

Aplicación del principio del interés superior del niño(a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella¹

Silvia Juliana Pradilla-Rivera*

Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., Colombia

Fecha de recepción: 19 de enero de 2011

Fecha de aceptación: 23 de marzo de 2011

RESUMEN

El presente artículo corresponde a la construcción de una línea jurisprudencial a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los cuales se interpuso acción de tutela por considerar que se vulneraba el derecho a tener una familia de los niños(as) accionantes. Es una particular situación fáctica en la mayoría de los pronunciamientos analizados que uno de los padres de los niños(as) a los cuales se les estaba vulnerando su derecho a la familia se encontraba privado de la libertad; a partir de ahí se analizan los criterios de aplicación del principio del interés superior del niño para proteger el derecho en mención.

Palabras clave: interés superior, familia, infancia, derecho fundamental.

Para citar este artículo: Pradilla-Rivera, Silvia Juliana, "Aplicación del principio del interés superior del niño(a) como mecanismo para proteger el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13,(1), pp. 329-348.



¹ Este artículo es un resultado parcial de la investigación denominada "Aplicación del principio del interés superior del niño. Análisis a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", realizada por la misma autora.

* Abogada, estudiante de Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: silviajulianapradilla@gmail.com

Application of the Principle of the Best Interest of the Child as a Means for Protecting the Right of Children to Have a Family and not Being Separated from it

ABSTRACT

This article develops a line of jurisprudence based on Constitutional Court rulings on cases in which constitutional protection lawsuits were filed claiming that children's rights to have a family had been violated. A particular fact that most of these rulings had in common was that one of the child's parents was in prison. From this starting point, the paper analyzes the criteria for the application of the principle of the best interest of the child in order to protect the right to have a family.

Keywords: best interest, family, childhood, primary rights.

Aplicação do princípio do interesse superior da criança como mecanismos para proteger o direito das crianças a ter uma família e não ser separados dela

RESUMO

O presente artigo corresponde à construção de uma linha jurisprudencial a partir dos pronunciamentos da Corte Constitucional nos quais se interpôs ação de tutela por considerar que se vulnerava o direito a ter uma família das crianças acionantes. É uma particular situação fática na maioria dos pronunciamentos analisados que um dos pais das crianças aos quais se lhes estava vulnerando seu direito à família, encontrava-se privado da liberdade; a partir de aí se analisam os critérios de aplicação do princípio de interesse superior da criança para proteger o direito em menção.

Palavras chave: interesse superior, família, infância, direito fundamental.

INTRODUCCIÓN

El principio del interés superior del niño(a) refleja una norma ampliamente aceptada por el derecho internacional; su primer referente normativo se encuentra en la Convención sobre los Derechos del Niño,² suscrita por la gran mayoría de los países del mundo, suceso que sirve como base para que cada Estado parte con posterioridad a la ratificación de este tratado desarrolle el principio en mención, lo cual evidentemente también ha sucedido en Colombia, más aún después de la promulgación y entrada en vigencia de la Ley 1098 del 2006, y de múltiples casos concretos conocidos en los cuales las víctimas son niños y niñas colombianos a quienes les resultan vulnerados o amenazados sus derechos.

Actualmente la infancia se ve expuesta a diversas situaciones que pueden amenazar o vulnerar sus derechos fundamentales; desde ahí, es necesario que a los niños(as) se les garanticen las condiciones necesarias³ para que tengan una calidad de vida digna y dentro de la cual puedan disfrutar del pleno goce de sus derechos, a fin de que se potencialicen como personas hábiles, inteligentes y sanas que puedan contribuir política, social y culturalmente a la sociedad colombiana.

Es así como este texto muestra el resultado del análisis jurisprudencial realizado a los casos en los cuales presuntamente se vulnera el derecho de los niños(as) a tener una familia y a no ser separados de ella, debido a que este es un derecho fundamental que refiere un supuesto de seguridad afectiva y social para los niños(as), recordando lo esencial de sentirse parte de una familia, de ser apoyados, tenidos en cuenta, de compartir dentro de un entorno de amor y cariño, y de estar cerca de las personas más importantes e influyentes en sus vidas. A partir del goce de este derecho fundamental, se analiza el escenario constitucional respectivo teniendo en cuenta la aplicación del principio de interés superior del niño por parte de los jueces de tutela como



² Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 3: "1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada".

³ De acuerdo con el artículo 44 de la actual Constitución Nacional, el imperativo de esta garantía se encuentra en cabeza del Estado, la familia y la sociedad, teniendo en cuenta el principio de la corresponsabilidad, cada uno desde su hacer y desde su propio espacio, son quienes deben garantizar los derechos de los niños y niñas, con el fin de lograr una construcción colectiva de la cultura en favor de la infancia.

mecanismo para garantizar el derecho en mención. Del análisis realizado se evidencia claramente que la Corte Constitucional protege el derecho de los niños y niñas a tener una familia y a no ser separados de ella, en virtud del principio del interés superior del niño(a); mientras que, de otra parte, los casos estudiados reflejan que el precedente vertical no se está cumpliendo, en razón a que algunos jueces de primera instancia no conceden la protección de este derecho.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIZAR Y PROTEGER EL DERECHO DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA

El principio del interés superior del niño(a) hace referencia a que a los niños(as) se les debe otorgar un trato preferente en todos los aspectos, acorde con su caracterización jurídica de sujetos de especial protección. Ahora bien, a raíz de los conflictos jurídicos que se crean cuando se pretende aplicar el principio del interés superior del niño(a), es que se hace necesaria una ponderación entre el derecho a la familia y cualquier otra situación jurídica que se encuentre en contraposición, en donde, por supuesto, debe primar el derecho del niño(a).

De ahí que en ocasiones este derecho se vulnere generando consecuencias como niños(as) desamparados, solitarios, con trastornos psicológicos, con perturbaciones en su sexualidad y problemas afectivos, entre muchos otros. Situaciones estas que reflejan la degradación de la sociedad y la familia, y, a su vez, la imposibilidad del Estado de garantizar el goce y ejercicio de los derechos de los niños y niñas colombianos. Desde ahí, “es necesario, como regla general, asegurar el desarrollo armónico, integral, normal y sano de los niños, desde los puntos de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual y ético, así como la plena evolución de su personalidad”.⁴

Ahora bien, la Convención sobre los Derechos del Niño expresa que “los Estados partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño(a)”, de donde surge una situación jurídica que merece un estudio especial en razón a que teniendo en cuenta la norma referida sí se podría separar a un niño(a) de sus padres o alguno de ellos, lo que aparentemente estaría contraviniendo el derecho a tener una familia; sin



⁴ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-510 de 1993.

embargo, es una situación jurídica que se permite cuando estar cerca o en permanente contacto con los padres afecte el interés superior del niño(a).

Por esto, lo que se pretende analizar es la posición de la Corte Constitucional en casos concretos donde se haya efectuado la aplicación de este principio y los parámetros o lineamientos que esta corporación establece para ello, ya que se debe tener en cuenta “que el interés superior del menor se determina en atención a casos concretos, dada su índole real y relacional”.⁵ Así las cosas, se analizarán los casos en los cuales presuntamente se vulnera el derecho a la familia y a no ser separado de ella de niños(as), advirtiéndose que su padre o madre se encuentra privado de la libertad.

Este especial condicionamiento del problema jurídico surgió porque la jurisprudencia en torno al tema de vulneración al derecho a la familia es una cantidad demasiado grande que dificultaba su estudio y el desarrollo de una línea en concreto, de ahí que, si bien es cierto que los hechos de los casos analizados eran muy variados, resultaba dispendioso construir un problema homogéneo que partiera de una situación fáctica concreta. No obstante, se detectó un problema homogéneo que busca resolver el alto tribunal en los casos seleccionados y posteriormente analizados, y es: ¿tienen en cuenta las entidades u organismos accionados el principio del interés superior del niño(a) para proteger y salvaguardar el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separados de ella, advirtiéndose que su padre o madre se encuentra privado de la libertad, considerando las circunstancias de cada caso concreto?

Para estudiar la jurisprudencia seleccionada y así resolver el problema jurídico planteado, se escogió como metodología por utilizar el método de análisis dinámico de jurisprudencia del profesor Diego López Medina,⁶ con la idea de construir la línea jurisprudencial que ha desarrollado tal problema.

2. DERECHO DE LOS NIÑOS(AS) A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA

La Convención sobre los Derechos del Niño dice:

Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño

⁵ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-543 del 2004.

⁶ López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Ediciones Uniandes - Legis, Bogotá, 2006.

sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.⁷

Más adelante expresa el mismo documento que “los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.⁸ A su vez, la Carta Política colombiana en su artículo 44 consagra los derechos fundamentales de la infancia, entre los cuales contempla el de tener una familia y no ser separado de ella; de igual manera, el artículo 22 de la Ley 1098 del 2006 reza: “Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a tener y crecer en el seno de la familia, a ser acogidos y no ser expulsados de ella. Los niños, las niñas y los adolescentes sólo podrán ser separados de la familia cuando esta no garantice las condiciones para la realización y el ejercicio de sus derechos (...)”.

A su turno, la Corte ha expresado respecto de este derecho que “su satisfacción constituye una necesaria condición de posibilidad para la materialización de varios otros derechos fundamentales protegidos por la Carta, ya que a través de él se permite que los niños accedan al cuidado, amor, educación”.⁹

Expresa la misma corporación que

(...) la vulneración del derecho a la familia constituye una amenaza seria contra derechos fundamentales como el de la integridad física, la salud, a crecer en un ambiente de afecto y solidaridad, a una alimentación equilibrada, a la educación, a la recreación y a la cultura. Un niño expósito no sólo es incapaz de satisfacer sus necesidades básicas, sino que está en una circunstancia especial de riesgo respecto de fenómenos como la violencia física o moral, la venta, el abuso sexual, la explotación laboral o económica y el sometimiento a la realización de trabajos riesgosos.¹⁰

De igual manera, es deber primordial de la familia brindar los medios y garantizar las condiciones para que los niños(as) crezcan y se desarrollen adecuadamente como personas dignas en un ambiente sano; de ahí que la Corte Constitucional sea reiterativa en afirmar que “es necesario preservar un equilibrio entre los derechos del niño y los de los padres; pero cuando quiera que dicho equilibrio se altere, y se presente un conflicto entre los derechos de los padres y los del menor que no pueda resolverse mediante la armonización en el caso concreto, la solución deberá ser la que mejor satisfaga el interés superior del menor”.¹¹



⁷ Convención sobre los Derechos del Niño(a) de 1989, artículo 9º.

⁸ *Ibid.*

⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-510 del 2003.

¹⁰ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1998.

¹¹ *Ibid.*

De la afirmación anterior se deduce que los derechos e intereses de los padres únicamente puedan ser antepuestos a los de los niños(as) cuando ello satisfaga su interés prevaleciente, y que, en igual sentido, solo se pueda dar primacía a los derechos e intereses de los niños(as) frente a los de sus padres si tal solución efectivamente materializa su interés superior. Así las cosas, no es posible establecer una norma exacta y concreta sobre la forma en que se deben armonizar derechos contrapuestos de niños(as) y padres cuando presuntamente se vulnera el derecho a tener una familia y no ser separado de ella; por el contrario, la solución se debe buscar en atención a las circunstancias de cada caso concreto. Sin embargo, como parámetro general, “ha de tenerse en cuenta que el ejercicio de los derechos de los padres no puede poner en riesgo la vida, salud, estabilidad o desarrollo integral del menor, ni generar riesgos prohibidos para su desarrollo, cuando estas circunstancias se presenten, es legítimo que el Estado intervenga en la situación, en ejercicio de su función protectora, para resguardar los intereses prevalecientes del menor en riesgo”.¹²

De otra parte, y teniendo en cuenta que es función del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (en adelante ICBF) prestar la asistencia técnica necesaria para el estudio integral del menor de edad,¹³ este organismo ha establecido una serie de lineamientos técnicos¹⁴ que han regulado el derecho de los niños(as) a tener una familia y a no ser separados de ella de manera general. Del estudio realizado a estos lineamientos, se observa que no existe uno que contemple específicamente el principio del interés superior del niño(a) como mecanismo para proteger el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella. Así como tampoco se pronuncia tal organismo acerca del derecho a la familia que tiene el niño(a) cuando uno de sus padres se encuentra privado de la libertad.

No obstante, es claro que el ICBF adopta medidas de protección para los niños(as) garantizándoles en la medida de lo posible el goce del derecho en mención.¹⁵ A lo que se suma que la Corte Constitucional en sus pronunciamientos siempre incluye al ICBF como organismo veedor y protector de los niños(as) frente a este derecho. Desde ahí, en los casos en los cuales el

¹² *Ibíd.*

¹³ Colombia, Congreso de la República, Ley 7ª de 1979, artículo 21.

¹⁴ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. *Lineamiento técnico para el desarrollo de la asistencia técnica en el marco de la política pública de infancia, adolescencia y familia. Lineamientos de atención diferenciada en materia de familia, infancia y adolescencia en grupos étnicos. Lineamientos de los programas especializados en los que tendrán prevalencia los principios de política pública de fortalecimiento a la familia. Lineamientos técnicos para el programa de adopciones.* Documentos disponibles en <<http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/arb/5414.html>> consulta del 9 de marzo del 2011.

¹⁵ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Conceptos 57496 y 20965 del 2009.

accionante reclama el contacto físico entre padre/madre e hijo(a) cuando uno de los padres se encuentra privado de la libertad, se evidencia que la Corte concede el amparo siempre y cuando las visitas y los períodos de contacto entre el padre o la madre privados de la libertad se encuentren supervisados bajo funcionarios especializados en el área específica adscritos al ICBF.

3. PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO(A)

En cuanto a la noción de interés superior del niño(a), el primer referente que se debe tener en cuenta es el establecido en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, el cual establece que “en todas las medidas concernientes a los niños(as) que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño(a)”, lo cual se traduce en la garantía que tienen los niños y las niñas de gozar de una protección especial e integral que los reconozca efectivamente como sujetos de derechos, e impone a los Estados partes la obligación de prevenir la amenaza o vulneración de los derechos de los cuales son titulares los niños(as).

El supuesto establecido en el artículo 3° de la Convención se reitera en Colombia mediante la Ley 1098 del 2006, la cual en su artículo 8° consagra que “se entiende por interés superior del niño, niña y adolescente, el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus derechos humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes”. A su vez, “la Constitución Política en su artículo 44 establece que los derechos de los niños(as) prevalecen sobre los derechos de los demás, como consecuencia del especial grado de protección que ellos requieren, por sus condiciones de vulnerabilidad y su estado de indefensión y la atención especial con que se debe salvaguardar su proceso de desarrollo y formación”.¹⁶

Teniendo en cuenta lo anterior, se reafirma la noción de la prevalencia que tienen los derechos de la infancia sobre los derechos de las demás personas y la responsabilidad del Estado de velar por que “en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños(as) y los adolescentes, prevalezcan los derechos de la infancia”, de ahí que se establezca que en caso de conflicto entre dos o más



¹⁶ Trillos de Naranjo, Ilva Lucía, *El principio rector del interés superior en la ley de infancia y adolescencia*, Trabajo de posesión como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bucaramanga, julio 27 del 2007.

disposiciones legales, administrativas o disciplinarias, se aplicará siempre la norma más favorable al interés superior del niño, niña o adolescente.¹⁷

Por su parte, el artículo 203 de la Ley 1098 del 2006 dispone que las políticas públicas de infancia, adolescencia y familia, se rigen por el interés superior del niño, la prevalencia de sus derechos y la necesidad de velar por su protección integral, dentro de criterios de equidad, solidaridad, participación social y complementariedad;¹⁸ de ahí, la importancia que tiene este principio toda vez que los niños(as) no se consideran propiedad de sus padres ni beneficiarios indefensos de una obra de caridad, son considerados seres humanos y titulares de sus propios derechos.

La Corte Constitucional explicó que el concepto del interés superior del niño(a) consiste en el reconocimiento de una “caracterización jurídica específica”¹⁹ que impone a la familia, la sociedad y el Estado la obligación de dar un trato acorde con esa prevalencia “que proteja al niño(a) de manera especial, que lo guarde de abusos y arbitrariedades y que garantice el desarrollo normal y sano del menor desde los puntos de vista físico, psicológico, intelectual y moral y la correcta evolución de su personalidad”.²⁰ Se precisó en la misma oportunidad que el principio en mención “se enmarca en los presupuestos del Estado social de derecho, desarrolla el principio de solidaridad, propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del niño(a) y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”.

En igual sentido, en la Sentencia T-979 del 2001 se explicó que “(...) el reconocimiento de la prevalencia de los derechos fundamentales del niño (...) propende por el cumplimiento de los fines esenciales del Estado, en consideración al grado de vulnerabilidad del menor y a las condiciones especiales requeridas para su crecimiento y formación, y tiene el propósito de garantizar el desarrollo de su personalidad al máximo grado”.

Es de aclarar que hay muy pocos conceptos definidos en torno al tema, ya que el término “interés superior” describe de manera general el bienestar del niño(a). A raíz de que cada caso es único, no se puede dar una definición general de lo que es el interés superior del niño.²¹ Por esta misma razón, tal



¹⁷ Colombia, Congreso de la República, Ley 1098 del 2006, artículo 9°.

¹⁸ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-309 del 2008.

¹⁹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-514 de 1998.

²⁰ Colombia, Corte Constitucional, sentencias T-514 de 1998, T-435 del 2009, T-093 del 2009 y T-515 del 2008.

²¹ Al respecto, véase la hoja administrativa sobre protección y cuidado de los niños (junio del 2007) emitida por la Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en <www.acnur.org/biblioteca/pdf/6074.pdf> consulta del 6 de junio del 2010.

principio debe ser evaluado de manera individual, tomando en cuenta las características especiales de cada caso. Al respecto, la Corte Constitucional refiere que “se trata de un principio de naturaleza constitucional que reconoce a los menores con una caracterización jurídica específica fundada en sus derechos prevalentes y en darles un trato equivalente a esa prelación, en cuya virtud se los proteja de manera especial, se los defienda ante abusos y se les garantice el desarrollo normal y sano por los aspectos físico, psicológico, intelectual y moral, no menos que la correcta evolución de su personalidad”.²²

Afirma también la Corte que “la incorporación de este principio en el orden constitucional no sólo configura un énfasis materializado para garantizar su eficacia sino también como parte de la estructura del sistema normativo, pues se incluye con un precepto en el punto más alto de la escala axiológica contenida en el texto constitucional”.²³ Así las cosas, la jurisprudencia coincide en señalar que el interés superior del menor se caracteriza por:²⁴

- Ser real: debido a que se relaciona con las particulares necesidades de los niños(as), es decir, debe fundarse en sus verdaderas necesidades y en sus particulares aptitudes físicas y psicológicas.
- Ser independiente del criterio arbitrario de los demás: de ahí que no depende de la simple opinión subjetiva o de la mera voluntad o capricho de los padres o de los funcionarios encargados de protegerlo.
- Es un concepto relacional: toda vez que la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto y su defensa debe someterse a un ejercicio de ponderación. Garantiza un interés jurídico supremo: consiste en el desarrollo integral y sano de la personalidad del niño(a).
- Perspectiva humanista: propende por el más alto grado de protección en todas las áreas de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión.
- Perspectiva ética: solo una adecuada protección de los niños(as) garantiza la formación de un adulto sano, libre, autónomo y de bien para la sociedad.

Sin embargo, este principio no es absoluto en razón a que en el marco de un Estado social de derecho nada puede ser absoluto y a que para su aplicación debe haber una ponderación adecuada entre los derechos de un



²² Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-324 del 2004.

²³ *Ibíd.*

²⁴ Colombia, Corte Constitucional, sentencias T-412 del 2000, T-408 de 1995, T-1155 del 2001, T-900 del 2006, T-090 del 2010 y T-145 del 2010.

niño(a) y los derechos de otra persona, y, como resultado de eso, en algunos casos concretos la aplicación de este principio tiene que ser limitada.

A partir de lo anterior, se procede entonces a construir una línea jurisprudencial teniendo como base la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional, en donde se identificarán los precedentes establecidos por esta corporación en lo relacionado con la aplicación del principio del interés superior del niño(a) para proteger el derecho que tienen los niños(as) a tener una familia y a no ser separados de ella.

4. CONSTRUCCIÓN DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO(A) PARA PROTEGER EL DERECHO A TENER UNA FAMILIA Y A NO SER SEPARADOS DE ELLA QUE TIENEN LOS NIÑOS(AS), ADVIRTIÉNDOSE QUE SU PADRE O MADRE SE ENCUENTRA PRIVADO DE LA LIBERTAD

Se inició entonces el examen de los casos analizados por la Corte Constitucional que tenían que ver con la presunta violación a este derecho. No obstante, del mismo examen surgió un problema: los hechos de los casos no eran del todo similares, lo cual según el método de análisis dinámico de jurisprudencia hacía que difícilmente se pudiera hablar de una “línea jurisprudencial” definida, pues faltaba el requisito más importante para la construcción de dicha línea: precisamente, que los hechos fueran similares.²⁵ Por esta razón, se optó por ajustar el uso del método y aplicarlo al problema planteado que se observó estaba presente en todos los casos.

Teniendo en cuenta las sentencias de la Corte que se han ocupado de la revisión de fallos de tutela de jueces de instancia sobre amparos solicitados en representación de niños(as), se identificará dentro de esa línea de pronunciamientos en qué forma ha resuelto la Corte la pregunta acerca de si tienen en cuenta las entidades u organismos accionados el principio del interés superior del niño(a) para proteger y salvaguardar el derecho fundamental a tener una familia y a no ser separados de ella de los niños y las niñas, advirtiéndose que su padre o madre se encuentra privado de la libertad, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto.



²⁵ Debe señalarse que la construcción de la línea debe partir de la definición del problema jurídico que se busca resolver. El problema debe vincular los hechos relevantes, razón por la cual la definición de los hechos concretos y la búsqueda de hechos similares es un paso relevante en la aplicación del método.

4.1. Sentencia arquimédica²⁶

Como sentencia arquimédica se tienen dos referentes, la Sentencia T-093 del 2009 y la Sentencia T-966 del 2008; se identificaron dos sentencias como base de la línea, en razón a que la primera, a pesar de ser la más reciente, tiene pocas referencias jurisprudenciales útiles para la construcción de esta línea.

En la Sentencia T-093 del 2009, el accionante es un padre cabeza de familia que actúa en representación de su pequeño hijo a quien considera que se le está vulnerando su derecho fundamental a tener una familia y a no ser separado de ella y no se está teniendo en cuenta la prevalencia de sus intereses. El accionante solicitó a las entidades accionadas conceder la sustitución de la prisión intramuros por detención domiciliaria que se impuso al actor por ser el culpable del delito de lavado de activos, argumentando su situación de padre cabeza de familia, la enfermedad de autismo de su hijo y que las condiciones mentales de su hijo se han visto deterioradas con la ausencia de su padre.

La anterior petición fue negada por el juzgado cuarto penal especializado de Bogotá y confirmada por el Tribunal Superior de la misma ciudad. El actor considera que con base en el artículo 1° de la Ley 750 del 2002, que consagra el derecho de detención domiciliaria para el padre o la madre que tienen la condición de cabeza de familia, e invocando convenios internacionales sobre derechos del niño, aprobados por la Ley 12 de 1991, así como los artículos 13, 43, 44 y 45 de la Carta Política, el Código de la Infancia y de la Adolescencia, y el principio del interés superior del niño, le debió ser autorizada la sustitución de su detención en centro carcelario por la detención domiciliaria.

Por su parte, la Corte Constitucional ordenó dejar sin efecto las decisiones del *aquo* y el *ad quem*, y, por consiguiente, tutelar el derecho del hijo del accionante a tener una familia, a no ser separado de ella, a ser protegido contra toda forma de abandono y a la prevalencia de sus intereses, entre otros, y a ordenar a la autoridad competente que resuelva favorablemente la petición de sustitución de la prisión intramuros por la detención domiciliaria, atendiendo a los intereses y los derechos fundamentales de su hijo.

Para tomar esta decisión, la Corte tuvo como principales fundamentos el numeral 5 del artículo 314 de la Ley 906 del 2004, el hecho de que el



²⁶ Teniendo en cuenta el método de análisis dinámico de jurisprudencia establecido por el autor Diego López, esta sentencia es el punto de apoyo en la construcción de la línea y debe ser la más reciente que resuelve el problema jurídico que se estudia.

delito cometido por el actor no es de los expresamente excluidos por la ley penal del beneficio de la detención domiciliaria y tiene en cuenta que “el artículo 44 de la Constitución Política advierte que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”; así mismo, que, “si bien la conducta punible de lavado de activos es considerada por los jueces penales que conocieron del caso como una conducta que tiene gran impacto en la comunidad, es importante resaltar que el actor no cuenta con antecedentes penales y que su comportamiento en otras esferas sociales, particularmente la familiar, no ha sido materia de reproche”.

Para finalizar, la Corte concluye con que el actor reúne los requisitos de ley para ser considerado padre cabeza de familia, por ende la medida de detención domiciliaria es manifiestamente necesaria para el niño, en razón a su especial condición, a su vulnerabilidad agravada por su autismo y a su marcada dependencia afectiva y emocional de su padre. Advierte la Corte que, de no otorgarse tal beneficio al accionante, el niño quedaría desprotegido, por lo que la aprobación de la detención domiciliaria del accionante resulta adecuada para proteger el interés de su hijo.

Por su parte, en la Sentencia T-966 del 2008, la actora madre de un niño de dos meses considera que la Presidencia de la República le está vulnerando a su hijo el derecho a tener una familia y a no ser separado de ella al impedir que su hijo viaje con ella a los Estados Unidos, toda vez que el artículo 494 de la Ley 906 del 2002 “(...) permite al Gobierno Nacional condicionar la extradición: el gobierno podrá subordinar la concesión de la extradición a las condiciones que considere oportunas”.

Relata que fue capturada en estado de embarazo en virtud de una solicitud de extradición por parte de los Estados Unidos de América; así mismo, que su hijo nació prematuro con seis meses y medio de gestación, y, como consecuencia, “(...) se encuentra muy enfermo, (...) y fue incluido en el programa bebé canguro como le llaman los médicos, pues no puede ser separado y/o alejado de la mamá, estando actualmente con oxígeno permanente[,] pues (...) padece de afección en sus pulmoncitos (...)”. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá declaró improcedente la acción elevada por la actora y aclaró que la acción de tutela tiene como características prevalentes ser preferente, sumaria y subsidiaria, por lo que no puede ser instaurada cuando existan otros medios de defensa.

La Corte Constitucional ordenó revocar la sentencia proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y en su lugar conceder el amparo al derecho fundamental de su hijo a tener una familia y a no ser separado de ella, para lo cual ordenó al Presidente de la República que, de confirmar la concesión de la extradición, obtenga la garantía por parte de

las autoridades competentes extranjeras de que su hijo viaje y permanezca con ella por lo menos durante el tiempo que ordene su médico tratante.²⁷

4.2. Sentencia fundadora²⁸

La Sentencia T-408 de 1995, en la cual la accionante interpuso acción de tutela en nombre y representación de su nieta de diez años de edad, por considerar que le estaba siendo vulnerado su derecho a la familia y a no ser separada de ella; la mencionada acción se instauró en contra del padre de la niña, quien impedía que ella visitara a su madre, la cual se encontraba recluida en un establecimiento carcelario. La niña, a pesar de manifestar ante el a quo su deseo de continuar viviendo con su padre, expresó que quería ver a su madre cada vez que fueran permitidas las visitas para los niños en el centro carcelario. Por su parte, el accionado manifestó ante la misma autoridad judicial que impedía las visitas porque consideraba que el entorno y las condiciones en las que se encontraba la madre de la niña no eran aptos para ser observados por su pequeña hija.

El a quo concedió el amparo al derecho a tener una familia y a no ser separado de ella de la niña en cuestión, fundando su decisión en el interés superior del niño²⁹ y en la necesidad de los niños de mantener un contacto permanente con su madre, en este caso, siempre y cuando esta situación no afecte la esfera sobre la cual se desarrollan otros derechos de la niña y mucho menos ponga en peligro su integridad física o su aspecto psicológico. La Corte Constitucional confirmó su decisión teniendo como fundamentos los mismos del juzgador de primera instancia y haciendo especial énfasis en la Convención de los Derechos del Niño y en el artículo 44 de la Carta Política; así mismo y para asegurarse de que el hecho de garantizar el derecho de la niña a tener una familia y a no ser separada de ella la perjudicara en algún aspecto, ordenó que las visitas se realizaran siempre en presencia de una trabajadora social designada por el instituto carcelario para tal fin. Tomando esta precaución, la Corte consideró que estaba amparando el de-



²⁷ En la sentencia referida, el magistrado Manuel José Cepeda expresó su salvamento de voto argumentado principalmente que no se brindaba una efectiva protección a los intereses y derechos del niño aunque ese fuera el ideal de la sentencia, teniendo en cuenta las condiciones en las que se iba a encontrar mientras se sometía a juicio en el país extranjero.

²⁸ Esta sentencia constituye el primer pronunciamiento de la Corte que busca resolver el problema jurídico planteado. El fallo se promulga en un momento en donde existe un vacío jurisprudencial sobre el problema en concreto.

²⁹ Para este entonces, el año 1995, el concepto de interés superior del niño ya se encontraba debidamente establecido tanto nacional como internacionalmente debido a la ratificación por parte de Colombia de la Convención sobre los Derechos del Niño suscrita en 1989.

recho que se reclamaba y a la vez previniendo que cualquier situación que pudiera vulnerar a la niña en cualquier aspecto se pudiera presentar por las especiales condiciones del caso.

4.3. Sentencia hito³⁰

No se identificó una sentencia hito específica para este problema, si se tiene en cuenta que, desde la primera sentencia que se emitió por parte de la Corte Constitucional, el derecho de los niños y las niñas a tener una familia fue amparado; en dos ocasiones únicamente se encontró que el amparo solicitado hubiera sido negado. Desde ahí, para el caso concreto, no se identificaron unos lineamientos específicos por parte de esta corporación. Es de tenerse en cuenta, como ya se explicó, que la Corte en reiteradas ocasiones ha sostenido que en los casos donde se aplica el interés superior del niño no es posible establecer reglas concretas aplicables a todos los eventos, en razón a que este principio tiene unas condiciones especiales de aplicabilidad que obedecen a cada caso concreto y a la especial situación en la que se encuentren los niños y/o las niñas involucrados(as).

Así las cosas y para no dejar el tema incompleto, se identificó la Sentencia T-510 del 2003, la cual contiene los criterios jurídicos relevantes para tener en cuenta al momento de aplicar el principio del interés superior del niño por parte de las autoridades judiciales, los cuales son:

- La garantía del desarrollo integral del menor.
- La preservación de las condiciones necesarias para el pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño(a).
- La protección del menor frente a riesgos prohibidos o amenazas.
- La necesidad de evitar cambios desfavorables en las condiciones presentes del niño involucrado.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta los aspectos antes esbozados y las sentencias analizadas en lo relacionado con la aplicación del principio del interés superior del niño(a) por parte de los jueces de tutela para proteger y garantizar el derecho fundamental de los niños(as) a tener una familia y a no ser separados de ella, se puede concluir lo siguiente:



³⁰ En estas sentencias, la Corte trata de definir con autoridad una subregla constitucional. Esta subregla es la forma en que la Corte interpreta una norma constitucional según la situación fáctica que deba resolver. Las reglas definidas en estas sentencias serán reglas que luego deberán aplicarse a los casos análogos que haya que resolver.

- Tal y como lo expresa la Corte en la Sentencia T-510 del 2003, la determinación del interés superior del niño(a) se debe efectuar en atención a las circunstancias específicas de cada caso concreto, debido a que este principio

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,³¹ sólo se puede establecer prestando la debida consideración a las circunstancias individuales, únicas e irrepetibles de cada niño(a), 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.

Sin embargo, se precisó en la misma oportunidad que ello no excluye la existencia de criterios generales que puedan guiar a los operadores jurídicos al momento de determinar cuál es el interés superior del niño(a) y cómo materializar el carácter prevaleciente de sus derechos fundamentales en casos particulares.

- Para efectuar una correcta aplicación del principio del interés superior del niño(a), debe atenderse tanto a consideraciones en primer lugar fácticas, las cuales corresponden a las circunstancias específicas del caso, visto en su totalidad y no atendiendo a aspectos aislados, y, en segundo lugar, a consideraciones jurídicas, como, por ejemplo, los parámetros y criterios establecidos por el ordenamiento jurídico para promover el bienestar infantil a fin de llegar a una solución respetuosa de su interés superior y prevaleciente.
- Las autoridades administrativas y judiciales encargadas de determinar el contenido del interés superior de los niños(as) en casos particulares cuentan con un margen de discrecionalidad para evaluar, en aplicación de las disposiciones jurídicas relevantes y en atención a las circunstancias fácticas de los menores implicados, cuál es la solución que mejor satisface dicho interés. Esto implica también que tales autoridades tienen altos deberes constitucionales y legales en relación con la preservación del bienestar integral de los niños(as) que requieren su protección; deberes que obligan en este caso a los jueces a aplicar un grado especial de diligencia, celo y cuidado al momento de adoptar sus decisiones, mucho más tratándose de niños(as) de temprana edad, cuyo proceso de desarrollo puede verse afectado en forma definitiva e irremediable por cualquier decisión que no atienda a sus intereses y derechos.



³¹ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-408 de 1995. En esta sentencia, se decidió conceder el amparo de tutela solicitado por una abuela materna en nombre de su nieta, para que se le garantizara a esta el derecho a visitar a su madre recluida en prisión, puesto el padre de la niña le impedía hacerlo.

- Amparar el derecho de los niños y las niñas a tener una familia y a no ser separados de ella es un deber constitucional del Estado en procura del desarrollo integral de la infancia; si se traslada esta afirmación a las situaciones fácticas analizadas, se tiene que el anterior derecho se debe asegurar como garantía de la unidad familiar de los niños(as) y su padre o madre que se encuentre privado de la libertad, de ahí que se debe posibilitar por parte de las autoridades competentes que se mantenga un contacto permanente entre los miembros del grupo familiar, siempre y cuando las condiciones psicológicas y las circunstancias en las que se encuentre el padre o la madre no afecten el interés superior del niño(a).
- La Corte Constitucional es reiterativa en cuanto a la garantía a la unidad familiar de las personas privadas de la libertad;³² esta corporación considera que las personas privadas de la libertad representan una de las limitaciones a la unidad familiar y, como consecuencia, una posible vulneración al derecho de los niños(as) a tener una familia y a no ser separados de ella, si se advierte que “la familia se considera una comunidad de vida y convivencia plena, así el aislamiento de uno de sus miembros, como infractor de la ley penal, comporta de suyo la correlativa pérdida de la libertad y afectación colateral, mas no absoluta de su núcleo familiar”.³³ Sin embargo, esta corporación prevé que, en los casos en los cuales se demande el contacto de niños(as) con alguno de sus padres que se encuentre privado de la libertad, será necesaria la presencia de un funcionario competente adscrito al ICBF en dichos encuentros, con el fin de que, en virtud del principio del interés superior del niño, se satisfaga el derecho requerido, pero, a su vez, se proteja al niño de cualquier riesgo al que pueda estar eventualmente expuesto –si se tiene en cuenta el entorno que implica un establecimiento carcelario y la situación por la que su padre o madre se encuentre privado(a) de la libertad–.
- En lo que tiene que ver con la situación descrita en este texto y su manejo en otros países, se vislumbra de manera general, en virtud de la Convención sobre los Derechos del Niño y demás instrumentos de carácter internacional en torno al tema, la protección especial de la que goza la infancia; lo que sucede, en virtud de la materialización de esta protección y la garantía de estos derechos, es que, dependiendo del grado de desarrollo de cada país y de los recursos con los que cuente para programas de prevención y



³² Colombia, Corte Constitucional, sentencias T-424 de 1992, T-522 de 1992, T-596 de 1992, T-219 de 1993, T-273 de 1993, T-388 de 1993, T-437 de 1993, T-420 de 1994, T-705 de 1996, T-435 de 1997, T-958 del 2002, T-684 del 2005, T-133 del 2006 y T-566 del 2007.

³³ Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-515 del 2008.

protección de la infancia, se evidencia el goce de los derechos de las niñas y niños.

BIBLIOGRAFÍA

1. Bonilla González, Ricardo & Equipo de Trabajo, Centro de Investigaciones para el Desarrollo, *Situación actual y perspectivas de la niñez y la juventud en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia.
2. Campoy Cervera, Ignacio, *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Editorial Dykinson, 2007.
3. Cillero Bruñol, Miguel, “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en <<http://www.iin.oea.org/SIM/cad/sim/pdf/mod1/Texto%208.pdf>>.
4. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Concepto 57496 del 2009.
5. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Concepto 20965 del 2009.
6. Colombia, Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, “Los derechos prevalentes de los niños sobre los derechos de los demás”, Bogotá.
7. Durán, Ernesto, “Los derechos de los niños”, en <http://www.observatorioinfancia.unal.edu.co/pdf/libro_nino_sano.pdf>.
8. Freedman, Diego, “Funciones normativas del principio del interés superior del niño”, en <<http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/freedman.htm>>.
9. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. *Lineamiento técnico para el desarrollo de la asistencia técnica en el marco de la política pública de infancia, adolescencia y familia. Lineamientos de atención diferenciada en materia de familia infancia y adolescencia en grupos étnicos. Lineamientos de los programas especializados en los que tendrán prevalencia los principios de política pública de fortalecimiento a la familia. Lineamientos técnicos para el programa de adopciones*. Documentos disponibles en <<http://www.icbf.gov.co/transparencia/derechobienestar/arbol/5414.html>> consulta del 9 de marzo del 2011.
10. Rivero Hernández, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000.
11. Trillos de Naranjo, Ilva Lucía, “El principio rector del interés superior del niño en la ley de infancia y adolescencia”, *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Bucaramanga, 2007.

Referencias normativas

1. Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.
2. Colombia, Constitución Política de Colombia.
3. Colombia, Congreso de la República, Ley 7ª de 1979.

4. Colombia, Congreso de la República, Ley 12 de 1991.
5. Colombia, Congreso de la República, Ley 361 de 1997.
6. Colombia, Congreso de la República, Ley 418 de 1997.
7. Colombia, Congreso de la República, Ley 679 del 2001.
8. Colombia, Congreso de la República, Ley 782 del 2002.
9. Colombia, Congreso de la República, Ley 800 del 2003.
10. Colombia, Congreso de la República, Ley 1098 del 2006.

Jurisprudencia

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 15 septiembre del 2005: caso de la masacre de Mapiripán, Colombia, y sentencia del 1º de julio del 2006: caso de la masacre de Ituangó, Colombia.
2. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/02, nota 213; caso “Instituto de Reeducción del Menor”, nota 4; caso de los Hermanos Gómez Paquiyaury, nota 182.
3. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-290 de 1993.
4. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-408 de 1995.
5. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-225 de 1995.
6. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-412 de 1995.
7. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-646 de 1997.
8. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-514 de 1998.
9. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-587 de 1998.
10. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-477 de 1999.
11. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1430 del 2000.
12. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-412 del 2000.
13. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-108 del 2001.
14. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-421 del 2001.
15. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-979 del 2001.
16. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1155 del 2001.
17. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-157 del 2002.
18. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1078 del 2003.
19. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-273 del 2003.
20. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-397 del 2004.
21. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-510 del 2003.
22. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-543 del 2004.
23. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-907 del 2004.
24. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-324 del 2004.
25. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-731 del 2004.
26. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-750 del 2004.
27. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-087 del 2004.

28. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-796 del 2004.
29. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-186 del 2005.
30. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-864 del 2005.
31. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-900 del 2006.
32. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-881 del 2006.
33. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-953 del 2006.
34. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-1035 del 2006.
35. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-046 del 2007.
36. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-090 del 2007.
37. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-107 del 2007.
38. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-536 del 2007.
39. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-566 del 2007.
40. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-585 del 2007.
41. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-805 del 2007.
42. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-816 del 2007.
43. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-894 del 2007.
44. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-914 del 2007.
45. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-576 del 2008.
46. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-282 del 2008.
47. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-151 del 2008.
48. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-857 del 2008.
49. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-966 del 2008.
50. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia auto 251 del 2008.
51. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-093 del 2009.
52. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-435 del 2009.
53. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-968 del 2009.
54. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-2010 del 2009.
55. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-145 del 2010.
56. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-572 del 2010.
57. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-671 del 2010.