discapacidad adquiera prioridad en la agenda de los derechos humanos (Palacios y Bariffi, 2007).

Los antecedentes de este cambio de paradigma de la discapacidad a partir de los derechos humanos se originan en el seno de la ONU, a través de ciertos instrumentos como los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales (1991) y para el Mejoramiento de la Salud Mental y las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (1993).

Además de estos instrumentos específicos, no cabe ninguna duda que los tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas también otorgan protección jurídica aplicable a este grupo. Es importante mencionar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984), la Convención sobre los Derechos del Niño (1989), la Convención sobre la Eliminacion de Todas las Formas de Discriminacion contra la Mujer (1982) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (1963).

Respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se puede anotar que estos derechos se dividen en cuatro grupos: el primero, referente a los derechos concernientes a la existencia humana y la integridad de la persona (derecho a la vida, a no sufrir tratos y penas crueles, inhumanos y degradan-

tes, entre otros). Relacionado con la discapacidad, pueden ser aplicables a ciertas prácticas en la atención a las personas con discapacidades intelectuales (Palacios y Bariffi, 2007).

El segundo grupo son los derechos ligados con la libertad, que, respecto a la discapacidad, tienen relevancia con el internamiento de personas afectadas con enfermedades psíquicas o la libertad de circulación que se ve perjudicada por los límites a la accesibilidad de los entornos.

El tercer grupo tiene que ver con la libertad de formar una familia, derecho que en muchas oportunidades es vulnerado a las personas con discapacidad. El cuarto grupo se relaciona con los derechos políticos, que se ven afectados para estas personas por las barreras para acceder al debate político (Quinn et al., 2014)[34].

En relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), se pueden dividir los derechos protegidos en cuatro grupos: 1) el derecho general a la no discriminación y a la igualdad entre hombres y mujeres; 2) derechos que permiten la participación (educación y salud); 3) derechos relacionados con la participación en el trabajo (condiciones de trabajo justas y derecho a sindicalizarse); 4) otros derechos (salud, seguridad social, protección de la familia, las madres y los niños, entre otros) (Palacios y Bariffi, 2007).

La supervisión de la aplicación de este pacto la realiza el Comité del PIDESC y resulta relevante la Observación General Nro. 5, aprobada en 1994, que señala que los Estados deben proteger a este colectivo para que sus derechos no sean vulnerados por terceros. Se solicita a los Estados a establecer disposiciones para reducir las desventajas estructurales y promover la igualdad. Así, el comité señaló que la discapacidad se incluye en la categoría mencionada "cualquier otra condición social", contenida en el párrafo 2 del artículo 2 del pacto, que a tenor establece que los Estados parte se comprometen a

[34] Es importante mencionar que existe un Comité de Derechos Humanos que vigila la aplicación del pacto. Este comité estudia los informes que presentan los Estados, así como las denuncias individuales o de Estados y, a partir de esto, emite observaciones que, aunque no son vinculantes, sirven para interpretar el pacto. Los ciudadanos de los Estados parte que hayan ratificado el Primer Protocolo Facultativo pueden presentar denuncias individuales. En este sentido, es relevante el caso Hamilton vs. Jamaica, en el que el Comité de Derechos Humanos se refirió a la protección a la dignidad de las personas con discapacidad que han sido detenidas.

garantizar "el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (Comité del PIDESC, 1994, p. 12).

En la construcción de la CIDPD participaron diversas personas y entidades y fue un proceso en el que tuvieron gran importancia las organizaciones de las personas con discapacidad. Esta convención surgió debido a la preocupación frente a la invisibilidad de este colectivo en el sistema de protección de derechos humanos y con el propósito de establecer un instrumento jurídico vinculante para reivindicar los derechos de estas personas (Palacios y Bariffi, 2007).

La misma convención establece, en su artículo 1, que su objeto es "promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente" (Naciones Unidas, 2018, p. 13).

En este sentido, uno de los objetivos más importantes de la convención es adecuar los tratados de derechos humanos a la perspectiva de la discapacidad, instaurando mecanismos para garantizar que se puedan ejercer los derechos sin discriminación y con igualdad de oportunidades. Así, el tratado adopta una fórmula mixta o integral: establece una protección contra la discriminación e incorpora herramientas para hacer efectivos tales derechos (Palacios y Bariffi, 2007). Resulta muy importante el preámbulo, en el que se afirma que la discapacidad:

> Es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. (Naciones Unidas, 2018, p. 10)

Asimismo, señala que las personas con discapacidad "incluye a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás" (Naciones Unidas, 2018, p. 13).

Lo anterior indica que se asume el modelo social ya mencionado, pues la discapacidad resulta de la interacción de las personas y las barreras sociales. Además, la definición no es cerrada y no descarta otros contextos o sujetos que tengan protección según la legislación de cada Estado.

Como se puede ver, en la convención resulta nuclear el concepto de discriminación por motivos de discapacidad, que es definida de esta manera:

> Se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. (Naciones Unidas, 2018, pp. 13–14)

En aras de la protección contra la discriminación, la convención consagra en su artículo 5 que los Estados parte reconocen que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a la misma protección y beneficios sin ninguna otra consideración. Así mismo, que debe prohibirse toda discriminación por motivos de discapacidad y se debe afianzar la protección efectiva contra posibles discriminaciones. Para lograr esto, los Estados parte deben adoptar todas las medidas para realizar ajustes razonables, sin que los mecanismos específicos tendientes a la igualdad de hecho se consideren como discriminación. La convención entiende como ajustes razonables

> las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. (Naciones Unidas, 2018, p. 14)

La convención, según su artículo 3, contiene unos principios consistentes en:

> a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

> b) La no discriminación;
>
> c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;
>
> d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;
>
> e) La igualdad de oportunidades;
>
> f) La accesibilidad;
>
> g) La igualdad entre el hombre y la mujer;
>
> h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad. (Naciones Unidas, 2018, pp. 14–15)

La dignidad humana implica que las personas son un fin en sí mismas y su valor no debiera estar marcado por la utilidad. En la práctica, la importancia de los sujetos se calcula por su valor de uso y en muchos países las que tienen discapacidad son tratadas como objetos y no como sujetos (Palacios y Bariffi, 2007).

La autonomía de las personas con discapacidad es vulnerada, pues les es negado su derecho a decidir en muchas circunstancias. Lo indicado sería que esas personas sean apoyadas para elegir y tener independencia, y no que se sustituya su autonomía (Palacios y Romañach, 2006).

Respecto a los NNA, la Convención consagra un artículo específico, el 7, según el cual los Estados "tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas" (Naciones Unidas, 2018, p. 18).

Asimismo, se afirma que en todas las actividades relacionadas con este colectivo será fundamental la protección del interés superior del niño y la garantía del derecho a expresar su opinión libremente respecto a situaciones que los afecten, opinión que se valorará teniendo en cuenta la edad y la madurez, y en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.

La protección constitucional de los NNA

Ya se ha afirmado anteriormente que la CDPCD es uno de los instrumentos internacionales fundamentales y uno de los logros más relevantes en la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Es importante resaltar que la convención supuso un cambio de perspectiva, pues se supera el modelo médico o un enfoque solo desde la salud hacia un enfoque de derechos, concibiendo a la persona como un sujeto multidimensional al que se le deben tutelar sus derechos humanos. En definitiva, la convención profundiza los derechos humanos reconocidos a todos, pero centrándose en las personas con discapacidad y estableciendo las obligaciones de todos frente a estas (Correa-Montoya, 2009).

La convención ha logrado que en Colombia se profundicen las reflexiones, estudios y, en definitiva, las normas jurídicas que buscan la salvaguarda de los derechos de este colectivo. Pero es importante resaltar que, aun antes de ratificarse la convención en Colombia, ya existía un marco jurídico constitucional dirigido a este fin. En consonancia con lo anterior, se encuentran ciertas decisiones de la Corte Constitucional, en las que señala que estas personas son minorías tradicionalmente discriminadas y el Estado "tiene la obligación de remover los obstáculos jurídicos que no les permiten acceder al goce efectivo de sus derechos en condiciones de igualdad" (Sentencia C-076/06, 2006a).

Esas obligaciones están claramente delimitadas en la Constitución y van dirigidas a eliminar las normas discriminatorias y a no hacer diferencias basadas en la discapacidad. Esta exigencia no se establece solo para el legislador, sino también para la administración pública, los jueces y los particulares en general[35].

El artículo 13 de la Constitución Política consagra el derecho a la igualdad y la exigencia de no discriminación y hace hincapié en que el Estado debe proteger a las 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".

En la misma línea, el artículo 47 afirma que "el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran".

[35] Véanse las sentencias C-410/01, C-128/02, C-156/04.

A su vez, el artículo 68 de la Constitución señala que "la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado".

También es relevante señalar que la Corte Constitucional ha reconocido que la condición de discapacidad coincide con otras condiciones de vulnerabilidad, lo que implica una doble protección reforzada, como ocurre con los NNA, y que hace necesario un enfoque diferencial[36].

La jurisprudencia constitucional ha hecho énfasis en la protección de la igualdad y la proscripción de la discriminación. En la Constitución Política la igualdad tiene tres dimensiones: como generalidad, es decir, la igualdad en derechos y deberes; como igualdad entre hombres y mujeres; y como diferenciación, esto es, como la adopción de ciertas medidas en favor de débiles o marginados (Corte Constitucional, Sentencia C-530/93, 1993). Respecto a las personas con discapacidad, la última dimensión es trascendental, pues implica acciones afirmativas por parte del Estado para lograr que puedan protegerse sus derechos humanos en condiciones de igualdad, lo que significa que la igualdad de oportunidades es un objetivo y un derecho fundamental que permite equiparar a las personas en inferioridad de condiciones para lograr garantizar el pleno goce de sus derechos (Correa-Montoya, 2009; Corte Constitucional, Sentencia T-288/95, 1995).

La Corte Constitucional también afirma que hay dos escenarios que pueden ser un acto discriminatorio contra las personas con discapacidad: uno, constituido por todo acto o conducta dirigida a anular o restringir sus derechos sin ninguna justificación; otro, que consiste en una omisión injustificada en el trato especial al que tienen derecho las personas con discapacidad, que genera "su exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad" (Corte Constitucional, Sentencia T-288/95, 1995).

Es importante tener en cuenta el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, pues la Corte Constitucional ha señalado que este se debe proteger desde varios enfoques, esto es, desde la garantía de la igualdad y la eliminación de la discriminación (Corte Constitucional, Sentencia C-076/06, 2006a), y estableciendo la estabilidad laboral reforzada, según la cual, en ciertos casos, no

[36] Situación que también se presenta con los negros, indígenas, mujeres, desplazados, entre otros (Correa-Montoya, 2009).

se puede eliminar el vínculo laboral sino media permiso especial de la oficina del trabajo o del juez (Corte Constitucional, Sentencia T-198/06, 2006b).

También resulta muy importante referirse al derecho a la salud, que se entiende como un servicio público y un derecho social de naturaleza prestacional y progresiva (Corte Constitucional, Sentencia T-102/98, 1998), aunque en principio no constituye un derecho fundamental. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional señala que el derecho a la salud puede convertirse en un derecho subjetivo y entenderse como un derecho fundamental frente a sujetos de especial protección constitucional, como los niños[37] y las personas con discapacidad[38].

En lo que tiene que ver con el derecho a la educación, existe en la Constitución Política un claro mandato para que sea protegido, mucho más cuando afecta a los NNA, según los artículos 44, 47, 67 y 68. El artículo 44 señala prevalencia de los derechos de los niños y niñas sobre los demás, el artículo 67 consagra la obligación del Estado de garantizar el acceso al servicio público de educación y el artículo 68 exige al Estado facilitar el derecho a la educación de las personas en situación de discapacidad. La Corte Constitucional ha afirmado que:

> La situación de indefensión propia de su edad y condición agrega la derivada de su defecto psíquico y, por consiguiente, plantea a la sociedad la máxima exigencia de protección. La Constitución impone, consciente de esta circunstancia, deberes concretos a los padres, docentes, miembros de la comunidad y autoridades públicas, que se enderezan a la ayuda y protección especial al menor disminuido físico o mental, de modo que se asegure su bienestar, rehabilitación y se estimule su incorporación a la vida social. (Sentencia T-289/94, 1994)

Aquí resulta fundamental referirse a la integración escolar, como una forma para que las personas con discapacidad puedan acceder físicamente a espacios para los que no tengan esa condición, aunque sea necesario realizar ajustes para eliminar barreras para el aprendizaje. El enfoque de la diversidad hace necesario entonces que las políticas públicas vayan encaminadas a lograr esa integración, para garantizar el acceso a la educación en igualdad de oportuni-

[37] Véanse las sentencias T-1331/0, C-671/01, T-593/03, T-956/04.
[38] Véanse las sentencias T-1038/01, T-766/04 y T-977/04.

dades (Gaona et al., 2017). También resulta relevante referirse al modelo de inclusión, que incluye ciertas estrategias, como aulas de apoyo especializadas, formación de los docentes para lograr la autonomía, fortalecimiento de las administraciones educativas en la calificación de su personal respecto a la inclusión, la utilización de currículo para promover el proceso de inclusión de los NNA. Esto último debe marcar el diseño de las políticas públicas en consonancia con la ley (Ávila Gil, 2017).

Todo lo anterior indica que, desde las normas constitucionales, los NNA tienen una protección reforzada. Las normas superiores consagran la obligación del Estado y de los particulares para ser garantes de los derechos de estas personas por presentar una doble circunstancia de vulnerabilidad.

Leyes y otras normas jurídicas para la protección de los NNA

Se ha podido observar con anterioridad que, constitucionalmente, existen unas normas jurídicas como los artículos 13, 44, 47, 54 y 68, que establecen un paradigma de igualdad, de inclusión social y que propenden por la garantía de los derechos de los NNA. Estas normas han sido desarrolladas por la jurisprudencia constitucional en su función de control de constitucionalidad y en casos concretos de violación de derechos fundamentales en los que se ha ejercido la acción de tutela.

Después de promulgada la Constitución en 1991, una de las primeras normas dictadas para la protección de estas personas fue la Ley 361 de 1997, mediante la cual se establecieron algunos mecanismos de integración social. Esta norma se inspira en ciertos instrumentos internacionales para alcanzar la integración plena y trae algunas disposiciones referidas a la prevención, la educación y la rehabilitación. También establece directrices acerca de la política pública para la integración laboral, así como otras en relación con el bienestar social, la accesibilidad, el transporte y las comunicaciones.

Resultó un gran avance la incorporación al ordenamiento jurídico colombiano de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, mediante la Ley 762 de 2002 y de la ya mencionada CIDPD por la Ley 1346 de 2009. Estos dos

instrumentos internacionales, además de otros ya mencionados sobre derechos humanos, constituyen un soporte jurídico sólido para la protección de los NNA.

En Colombia existen unos claros antecedentes que apuntan al garantismo en los derechos de la infancia y la adolescencia a partir de la Constitución (Alarcón-Palacio, 2014). La norma más clara al respecto es el artículo 44 de la carta política, que marcó el posterior desarrollo del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006 (en adelante CIA). La finalidad de este código es que los NNA crezcan en un entorno familiar y social que esté enmarcado en factores protectores. Se establece en ciertos principios como la protección integral, el interés superior, la prevalencia de derechos y la corresponsabilidad (del Pilar Cely, 2015).

La creación del Sistema Nacional de Discapacidad (SND), mediante la Ley 1145 de 2007, también configuró un importante desarrollo, pues este sistema busca garantizar que se articulen políticas y recursos para la atención de este colectivo. La información de este sistema ha resultado fundamental en la formación de ciertas políticas públicas, en su planeación y la generación de programas de atención (Alarcón-Palacio, 2014). Resulta relevante la aprobación de la Ley Estatutaria 1618 de 2013 que tiene por objeto:

> Garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables y eliminando toda forma de discriminación por razón de discapacidad, en concordancia con la Ley 1346 de 2009. (Congreso de la República de Colombia, 2013)

Es importante mencionar la Ley 1804 de 2016, *Por la cual se establece la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre*. Según el artículo primero, esta ley busca robustecer a las instituciones encargadas de la protección y garantía de los derechos de las mujeres gestantes y los niños y niñas de cero a seis años de edad. Resulta muy importante que esta ley señala en el artículo sexto que la focalización de la población debe ser atendida prioritariamente con capitales públicos y debe tener en cuenta, entre otros, los criterios de vulnerabilidad de los niños y niñas, así como a la población con discapacidad.

Situación actual de los NNA en Colombia

Según el censo de 2005, en Colombia el 6.4 % de la población tiene alguna discapacidad, esto es, que según la población de 2015 aproximadamente tres millones de colombianos tendrían alguna discapacidad. Sin embargo, ciertas organizaciones sociales y la Corte Constitucional, mediante los Autos 006 de 2009 y 173 de 2014, han señalado que esta cifra estaría debajo de la realidad. El número de personas con discapacidad, según el porcentaje dado por la OMS, sería del 15 % de la población general, es decir, que para 2016 serían 7.2 millones de personas en Colombia (Correa-Montoya, 2016).

Estas cifras contrastan con otras informaciones oficiales más actuales. Por ejemplo, según el Ministerio de Salud, para agosto de 2020 había 1.319.049 personas con discapacidad, esto es, el 2.6 % de la población total nacional (Ministerio de Salud de Colombia, 2020). Según el DANE, hay 3.134.037 personas "con dificultades para realizar actividades básicas diarias (7.1 % de la población del país), de quienes 1.784.372 (4.07 % de la población del país) reportaron tener dificultades en los niveles de severidad 1 o 2 según la escala del Washington Group" (DANE, 2020a).

Respecto a los NNA, según el censo de 2005, el 12.11 % de los colombianos tienen entre cero y cinco años de edad. El Estado aprecia que para 2015 la población entre cero y cinco años es de entre 5.1 y 5.8 millones de personas. Si se aplicara el porcentaje mencionado según ese censo, tendríamos que, para ese momento, en Colombia existían 326.000 personas entre cero y cinco años con discapacidad. Ahora bien, según cifras más recientes, el Ministerio de Salud de Colombia señala que "las personas con discapacidad registradas son en su mayoría adultos mayores 39 %. Los adultos representan el 37 %, mientras que los jóvenes y las niñas y niños el 15 % y el 8 % respectivamente" (2020, p. 5). Las enfermedades que se presentan con más frecuencia en los NNA son trastornos mentales y del comportamiento, enfermedades del sistema nervioso, enfermedades del sistema digestivo y malformaciones congénitas (Ministerio de Salud de Colombia, 2020).

Aunque hemos visto que ha habido grandes avances en el desarrollo de normas jurídicas para la atención de estas personas, subsisten graves escollos. Uno de ellos tiene que ver con la información oficial de las personas necesitadas de aten-

ción. Por ejemplo, el Registro para la Localización y Caracterización de las Personas con Discapacidad (RLCPD), coordinado por el Ministerio de Salud y Protección Social, tiene una cobertura nacional limitada, pues es un registro voluntario.

También es preocupante que de 1.487.354 hogares que tienen al menos una persona con discapacidad, el 38.3 % se encuentra en estrato uno (1) y el 34.7 % en estrato dos (2) (DANE, 2020a). Asimismo, es alarmante que el 76.8 % de las personas con discapacidad registradas en el RLCPD están afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud (Ministerio de Salud de Colombia, 2020). La vulnerabilidad de los NNA genera retos adicionales en la pandemia del COVID-19: el 14.1 % de las personas con discapacidad tiene acceso a fuentes de agua no convencionales; las actividades de cuidado de los NNA se pueden afectar por la distribución de las tareas del hogar, por la necesidad de cuidar a otros menores o de trabajar los padres o cuidadores; el 64.40 % de las personas con discapacidad no cuenta con servicio de internet en su casa (DANE, 2020b).

Las cifras oficiales de atención a las personas con discapacidad permiten concluir que hay pocos avances en los registros de este colectivo, pues nos indica que, aunque formalmente los NNA son una prioridad en las políticas públicas, esto no se ha visto reflejado en mejoras diferenciales, sumado a que la exclusión sigue presente, acentuada en las primeras edades (Correa-Montoya, 2016).

Conclusiones

Los NNA son titulares de derechos establecidos por los tratados internacionales y normas jurídicas nacionales. Estos sujetos también tienen unos derechos específicos por su especial condición de ser sujetos en proceso de formación, lo que implica una protección prioritaria. Su protección, por lo tanto, es reforzada en el ordenamiento jurídico colombiano por su doble condición de vulnerabilidad.

Al estudiar los modelos teóricos de discapacidad, hoy se entiende superado el modelo tradicional que se centraba en el aspecto médico de la discapacidad para dirigir el análisis en la discapacidad en relación con la sociedad y en un enfoque basado en los derechos. Este enfoque es recogido por la CIDPD, que se incorporó al ordenamiento jurídico colombiano. Tal instrumento ha influido en las normas, actores y diseño institucional para la tutela de las personas con discapacidad.

También existe un claro soporte jurídico constitucional en este sentido, y las obligaciones del Estado están claramente delimitadas en la Constitución y van dirigidas a eliminar las normas discriminatorias y a no hacer diferencias basadas en la discapacidad. Esta exigencia no se establece solo para el legislador, sino también para la administración pública, los jueces y los particulares en general.

Aunque existen unas normas jurídicas claras tendientes a la protección de los NNA, subsisten grandes escollos para su atención, que van desde los sistemas de información, las instituciones responsables, así como los recursos y la capacitación de los actores encargados de tal fin. Esto denota falta de rigor en el diseño de las políticas públicas, a pesar de las claras obligaciones jurídicas.

Referencias

Alarcón-Palacio, Y. (2014). Una mirada al enfoque de derechos en la protección de las personas con o en situación de discapacidad en Colombia. *Vniversitas*, *63*(128), 11-15.

Asamblea Nacional Constituyente. (1991, 21 de julio). *Constitución política de Colombia.* Gaceta Constitucional 116. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Ávila Gil, L. M. (2017). Aplicación de la política pública de discapacidad e inclusión en una institución educativa. *Criterio Jurídico Garantista*, *10*(17), 184-195.

Comité de PIDESC. (1994). Observación General No. 5, Personas con discapacidad, 11 período de sesiones, 1994, U.N. Doc. E/C.12/1994/13.

Congreso de la República de Colombia. (1997, 7 de febrero). Ley 361. *Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación <en situación de discapacidad> y se dictan otras disposiciones.* DO. 42978. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0361_1997.html

Congreso de la República de Colombia. (2002, 31 de julio). Ley 762. *Por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad", suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999).* DO. 44889. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0762_2002.html

Congreso de la República de Colombia. (2006, 8 de noviembre). Ley 1098. *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia.* DO. 46446. https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/codigoinfancialey1098.pdf

Congreso de la República de Colombia. (2007, 10 de julio). Ley 1145. *Por medio de la cual se organiza el Sistema Nacional de Discapacidad y se dictan*

otras disposiciones. DO. 46685. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1145_2007.html

Congreso de la República de Colombia. (2009, 31 de julio). Ley 1346. *Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad", adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.* DO. 47427. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1346_2009.html

Congreso de la República de Colombia. (2013, 27 de febrero). Ley Estatutaria1618. *Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.* DO. 48717. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1618_2013.html

Congreso de la República de Colombia. (2016, 2 de agosto). Ley 1804. *Por la cual se establece la política de Estado para el Desarrollo Integral de la Primera Infancia de Cero a Siempre y se dictan otras disposiciones.* DO. 49953. https://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_1804_2016.htm

Correa-Montoya, L. (2009). Panorama de la protección jurisprudencial a los derechos humanos de las personas con discapacidad en Colombia. *Vniversitas*, *58*(118), 115-139.

Correa-Montoya, L., y Castro-Martínez, M. (2016). *Discapacidad e inclusión social en Colombia. Informe alternativo de la Fundación Saldarriaga Concha al Comité de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.* Editorial Fundación Saldarriaga Concha.

Corte Constitucional. (1993, 11 de noviembre). Sentencia C-530/93. (Alejandro Martínez Caballero, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-289-94.htm

Corte Constitucional. (1994, 21 de julio). Sentencia T-289/94. (Hernando Herrera Vergara, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-156-04.htm

Corte Constitucional. (1995, 5 de julio). Sentencia T-288/95. (Eduardo Cifuentes Muñoz, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/T-288-95.htm

Corte Constitucional. (1998, 24 de marzo). Sentencia T-102/98. (Antonio Barrera Carbonell, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-102-98.htm

Corte Constitucional. (2000, 3 de octubre). Sentencia T-1331/00. (Alejandro Martínez Caballero, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/T-1331-00.htm

Corte Constitucional. (2001a, 25 de abril). Sentencia C-410/01. (Álvaro Tafur Galvis, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-410-01.htm

Corte Constitucional. (2001b, 28 de junio). Sentencia C-671/01. (Jaime Araújo Rentería, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-671-01.htm

Corte Constitucional. (2001c, 27 de septiembre). Sentencia T-1038/01. (Rodrigo Escobar Gil, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/T-1038-01.htm

Corte Constitucional. (2002, 26 de febrero). Sentencia C-128/02. (Eduardo Montealegre Lynett, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-128-02.htmCorte

Corte Constitucional. (2003, 17 de julio). Sentencia T-593/03. (Álvaro Tafur Galvis, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-593-03.htm

Corte Constitucional. (2004a, 24 de febrero). Sentencia C-156/04. (Manuel José Cepeda Espinosa, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-156-04.htm

Corte Constitucional. (2004b, 12 de agosto). Sentencia T-766/04. (Alfredo Beltrán Sierra, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-766-04.htm

Corte Constitucional. (2004c, 8 de octubre). Sentencia T-977/04. (Jaime Araújo Rentería, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/T-977-04.htm

Corte Constitucional. (2006a, 8 de febrero). Sentencia C-076/06. (Jaime Córdoba Triviño, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-076-06.htm

Corte Constitucional. (2006b, 16 de marzo). Sentencia T-198/06. (Marco Gerardo Monroy Cabra, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/t-198-06.htm

Corte Constitucional. (2009, 26 de enero). Auto 006/09. (Manuel José Cepeda Espinosa, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2009/a006-09.htm

Corte Constitucional. (2014, 6 de junio). Auto 173/14. (Luis Ernesto Vargas Silva, M. P.). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2014/A173-14.htm

Degener, T. (2016). Disability in a human rights context. *Laws*, *5*(3), 35.

Del Pilar Cely, D. (2015). Análisis de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos. *Salud & Sociedad*, *2*(1), 42-47.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. (2020a). Panorama general de la discapacidad en Colombia. DANE. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/discapacidad/Panorama-general-de-la-discapacidad-en-Colombia.pdf

Departamento Administrativo Nacional de Estadística [DANE]. (2020b). Personas con discapacidad, retos diferenciales en el marco del COVID-19. DANE. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/discapacidad/2020-Boletin-personas-con-discapacidad-marco-COVID-19.pdf

Ferreira, M. A. (2010). De la minus-valía a la diversidad funcional: un nuevo marco teórico-metodológico. *Política y sociedad*, *47*(1), 45-65.

Ferreira, M. A. (2016). Modernidad, individuo y diversidad funcional: una infundamentación ética. *Intersticios, Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, 3-13. http://www.intersticios.es

Gaona, F. Y. C., Pineda, I. P., y Garduño, M. D. L. V. (2017). La inclusión de niños con discapacidad intelectual y en situación de calle: Una mirada comparativa entre Chile, Colombia y México. *Revista Ensayos Pedagógicos*, *12*(2), 195-215.

Goodley, D. (2017). *Disability Studies: An Interdisciplinary Introduction*. Sage.

Hernández Ríos, M. I. (2015). El concepto de discapacidad: de la enfermedad al enfoque de derechos. *Revista CES Derecho*, *6*(2), 46-59. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2145-77192015000200004&lng=en&tlng=es

Ministerio de Salud de Colombia. (2020). Boletines Poblacionales: Personas con Discapacidad -PCD1 Oficina de Promoción Social I-2020. Ministerio de Salud de Colombia. https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/boletines-poblacionales-personas-discapacidadI-2020.pdf

Naciones Unidas. (2018). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CNDH. https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/Discapacidad-Protocolo-Facultativo%5B1%5D.pdf

Padilla-Muñoz, A. (2010). Discapacidad: contexto, concepto y modelos. *International Law: Revista colombiana de derecho internacional*, (16), 381-414.

Palacios, A., y Romañach, J. (2006). *El modelo de la diversidad: la bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional*. Diversitas.

Palacios Rizzo, A., y Bariffi, F. J. (2007). *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Cinca.

Pérez, M., y Chhabra, G. (2019). Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas. *Revista Española de Discapacidad*, *7*(1), 7-27. https://www.cedd.net/redis/index.php/redis/article/download/429/339/

Quinn, G., Degener, T., Bruce, A., Burke, C., Castellino, J., Kenna, P., Kikelly, U., y Quinlivan, S. (2014). *Derechos humanos y discapacidad: Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. ONU.

Stein, M. A. (2007). Disability human rights. *California Law Review*, *95*, 75-121.

Universidad de San Buenaventura
Coordinación Editorial Medellín
San Benito, Carrera 56C N° 51-110, Medellín, Antioquia
Tipografía: lmodern
Colombia
2022

EDITORIAL
BONAVENTURIANA

Colección Señales

Los niños, niñas y adolescentes (NNA), por su condición humana, cuentan con derechos inherentes e inalienables, pero también tienen derechos específicos por ser sujetos en formación. Estos derechos son reconocidos por normas jurídicas internacionales y tienen un claro desarrollo en la legislación colombiana.

Esta investigación busca reflexionar sobre la protección que se le debe dar a estos sujetos en Colombia, las vicisitudes en el cumplimiento efectivo de tal protección y las propuestas para mejorar su situación, a través de un diálogo entre diferentes ramas del derecho.

Este libro es producto del proyecto de investigación "La protección jurídica de los niños, niñas y adolescentes en Colombia", realizado en el marco de la convocatoria interna de la Universidad de San Buenaventura Medellín. Los autores componen el grupo de investigación "Derecho, Cultura y Ciudad" de la Facultad de derecho.

En la obra se encuentra un estudio descriptivo de la evolución y estado actual de la legislación sobre responsabilidad penal de los NNA en Colombia. También contiene un análisis de las consecuencias jurídicas de la trasgresión de las normas penales para los adolescentes. Así mismo, se aborda la protección del derecho al medio ambiente sano de los NNA en la ciudad y los retos para su implementación. Además, se presenta un estudio de cómo la COVID-19 afecta no solo la salud de los NNA, sino también su vida relacional, social y económica. Posteriormente se describe el panorama de la protección jurídica a la trabajadora en estado de embarazo o lactancia, como mecanismo de amparo a la primera infancia. Otra investigación señala la imprescindibilidad del consentimiento informado, libre y cualificado, por parte de las personas que usan técnicas de reproducción humana asistida. El libro concluye con un estudio sobre la protección que otorga el ordenamiento jurídico colombiano a los NNA en situación de discapacidad.

Universidad de San Buenaventura
Editorial Bonaventuriana
Universidad de San Buenaventura